Welder Antônio Silva

Exceções legais ao direito de acesso à informação

Dimensões contextuais das categorias de informação pessoal nos documentos arquivísticos

Prêmio
Nacional de Arquivologia
Maria Odila Fonseca
2018

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
E SEGURANÇA PÚBLICA
ARQUIVO NACIONAL

Exceções legais ao direito de acesso à informação

Prêmio Nacional de Arquivologia Maria Odila Fonseca 2018

Comissão Julgadora

Diego Barbosa da Silva (presidente)
Lúcia Maria Velloso de Oliveira
Paulo Roberto Elian dos Santos
Renato Tarciso Barbosa de Sousa
Thiago Henrique Bragato Barros

Welder Antônio Silva

Exceções legais ao direito de acesso à informação

Dimensões contextuais das categorias de informação pessoal nos documentos arquivísticos

Prêmio
Nacional de Arquivologia
Maria Odila Fonseca
2018

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
E SEGURANÇA PÚBLICA

ARQUIVO NACIONAL

Rio de Janeiro

2021

Copyright © 2021 Arquivo Nacional | Praça da República, 173, Centro
Rio de Janeiro | RJ | 20211-350 | difusaoacervo@an.gov.br | www.an.gov.br

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Presidente da República
Jair Messias Bolsonaro

Ministro da Justiça e Segurança Pública
Anderson Gustavo Torres

ARQUIVO NACIONAL

Diretora-geral
Neide Alves Dias De Sordi

Coordenadora-geral de Acesso e Difusão Documental
Patrícia Reis Longhi

Coordenador-geral de Administração
Leandro Esteves de Freitas

Coordenadora-geral de Gestão de Documentos
Mariana Barros Meirelles

Coordenadora-geral de Processamento e Preservação do Acervo
Aluf Alba Elias

Coordenadora-geral regional no Distrito Federal
Larissa Candida Costa

Coordenadora de Pesquisa, Educação e Difusão do Acervo
Leticia dos Santos Grativol

Supervisora de Editoração
Mariana Simões

Supervisora de Programação Visual
Giselle Teixeira

Edição de texto e revisão
José Claudio Mattar

Capa, projeto gráfico e diagramação
Alzira Reis

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Maria Beatriz Nascimento – Arquivo Nacional)

Silva, Welder Antônio
Exceções legais ao direito de acesso à informação: dimensões contextuais das categorias de informação pessoal nos documentos arquivísticos [recurso eletrônico] / Welder Antônio Silva. -- Dados eletrônicos (1 arquivo : 1.791 kb). -- Rio de Janeiro : Arquivo Nacional, 2021. – (Prêmio Nacional de Arquivologia Maria Odila Fonseca; 5).

Formato: PDF
Requisitos do sistema: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: World Wide Web
Prêmio Nacional de Arquivologia, Maria Odila Fonseca, 2018, categoria tese de doutorado.
ISBN: 978-65-995573-9-2

l. Arquivos – Acesso. 2. Direito à informação. 3. Direitos fundamentais. I. Título. II. Série.

CDD 025

Ficha catalográfica elaborada por Natália Marques de Souza (CRB7/5223)

À minha verdadeira e única riqueza:
minha Família (com F maiúsculo).
Em especial, às quatro joias mais
preciosas do meu acervo:
minha mãe, Cida;
meu pai, Toninho;
minha irmã, Vanilce; e
meu sobrinho Júlio César.

Há pessoas que desejam saber só por saber, e isso é curiosidade; outras para alcançarem a fama, e isso é vaidade; outras para enriquecerem com sua ciência, e isso é um negócio torpe; outras para serem edificadas, e isso é prudência; outras para edificarem os outros, e isso é caridade.

São Tomás de Aquino

Sumário

Prefácio | Renato Venancio 9

Introdução 12

1 Contextualização da temática de pesquisa: o escopo, o problema e os objetivos 17

2 O acesso pleno aos arquivos e documentos arquivísticos: premissas contemporâneas 29

3 Percepções e considerações sobre a informação pessoal nos arquivos: os estudos de alguns arquivistas no cenário internacional 37

4 Os problemas do acesso a dados pessoais por meio da Lei de Acesso à Informação: análise dos dados disponibilizados no e-SIC 69

Análise dos dados do e-SIC 73

5 O significado da expressão “ter um direito” e a prevalência dos direitos 78

6 A aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais 84

Direitos fundamentais: dimensões, vantagens, funções e perspectivas 84

Direitos fundamentais: normas, enunciados normativos, regras e princípios 90

Direitos fundamentais como direitos subjetivos 98

Conflitos entre regras, colisões entre princípios e sopesamentos 139

Direitos fundamentais e suas restrições 153

7 Conceito e aplicabilidade do direito à imagem 161

O direito à imagem no ordenamento jurídico 166

O conteúdo do direito à imagem 171

Teorias jurídicas sobre a natureza do direito à imagem 173

O exercício do direito à imagem 190

8 Conceito e aplicabilidade do direito à honra 208

A tutela da honra no âmbito do direito 216

Conceitos das figuras penais: calúnia, difamação e injúria 223

A natureza jurídica autônoma do direito à honra e sua relação com outros direitos 230

Ofensas morais: formas e modos de execução 235

Especificidades, questões polêmicas e limites do exercício do direito à honra 239

9 Conceito e aplicabilidade dos direitos à vida privada e à intimidade 255

O domínio público, o domínio privado e o domínio social 263

A privacidade e a teoria das esferas ou dos círculos concêntricos 272

Caracteres de identificação da vida privada e intimidade 274

Intimidade subjetiva e intimidade relacional 277

A violação da vida privada e da intimidade 278

Os direitos à vida privada e à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro 279

A natureza jurídica autônoma dos direitos à vida privada e à intimidade e a relação com outros direitos 287

O exercício dos direitos à vida privada e à intimidade 290

10 A utilidade dos arquivos, as características próprias do documento arquivístico, o princípio da proveniência e o contexto arquivístico 299

O documento arquivístico e suas características 303

Princípio da proveniência e contexto arquivístico 309

Conclusões e considerações finais 339

Referências 348

Prefácio

> A gestão documental correta no contexto atual implica uma série de obrigações da parte dos arquivistas. Dentre elas, destacam-se os compromissos de fortalecer e sistematizar políticas e procedimentos para a gestão do acesso a documentos contendo informações pessoais nas suas instituições; aprender e debater profissionalmente questões de privacidade; participar, por meio de organizações profissionais, na melhoria do *status quo* da arquivologia em assuntos relacionados à privacidade; e, finalmente, contribuir, novamente como uma profissão, para os debates públicos sobre a proteção das informações privadas pessoais em uma sociedade cada vez mais pública.
>
> Heather MacNeil. *Sem consentimento*: a ética na divulgação de informações pessoais em arquivos públicos. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2019, p. 187

O livro que o leitor tem em mãos é um convite ao diálogo. Um diálogo que se debruça sobre uma questão crucial da atualidade. As sociedades contemporâneas cada vez mais demandam por transparência, cada vez mais querem saber a fundamentação das decisões de gestores públicos e privados, principalmente aquelas decisões que afetam o bem-estar comunitário. Essa demanda por transparência (*accountability*), para se tornar efetiva, precisa promover o amplo acesso à informação; porém, essa demanda convive com outras, que exigem respeito aos direitos constitucionais de privacidade, intimidade, honra e imagem.

Longe de se restringirem aos arquivos pessoais, as informações sensíveis a respeito da vida dos indivíduos são frequentemente produzidas e acumuladas por instituições públicas e privadas,[1] cabendo lembrar que a Internet em muito potencializou a difusão e o acesso a elas.[2] Transparência e privacidade, portanto, em vez de serem dimensões complementares, tornaram-se cada vez mais áreas de conflitos e questionamentos. Diante desse impasse, como as instituições devem proceder? Qual deve ser a pos-

---

1 BELLOTTO, Heloísa Liberalli. *Arquivo*: estudos e reflexões. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2014, p. 107-114.

2 COX, Richard J. *Arquivo pessoais*: um novo campo profissional: leituras, reflexões e reconsiderações. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2017, p. 113-170.

tura dos arquivistas, agentes mediadores fundamentais dessas instituições? Quais devem ser as novas habilidades teóricas e técnicas desses profissionais frente a esses desafios?

As instituições e os arquivistas a elas vinculados devem optar pela promoção da transparência, facultando acesso irrestrito a toda e qualquer informação pessoal, ou devem engajar-se na defesa da privacidade, restringindo ao máximo esse acesso? Welder Antônio Silva sustenta que as buscas por respostas a esses questionamentos devem priorizar perspectivas multidisciplinares, em análises que recorrem não só aos conhecimentos arquivísticos, como também aos das áreas de direito, da ciência política e da filosofia, com destaque ao campo da ética.

Em relação ao campo arquivístico, este livro pode ser lido a partir do percurso proposto por Heather MacNeil. A "gestão documental", mencionada na epígrafe acima, refere-se à produção de documentos, sua organização e destinação. Porém, essa gestão não tem sentido sem a promoção do acesso à informação, devendo por isso mesmo ser considerada como parte integrante dela. Sublinhar essa última dimensão talvez seja uma das principais contribuições deste livro. Por meio de densas análises, apresentam-se ao leitor diferentes abordagens nacionais e internacionais a respeito das questões teóricas e normas legais que regulam a questão do acesso à informação pública e à informação pessoal, devendo o responsável pela gestão documental não só conhecê-las teoricamente como também incorporá-las do ponto de vista operacional.

Ainda de acordo com o roteiro proposto por Heather MacNeil, os arquivistas e outros interessados no campo arquivístico devem "aprender e debater profissionalmente questões de privacidade". Esse tema é contemplado no presente volume. Além disso, o fato de ele – originalmente apresentado como tese de doutorado no Programa de Pós-Graduação da Escola de Ciência da Informação (PPGCI), na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – ter sido contemplado pelo Prêmio Maria Odila Fonseca, em seleção pública promovida pelo Arquivo Nacional, e avaliado por abalizados especialistas de diferentes instituições, sem dúvida, é indício de que as organizações arquivísticas se preocupam com o tema e estão dispostas a promovê-lo em debates públicos.

Nas análises avançadas por Welder Antônio Silva, a "melhoria do *status quo* da arquivologia em assuntos relacionados à privacidade" pode ser percebida através da recuperação do diálogo da arquivologia com áreas do direito. Cabe sublinhar que se trata de uma "recuperação" interdisciplinar, tendo em vista que originalmente essas áreas interagiam continuamente, diálogo que tendeu a declinar ao longo do século XX. Espera-se que o presente livro, além das múltiplas contribuições que apresenta, seja um ponto de partida para a retomada de interações entre os teóricos desses dois campos do conhecimento. Chama a atenção os capítulos que minuciosamente discorrem sobre a fundamentação jurídica do direito à informação, em paralelo às igualmente minuciosas análises dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem.

Encerrando o roteiro proposto por Heather MacNeil, cabe lembrar que o debate aqui proposto extrapola os muros das universidades e das instituições arquivísticas, servindo de convite à toda sociedade brasileira para conhecer e discutir a respeito dos direitos à "proteção das informações privadas pessoais", tema, por sinal, contemplado por recente legislação federal, através da lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Tais direitos devem ser respeitados, mas nunca se deve também perder de vista a promoção do acesso à informação contida nos documentos de arquivo, base do avanço de pesquisas científicas e culturais, assim como de promoção da transparência pública e do controle comunitário das instituições em geral. Para que esse controle seja efetivo, são requeridos documentos íntegros, autênticos e confiáveis.[3] Esses aspectos também são abordados em profundidade e equilíbrio por Welder Antônio Silva, que enfatiza as especificidades do documento de arquivo frente às informações em geral, e os riscos que existem ao se perder essa dimensão.

Muito mais poderia ser dito a respeito desta premiada pesquisa, como, por exemplo, as conclusões avançadas a respeito da necessidade de se respeitarem o "contexto arquivístico" e o "sopesamento de direitos". Em outras palavras, destaca-se a necessidade do desenvolvimento de estratégias teóricas e operacionais que auxiliem os arquivistas a lidar com os eventuais conflitos entre promoção de transparência e o respeito à privacidade, intimidade, honra e imagem. Porém, aprofundar essas questões, neste prefácio, implicaria privar o leitor das descobertas que fará a cada página. Em vez disso, cabe apenas, à guisa de conclusão, reforçar o convite para que continue, a partir daqui, a trilhar o caminho já iniciado.

Renato Venancio
Escola de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais

3 IACOVINO, Livia. Os arquivos como arsenais de responsabilidade. In: EASTWOOD, Terry; MACNEIL, Heather (orgs.). *Correntes atuais do pensamento arquivístico*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2016, p. 274.

Introdução

A aprovação, no Brasil, da Lei de Acesso à Informação (LAI), a lei federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Brasil, Presidência da República, 2011), representa uma conquista, um instrumento de empoderamento da cidadania e uma oportunidade, no sistema democrático, de desenvolvimento do controle social diante dos abusos governamentais, atos de corrupção e situações de impunidade. Isso porque um dos objetivos da LAI é promover um governo aberto e uma cultura de transparência e publicidade dos atos e serviços governamentais. Apesar dos desafios, impactos e providências necessárias à aplicação efetiva dessa norma, sua aprovação é celebrada pela sociedade.

Diante desse novo cenário e da possibilidade de novas perspectivas, no âmbito acadêmico, várias pesquisas e artigos foram e vêm sendo publicados a respeito das expectativas em torno da Lei de Acesso à Informação, sua importância, seu significado para o governo e para a sociedade, as ações que sucederam sua aprovação e as primeiras impressões a respeito da sua aplicação. O objetivo desses trabalhos é avaliar os impactos e resultados da norma em análise (positivos e negativos) para os cidadãos, a sociedade civil organizada, o poder público, os agentes e instituições públicas, assim como as instituições arquivísticas brasileiras e os serviços arquivísticos existentes no âmbito dos órgãos públicos.

No campo da arquivologia, alguns trabalhos discutiram a necessidade de implantação de políticas arquivísticas, especificamente o desenvolvimento e aperfeiçoamento de políticas efetivas de gestão de documentos arquivísticos no âmbito dos órgãos públicos. Também discutiram e avaliaram a importância, o reconhecimento e a atuação dos arquivos e arquivistas nesse novo cenário. No entanto, até o presente momento, pelo menos no âmbito específico da arquivologia e/ou no da âmbito da ciência da informação, pouco se discutiu sobre as exceções legais ao direito de acesso à informação dispostas no inciso III do art. 6º da LAI, sobretudo no que toca à necessidade de proteção das informações pessoais. Tais informações, de acordo com o §1º do art. 31 da LAI, são relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e envolvem liberdades e garantias individuais.

Destaca-se que a lei federal n. 8.159, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados no território brasileiro, aprovada em 8 de janeiro de 1991 (Brasil, Presidência da República, 1991), ou seja, vinte anos antes da LAI, já mencionava expressamente, em seu artigo 4º, a

necessidade de proteção das informações pessoais dispostas em documentos arquivísticos dos órgãos públicos.

Algumas discussões foram promovidas ao longo desses anos sobre a necessidade de se permitir o acesso aos documentos arquivísticos produzidos, recebidos e custodiados pelos órgãos públicos e a respeito dos prazos de restrição estipulados. Muitas dessas discussões foram motivadas por grupos organizados da sociedade cujo escopo de atuação era o apoio aos direitos humanos, tendo a maioria deles como foco a luta dos familiares dos mortos, desparecidos e torturados políticos durante o regime militar implantado no Brasil em 1964, os quais reivindicavam a abertura dos arquivos militares e a necessidade de se vencer a "cultura do sigilo".

Com a aprovação da LAI, novamente as discussões se concentraram na "gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação" e na "proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade" (incisos I e II do art. 6º da lei em questão). As discussões sobre o disposto no inciso III do art. 6º a respeito das informações pessoais mantiveram-se periféricas e, até mesmo, ausentes nas pesquisas acadêmicas no âmbito da arquivologia e áreas afins, como a ciência da informação.

A intenção deste livro não é, como se diz no ditado popular, "jogar um balde de água fria", nem diminuir o valor e a importância da LAI e da necessidade de ações governamentais em prol do acesso às informações de interesse público, da transparência administrativa, da democracia, da publicidade dos atos do poder público e do desenvolvimento do controle social da administração pública. Ao contrário, o objetivo é contribuir para o acesso pleno aos documentos e informações com qualidade e responsabilidade, ou seja, sem prejuízo dos outros direitos dos cidadãos garantidos no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que os direitos dos indivíduos garantidos na LAI não se resumem apenas ao direito de acesso à informação.

Sabe-se que, naturalmente, um volume considerável de informações recolhidas, produzidas e recebidas pelo poder público é registrado em documentos arquivísticos, independente do suporte. Nesse sentido, a comunidade arquivística não pode ignorar e se manter omissa diante de tais questões. Afinal, a principal função de um arquivo é o acesso. Além disso, o Código de Ética dos Arquivistas, aprovado em 1996, no âmbito do Conselho Internacional de Arquivos, em seu artigo sétimo recomenda que os *arquivistas encontrem o justo equilíbrio, no quadro da legislação em vigor, entre o direito ao conhecimento e o respeito à vida privada*.

Como se percebe, as discussões, pesquisas e reflexões, no âmbito da arquivologia, sobre as exceções legais do direito de acesso à informação, entre elas as informações pessoais, deveriam ter sido colocadas em pauta desde 1991, tendo em vista a lei federal n. 8.159. Com a aprovação da lei federal n. 12.527/2011 (Brasil, Presidência da República, 2011), o envolvimento da comunidade arquivística se torna cada vez mais urgente e necessário.

É nesse cenário que esta pesquisa se apresenta, a fim de contribuir para as reflexões em torno desse justo equilíbrio entre o direito de acesso e o respeito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, que, aliás, são termos cujas definições e significados não encontram consenso nem mesmo no direito, conforme constatado no desenvolvimento deste trabalho.

Cabe aqui registrar que se optou por seguir um percurso diferenciado, no qual o objetivo não foi discutir a Lei de Acesso à Informação brasileira em toda a sua amplitude, considerando todos os seus dispositivos, nem ter como foco direto e exclusivo os benefícios da LAI no âmbito das políticas públicas de informação e políticas públicas arquivísticas, mas explorar um ponto específico: os termos "vida privada", "intimidade", "honra" e "imagem" elencados no texto constitucional e nas leis federais brasileiras n. 8.159/1991 e 12.527/2011 (Brasil, Presidência da República, 1991; 2011). Partiu-se do pressuposto de que, se mal entendidos, tais conceitos podem impactar negativamente na promoção do acesso à informação. Situação que deve ser combatida pelos profissionais que atuam nos arquivos públicos brasileiros. Considera-se que, para se promover um acesso pleno, responsável e de qualidade, é preciso saber *o que e como deve ser feito e o que e como não deve ser feito*.

Para tanto, um dos caminhos percorridos no âmbito desta pesquisa foi a busca na doutrina do direito dos fundamentos que sustentam a aplicação, no *contexto factual e jurídico*, dos termos em questão. Além disso, buscou-se sistematizar algumas reflexões e discussões, no âmbito da arquivologia, a respeito do acesso aos arquivos, das características próprias dos documentos arquivísticos, do *contexto arquivístico* e da ampliação do princípio da proveniência, que, em nosso entendimento, podem contribuir, juntamente com conhecimentos da doutrina e da jurisprudência jurídica, para a identificação, por parte do cidadão e dos servidores, órgãos e entidades do poder público (entre eles, arquivistas, serviços arquivísticos e instituições arquivísticas), daqueles documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Em síntese, buscou-se apresentar um quadro teórico capaz de contribuir para a definição de requisitos[4] que possam auxiliar na identificação de tais documentos, pautados nas dimensões contextuais consideradas no âmbito da arquivologia e do direito.

Mediante o exposto, este livro foi estruturado da seguinte maneira:

No primeiro capítulo, encontram-se a contextualização da temática, acompanhada do problema de pesquisa suscitado e dos objetivos estabeleci-

4 Entendido aqui como um conjunto de características, atributos, propriedades, funções, habilidades e/ou comportamentos que um produto (nesse caso, o documento arquivístico) deve atender.

dos. No segundo, apresenta-se uma breve reflexão a respeito da grande motivação deste trabalho: o significado e a amplitude da promoção do acesso aos arquivos e documentos arquivísticos.

No terceiro capítulo, faz-se uma breve revisão de literatura, contemplando a visão e as falas de arquivistas, ao longo dos anos, no cenário internacional, a respeito da informação pessoal nos arquivos e, consequentemente, o conflito entre os direitos constitucionais concorrentes, o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Na sequência, o quarto capítulo teve como objetivo apresentar alguns aspectos sobre a aplicação da lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) no Brasil. Para tanto, optou-se por considerar como campo de amostragem os dados relativos à aplicação da LAI no âmbito do Poder Executivo Federal referentes aos pedidos de acesso à informação negados ou parcialmente concedidos, por se referirem a "dados pessoais".

A partir daí, buscou-se efetuar o exercício de exploração e análise da teoria (resgate teórico), mediante dois percursos: o primeiro no âmbito do direito e o segundo no âmbito da arquivologia. No direito, procurou-se, inicialmente, no quinto capítulo, compreender o significado da expressão "ter um direito"; e, em seguida, no sexto, explorar a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais, uma vez que tanto o direito de acesso à informação, quanto os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem integram o rol dos direitos fundamentais. Feito isso, os três capítulos seguintes voltaram-se à identificação e sintetização dos traços característicos e distintivos, além dos aspectos convergentes, dos direitos fundamentais à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade (nessa ordem), com vistas à compreensão de cada um dos conceitos e sua aplicabilidade jurídica no caso concreto.

É preciso registrar a decisão consciente para este trabalho de explorar, na medida do possível e exaustivamente, a doutrina jurídica apresentada nos capítulos anteriores. O objetivo não foi apresentar os fundamentos e perspectivas do direito para a comunidade jurídica, mas buscar na área jurídica conhecimentos que normalmente não circulam e nem são explorados na arquivologia e na ciência da informação. Tais saberes são extremamente necessários aos arquivistas e cientistas da informação, pois os documentos arquivísticos têm como funções provar e testemunhar os atos de uma entidade em um contexto jurídico-administrativo. Além disso, mesmo existindo relações interdisciplinares entre a arquivologia e o direito e entre a ciência da informação e o direito e, consequentemente, entre as três áreas do conhecimento, simultaneamente, as quais deveriam ser estreitadas, percebe-se que os movimentos nesse sentido são insignificantes no cenário acadêmico brasileiro. Vale ressaltar que, nos cursos de graduação e pós-graduação em arquivologia e de pós-graduação em ciência da informação, as relações interdisciplinares com o direito, quando apresentadas, são pouco exploradas.

Portanto, o objetivo foi não se distanciar dos conhecimentos arquivísticos, mas buscar por conhecimentos em uma área afim e pouco explorada.

No último capítulo, motivado pelas considerações e percepções dos arquivistas apresentadas no capítulo sobre a informação pessoal nos arquivos e documentos arquivísticos, procurou-se destacar as características próprias dos documentos arquivísticos e a visão contemporânea ampliada do princípio da proveniência e o conceito de *contexto arquivístico*.

Finalizados os dois percursos de exploração e a análise da teoria, no direito e na arquivologia, buscou-se fundamentar a hipótese de que os elementos que compõem o contexto arquivístico são capazes de evidenciar os requisitos que contribuem para a identificação dos documentos arquivísticos que devem ser estruturados,[5] gerados,[6] administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Além disso, considerou-se que a interpretação, a compreensão e a aplicação dos preceitos dispostos nos textos constitucionais e legais brasileiros sobre intimidade, vida privada, honra e imagem não constituem uma reprodução de um conjunto de imperativos fixos e unívocos. Tais procedimentos precisam revelar o sentido e o alcance apropriado da lei para a vida real, conforme praticado pelo direito, tendo como referência o *contexto e as circunstâncias do caso concreto* (a extensão da discricionariedade), assim como os interesses, bens, valores, alcances e os limites de aplicação de cada um dos direitos em pauta. Entende-se que, na busca da discricionariedade, ou seja, do *contexto fático* e do *contexto jurídico*, as respostas que se pretende encontrar, nos casos de colisões entre os direitos em questão, também podem ser obtidas com o auxílio dos elementos do *contexto arquivístico*. Assim, conclui-se que as *dimensões contextuais consideradas no âmbito da arquivologia e no âmbito do direito* compreendem, juntas, os requisitos que indicam a possibilidade de registro de informações pessoais nos documentos arquivísticos. Por fim, são apresentadas as considerações finais.

5 Entendido aqui como o momento de composição do documento, ou seja, a seleção da espécie documental, tendo como referência a identificação jurídico-administrativa do ato que se pretende documentar. Uma vez selecionada a espécie documental, os elementos semânticos e circunstanciais serão submetidos a fórmulas diplomáticas pré-estabelecidas (fixação do texto).

6 Entendido aqui como o momento em que se conclui todas as etapas da gênese documental (tradição documental); quando então, o documento passa a ser reconhível em função da sua proveniência, espécie, tipologia, elementos (intrínsecos e extrínsecos) e características (fixidez, naturalidade, unicidade, organicidade, imparcialidade e autenticidade).

Contextualização da temática de pesquisa: o escopo, o problema e os objetivos

Ao discutir sobre "O acesso às informações públicas: retrocessos e avanços da legislação brasileira" e tendo como foco os arquivos públicos brasileiros, Indolfo (2013, p. 6, citando Uhlir, 2006, p. 21) explica que, "desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19), uma das principais metas de qualquer sociedade tem sido a luta pelo desenvolvimento humano, ou seja, 'o fortalecimento de todos os cidadãos, por meio do acesso e utilização da informação e do conhecimento'".

Desse modo, Indolfo (2013, p. 6) conclui que "o acesso e a utilização de informações ganham importância fundamental para os cidadãos que desejam alcançar a 'cidadania integral'". Indolfo (2013, p. 7) destaca ainda que, nesse caso, "o acesso à informação, além de ser cada vez mais reconhecido, em várias partes do mundo, como um direito, torna-se essencial para a consolidação não só dos direitos políticos, mas, também, dos econômicos e sociais." Assim, para a autora em questão (2013, p. 5), justifica-se o fato de a informação e a conquista dos direitos humanos encontrarem-se, nos dias de hoje, na pauta de muitos discursos acadêmicos, políticos ou veiculados na mídia.

No Brasil, o direito de acesso à informação pública está previsto no capítulo I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos –, especificamente artigo 5º, inciso XXXIII. O inciso X do mesmo artigo da Constituição brasileira estabelece que "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" (Brasil, Constituição, 1988).

Ressalta-se que a Carta Magna brasileira também especifica em seus artigos 37 e 216 que:

> Art. 37. [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]. II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (Brasil, Constituição, 1988).
>
> [...]. Art. 216 [...]. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Brasil, Constituição, 1988)

Assim, a lei federal n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que "dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências" (Brasil, Presidência da República, 1991), trata dos direitos constitucionais supracitados, tendo como foco os documentos arquivísticos produzidos, recebidos, ou seja, acumulados, por órgãos públicos:

> Art. 4º Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. (Brasil, Presidência da República, 1991)

Recentemente, a lei federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), dispôs especificamente sobre os procedimentos a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios, com o fim de garantir o direito fundamental de acesso a informações previsto na Constituição Federal e em conformidade com os princípios básicos da administração pública brasileira e suas diretrizes, a saber:

> Art. 3° [...] I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública. (Brasil, Presidência da República, 2011)

Mediante o objetivo proposto, a LAI determina, em seu artigo 6º, que cabe aos órgãos e entidades do poder público (nacionais, estaduais, distrital e municipais), assegurarem a

> I – gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; II – proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e III – *proteção* da informação sigilosa e *da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso*. (Brasil, Presidência da República, 2011, grifo nosso)

Dessa forma, a lei federal n. 12.527/2011, associada aos dispositivos constitucionais, traz consigo fundamentos para a consolidação da democracia, ao permitir ao cidadão participar efetivamente do processo de tomada de decisão do Estado, conhecer e tomar posse dos seus direitos; ao impor aos órgãos e entidades do poder público compromissos e padrões de qualidade de atendimento aos cidadãos; ao possibilitar a construção de canais eficientes de comunicação entre governo e sociedade; e ao exigir a necessidade e o dever do poder público de executar com eficiência, eficácia e transparência a gestão de informações e documentos.

Nessa conjuntura, as discussões em torno do direito de acesso à informação, das exceções legais a esse direito e da observância da publicidade como preceito geral por parte do Estado, bem como do seu dever de divulgação de informações de interesse público e fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social da administração pública, ganham destaque no meio social, no cenário da administração pública e no

âmbito das investigações acadêmicas, quando estas últimas são oriundas dos domínios das ciências sociais aplicadas, principalmente em se tratando da ciência da informação, da arquivologia e do direito.

Destaca-se que, de acordo com a LAI, a *informação pessoal* está "relacionada à pessoa natural identificada ou identificável" e o seu tratamento deve obedecer aos princípios de transparência. Todavia, mantendo-se o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assim como às liberdades e garantias individuais. A mesma lei dispõe que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de cem anos a contar da sua data de produção, podendo ser autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros, diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

De acordo com o disposto no § 4º do art. 31 da Lei de Acesso à Informação, tal restrição "não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância".

Em relação ao consentimento expresso, a LAI dispõe, no § 3º do art. 31, que este será exigido quando as informações forem necessárias:

> I – à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III – ao cumprimento de ordem judicial; IV – à defesa de direitos humanos; ou V – à proteção do interesse público e geral preponderante. (Brasil, Presidência da República, 2011)

Além disso, a LAI prevê no § 5º do art. 31 que "regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal". A esse respeito, destaca-se que, desde 13 de maio de 2016, encontra-se em tramitação, na Câmara dos Deputados, um projeto de lei (PL n. 5.276/2016) que "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para proteger a personalidade e a dignidade da pessoa natural" (Brasil, Câmara dos Deputados, 2006). Antes de ser apresentada à Câmara dos Deputados, a proposição esteve em debate público (em duas etapas), enquanto anteprojeto, na internet, no sítio Pensando o Direito (Proteção..., [2017]).

Na página *online* do Projeto Pensando o Direito, explica-se que a intenção é oferecer uma lei que permita ao cidadão o controle sobre a utilização de suas informações por organizações, empresas e governo, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos. Busca-se, assim, equilibrar "as assimetrias de poder sobre a informação pessoal existente entre o titular dos dados pessoais e aqueles que os usam e compartilham". As duas etapas de debates públicos sobre o anteprojeto de lei foram abertas aos cidadãos e ocorreram por meio de comentários ao texto sugerido.

Conforme consta no sítio em questão, o objetivo da futura lei é "garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, nos termos do art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal" (Proteção..., [2017]).

O primeiro debate durou cinco meses e recebeu mais de 14 mil visitas, obtendo mais de oitocentas contribuições, entre 2010 e 2011. Os subsídios colhidos na primeira etapa foram analisados e discutidos no âmbito do Poder Executivo entre os órgãos interessados e consolidados no texto colocado em discussão, na internet, por ocasião da segunda etapa, que aconteceu no primeiro semestre de 2015. Segundo consta no sítio Pensando o Direito, "no total foram mais de 2.000 contribuições dos setores público e privado, academia e organizações não governamentais". Além disso, no decorrer dos cinco anos (entre 2010 e 2015), também foram realizadas inúmeras reuniões técnicas, seminários e discussões por diversos órgãos e entidades.

Prosseguindo, ressalta-se que a Constituição Federal apesar de ter estabelecido como forma de organização político-administrativa do Estado o federalismo, no qual a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, enquanto entes federativos, possuem a tríplice capacidade de 1) auto-organização e normalização própria, 2) autogoverno e 3) autoadministração, tais entes devem respeitar os princípios constitucionais sensíveis, os princípios federais extensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos (Moraes, 2012, p. 290). Ou seja, os entes federados, através dos seus órgãos/instituições – executores de funções estatais –, devem assumir, como preceitos, os direitos constitucionais fundamentais; entre eles o direito de acesso à informação, o direito de segurança e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como os princípios da administração pública.

Como se percebe, os órgãos públicos brasileiros, enquanto detentores de parte da soberania do Estado e executores de funções estatais, devem divulgar e promover o acesso de informações de interesse público e fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social da administração pública, mas também precisam proteger as informações consideradas sigilosas e pessoais com eficiência e eficácia. Ou seja, o direito de acesso à informação se relaciona antagonicamente com o dever do Estado de proteger a segurança estatal e da sociedade, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, uma vez que, enquanto cidadãos, todos também têm o direito de viver com segurança (direito à segurança) e de manter a sua dignidade (direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, entre outros). Conforme relatado anteriormente, no Brasil, tanto o direito à informação quanto o direito de intimidade, à vida privada, à honra e à imagem encontram-se elencados na Constituição Federal de 1988 entre os direitos fundamentais. Estes, segundo Silva (2011, p. 178-179), constituem garantias de uma convivência que tem como escopo a dignidade, a liberdade e a igualdade de todas as pessoas, devendo ser formalmente reconhecidos e concreta e materialmente efetivados.

O acesso à informação, como direito fundamental, também é reconhecido por organismos da comunidade internacional, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Destacam-se, a seguir, alguns tratados, convenções e declarações de âmbito internacional:

Quadro 1 Tratados, convenções e declarações internacionais relacionados ao direito de acesso à informação

Tratados, convenções e declarações assinadas pelo Brasil	Trecho
Declaração Universal dos Direitos Humanos	"Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (art. 19)
Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção	"Cada Estado-parte deverá [...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...]" (art. 10 e 13)
Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão	"O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito" (item 4)
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	"Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...]" (art. 19)

Fonte: elaborado pelo autor com base em Controladoria-Geral da União (2011, p. 9).

A respeito das características dos direitos fundamentais, Silva (2011, p. 181) esclarece que estes são dotados de inalienabilidade (são intransferíveis e inegociáveis), imprescritibilidade (nunca deixam de ser exigíveis) e irrenunciabilidade (pode-se deixar de exercê-los, porém não se admite que sejam renunciados). E, ao discorrer sobre a natureza e eficácia das normas sobre os direitos fundamentais, tal autor comenta que:

> A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. (Silva, 2011, p. 180, grifo do original)

Dando prosseguimento, Silva (2011, p. 184), com base na Constituição em vigor, explica que os direitos fundamentais podem ser classificados em cinco grupos: direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos e direitos solidários, dos quais, destacam-se, aqui, os individuais e os coletivos. Todavia, vale ressaltar que, segundo Silva (2011, p. 184-185), a Constituição Federal de 1988 "fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas", de modo que os direitos individuais, por exemplo, "estão contaminados de dimensão social".

Em relação aos direitos coletivos, o mesmo autor (2011, p. 195) esclarece que "muitos deles sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte como direitos sociais" e que apenas as liberda-

des de reunião e associação, o direito de entidades associativas de representar seus filiados, o direito de receber informações de interesse coletivo e o direito de petição "restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos".

Quanto ao direito à informação, Silva (2011, p. 259-260), citando Freitas Nobre,[7] explica que esse direito "não é um direito pessoal, nem simplesmente um direito profissional, mas um direito coletivo". Argumenta que o direito à informação é um "*direito coletivo da informação*" ou "*direito da coletividade à informação*", uma vez que, de acordo com o enunciado no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição brasileira, "amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual".

Jardim (1999, p. 2), ao tecer suas considerações sobre *O acesso à informação arquivística no Brasil: problemas de acessibilidade e disseminação*, afirma que "o acesso à informação encontra no direito à informação o seu regime jurídico, a sua dimensão jurídica". Dando prosseguimento, o autor mencionado ressalta que o direito à informação carrega em si uma flexibilidade que o enquadra como direito civil, direito político e direito social. Jardim também destaca que, sob o patamar de uma "nova cidadania", esse direito implica o dever de efetiva transparência do Estado e "transforma, ao menos teoricamente, o território administrativo em território partilhado, em espaço de comunicação". Complementando, o autor declara que a noção de acesso à informação, além de manter uma relação com o direito, liga-se a dispositivos políticos, culturais, materiais e intelectuais, os quais, por sua vez, são responsáveis por garantir o exercício efetivo desse direito.

Em relação aos direitos individuais dispostos na Constituição, Silva (2011, p. 194) os classifica em cinco grupos: direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade. No que diz respeito aos conceitos de direito de intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, Silva explica que:

> De fato, *a terminologia não é precisa*. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional [...] consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como 'o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito'. (Silva, 2011, p. 206, grifo nosso)

Ampliando essa questão, Silva destaca que "o *direito à intimidade* é quase sempre considerado como sinônimo de *direito à privacidade*" (Silva, 2011, p. 206, grifo do original), que "não é fácil distinguir *vida privada* de *intimidade*" (Silva, 2011, p. 208, grifo do original) e que o direito à preservação da honra e da imagem "não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade" e "sequer integra o conceito de direito à vida privada" (Silva, 2011, p. 209).

7 Não foi possível localizar os dados da referência.

Essa imprecisão terminológica relatada, também é percebida, no Brasil, em relação aos termos pessoal, particular e privado, bem como suas variações, quando correlacionados aos termos documento e arquivo, pois ora se referem ao teor do documento, ora à condição da entidade produtora e ora a uma condição que justifica o acesso restrito. De acordo com o *Dicionário brasileiro de terminologia arquivística* (Brasil, Arquivo Nacional, 2005, p. 78), do Arquivo Nacional brasileiro, o termo documento pessoal, por exemplo, é definido como aquele "cujo teor é de caráter estritamente particular" e como o "documento que serve à identificação de uma pessoa". Já os termos arquivo pessoal e arquivo privado (também chamado de arquivo particular) não são associados ao teor, mas às entidades produtoras: o primeiro à pessoa física e o segundo à entidade coletiva de direito privado, família ou pessoa (Brasil, Arquivo Nacional, 2005, p. 34-35). O termo privacidade, por sua vez, está relacionado ao acesso:[8] "direito que protege os indivíduos da divulgação não autorizada de informações de caráter pessoal" (Brasil, Arquivo Nacional, 2005, p. 137). Destacam-se, também, as confusões terminológicas em relação aos termos documentos sigilosos e documentos pessoais.

Ressalta-se que, no Brasil, até a promulgação da LAI, de acordo com o disposto no § 1º do art. 23 da lei federal n. 8.159/1991, os documentos que continham informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem também eram considerados sigilosos. Neste mesmo parágrafo, revogado pela LAI, constava que: "os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos". Com a promulgação da LAI, atualmente, é considerada informação sigilosa apenas "aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado", ao passo que é considerada informação pessoal "aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável". No seu art. 23, a LAI esclarece que:

> São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas; VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse

8 No mesmo dicionário (Brasil, Arquivo Nacional, 2005, p. 19), "acesso" é definido como "possibilidade de consulta a documentos e informações" e "função arquivística destinada a tornar acessíveis os documentos e a promover sua utilização".

> estratégico nacional; VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. (Brasil, Presidência da República, 2011)

Ressalta-se que, na literatura especializada, também alguns autores tratam os documentos possuidores de informações pessoais como sigilosos. Ao apresentar uma breve revisão de literatura sobre documentos sigilosos e acesso no campo da arquivologia, Hott (2012, p. 207, grifo nosso), por exemplo, relata que, de acordo com Duchein (1983),[9] os *documentos sigilosos* podem ser categorizados em três grandes grupos: "documentos relativos à segurança nacional e à ordem pública; *documentos relativos à vida privada* [das pessoas]; e documentos relativos aos segredos protegidos por lei".

> *Documentos relativos à segurança nacional e à ordem pública*: referentes à defesa nacional e à política externa ou interna; à moeda e ao crédito público; segurança do Estado e à segurança pública; investimentos financeiros, monetárias e comerciais com o exterior; planos de submarinos atômicos, planos de mobilização para o caso de guerra ou aos projetos em execução da luta contra o terrorismo. *Documentos relativos à vida privada [das pessoas]*: referentes ao estado civil e filiação (nascimentos, matrimônios, divórcios, óbitos); saúde; patrimônio e rendas; processos penais e criminais; à vida profissional; opiniões públicas, filosóficas e religiosas; documentos censitários e documentos policiais. *Documentos relativos aos segredos protegidos por lei*, particularmente os de âmbito comerciais e industriais: as patentes detêm segredos que incluem o processo de fabricação industrial (para protegê-los de plágios) e as pesquisas científicas; os segredos bancários, o segredo dos investimentos comerciais, o segredo das prospecções geológicas e minerais; em todos esses casos, são enormes os interesses econômicos públicos ou privados no cenário mundial (Duchein, 1983, p. 18-19 apud Hott, 2012, p. 208-209, tradução da autora, grifo do original).

Ainda discorrendo sobre essa questão terminológica, as expressões "informação do setor público", "informação governamental" e "informação de domínio público" muitas vezes são consideradas, equivocadamente, enquanto sinônimas e/ou são mal compreendidas. Vale ressaltar que, tendo como referência as explicações de Uhlir (2006), Indolfo (2013, p. 8) observa que: "pode-se considerar que toda informação governamental é uma informação pública, mas que nem toda informação de domínio público provém necessariamente de uma informação governamental". Porém, acrescenta-se a seguinte questão: toda informação pública ou informação governamental deve ser de domínio público? Pergunta esta que o próprio Uhlir (2006, p. 28) responde de maneira negativa, mediante o esquema apresentado no quadro abaixo:

---

9 DUCHEIN, Michel. *Los obstáculos que se oponen al accesso, a la utilización y a la transferência de la informatión conservada em lós archivos*: um estúdio del Ramp. Paris: Unesco, 1983. Esse artigo será retomado ao longo deste trabalho.

Quadro 2 Os relacionamentos entre os diferentes tipos de informação do setor público e a informação privada

	Informação do setor público	Informação do setor privado
Informação de domínio público	Informação produzida e voluntariamente disponibilizada sem proteção por governos ou organizações internacionais. Como princípio geral, presume-se que a informação produzida pelo setor público pode fazer parte do domínio público governamental, a menos que esteja expressamente protegida.	Informação de domínio público que não esteja no domínio público governamental. Isso inclui informação que não está mais protegida, não é passível de proteção, ou está expressamente franqueada no domínio público por detentores de direitos privados.
Informação protegida	Informação do setor público protegida por propriedade intelectual ou por outras medidas, tais como leis de proteção da segurança nacional ou a privacidade pessoal.	Informação de propriedade de particulares que esteja protegida por propriedade intelectual, por leis como as de propriedade pessoal ou a confidencialidade (por exemplo, segredo comercial) ou por contrato.

Fonte: Ulhir (2006, p. 28).

Diante das imprecisões em relação aos termos *intimidade, vida privada, honra e imagem*, citados nos textos legais mencionados, e ao termo *pessoal*, na literatura arquivística, além dos termos *informação pública e informação de domínio público*, no senso comum, surgem as seguintes indagações: Quais as peculiaridades, circunstâncias e conjunturas que marcam, caracterizam e definem certas informações, contidas nos documentos arquivísticos públicos, como informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem? Tendo em vista os direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais), como se caracterizam essas exceções legais ao direito de acesso à informação?

Nesse sentido, o trabalho que se apresenta assume como problema de pesquisa e como objetivos o disposto no Quadro 3:

Quadro 3 Problema e objetivos de pesquisa

Problema de pesquisa	Objetivo geral	Objetivos específicos
Quais são os requisitos que indicam que determinados documentos arquivísticos devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (informações pessoais)?	Construir uma plataforma teórica capaz de evidenciar requisitos que caracterizam as informações pessoais.	Analisar os pedidos de informações junto ao Poder Executivo federal com negativa de acesso por conterem "dados pessoais" e cujos os dados estão disponíveis no e-SIC da CGU. Explorar a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais. Explorar os significados e aplicabilidade dos termos intimidade, vida privada, honra e imagem elencados nos dispositivos constitucionais e legais brasileiros. Explorar os significados e aplicabilidade dos conceitos de documento arquivístico, princípio da proveniência, contexto arquivístico e acesso pleno aos documentos arquivísticos. Identificar e esquematizar os requisitos (conjunto de características, atributos, propriedades, funções, habilidades e/ou comportamentos) que auxiliam na caracterização e definição de categorias de informações pessoais nos documentos arquivísticos, ou seja, os requisitos que caracterizam e definem as informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Fonte: elaborado pelo autor.

Entende-se que, para que a questão suscitada seja respondida, é necessário compreender e analisar o contexto dos documentos arquivísticos, identificando e mapeando os fatores e fenômenos que determinam diretamente seus conteúdos e como estes devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados. Segundo Thomassem (2006, p. 10), esses fatores e

fenômenos compreendem o contexto arquivístico: contexto de proveniência (contexto organizacional, contexto funcional e contexto de procedimentos administrativos), o contexto administrativo e o contexto de uso dos documentos, que são determinados pelo contexto sociopolítico, cultural e econômico[10]. Parte-se do pressuposto de que para que um órgão público possa observar a publicidade dos seus atos e informações como preceito geral e ter o sigilo como exceção, bem como fomentar com eficiência e eficácia o desenvolvimento da cultura de transparência, do controle social da administração pública e a proteção das informações consideradas, as dimensões contextuais dos documentos arquivístios, principalmente aquelas relativas à proveniência, precisam ser concebidas.

Diante do problema e dos argumentos antes apresentados, considera-se, ainda, que o processo de interpretar, compreender e aplicar dispositivos constitucionais e legais a respeito da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem também envolve fatores e fenômenos contextuais. Destaca-se que, dentro da linha de pensamento aqui colocada em pauta, a interpretação, a compreensão e a aplicação dos preceitos dispostos em um texto legal não constituem a reprodução de um conjunto de imperativos fixos e unívocos. Ao contrário, esses processos precisam revelar o sentido e o alcance apropriado da lei para a vida real, tendo como referência o contexto das entidades (físicas ou jurídicas) que produziram, receberam e/ou acumularam os documentos arquivísticos, ou seja, o que, por quem, para quem, por que, para que, quando, onde, como e em que condições as informações foram coletadas, registradas e utilizadas.

Considerando as questões acima apresentadas como importantes e motivadoras, compreende-se que é relevante problematizar o significado das práticas e processos informacionais dirigidos para os sujeitos sociais que integram esse cenário de atuação e como essas práticas e processos são constituídos dentro das circunstâncias e conjunturas atuais. Acredita-se que, para que os órgãos e entidades do poder público possam observar os fundamentos, os direitos e os deveres elencados até aqui, tratando-se dos documentos arquivísticos e suas informações, esses órgãos precisam identificar, mapear e definir com clareza quais atividades, entre as que exercem, dizem respeito a informações pessoais, assim como quais tipologias documentais provenientes dessas atividades podem conter informações pessoais. Em outras palavras, como se caracterizam as informações contidas em documentos arquivísticos públicos que envolvem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e que podem causar dano material e/ou moral decorrente de sua violação?

10 Os conceitos de contexto de proveniência ou contexto de produção, contexto organizacional, contexto funcional, contexto de procedimentos administrativos, contexto administrativo, contexto de uso dos documentos e contexto sociopolítico, cultural e econômico serão abordados com detalhes no subcapítulo “Princípio da proveniência e contexto arquivístico”.

Apresenta-se como uma das principais justificativas para o desenvolvimento da pesquisa proposta no âmbito de um Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação, os argumentos de Jardim (1999, grifos do autor):

> As diversas abordagens em torno da noção de *acesso à informação* comportam desde reflexões teóricas presentes na arquivologia, biblioteconomia, documentação e ciência da informação etc. até estudos diversos, relacionados às práticas daí decorrentes. Tanto nos marcos teóricos destes campos como na cultura do profissional da informação ou nos objetivos dos serviços de informação, o acesso coloca-se como questão central. Seja qual for o conceito de informação adotado, reconhece-se que os processos de *transferência e uso* da informação em seus diversos matizes constituem um dos cernes da contemporaneidade.

Ressalta-se, ainda, que, de acordo com Jardim (2012), "as relações entre Estado e sociedade, mediadas pela produção e fluxos de informações entre ambos, têm sido contempladas com ênfase crescente pelas ciências sociais", das quais se destaca aqui a arquivologia, a ciência da informação, a ciência política, a sociologia e a história. O autor em questão também afirma que, historicamente, essas relações, diálogos e reflexões vêm adquirindo "contornos mais profundos nas quatro últimas décadas" em função: a) da emergência e ampliação das tecnologias da informação e comunicação; b) das reformas nas organizações estatais; c) da crise do Estado-nação; d) das políticas como governo eletrônico e governo aberto, etc.

A justificativa e relevância para o desenvolvimento da pesquisa em tela também se apoiam nos argumentos de González de Gomez (1990, p. 119), ao abordar o objeto de estudo da ciência da informação, seus paradoxos e desafios, destacando que o saber teórico e tecnológico dessa ciência só pode constituir-se a partir do conhecimento dos processos sociais, comunicacionais e cognitivos da informação. González de Gomez (1990, p. 121, grifos da autora) esclarece que:

> O que constituiria domínio da ciência da informação não seria [...] a *qualidade* de um campo de fenômenos de informação (informação científica, informação tecnológica, informação para a cidadania), mas a instauração de um 'ponto de vista' que recorre a uma ampla zona transdisciplinar, com dimensões físicas comunicacionais, cognitivas e sociais ou antropológicas. Esse 'ponto de vista' não teria como objeto a informação e suas especificações, mas antes as *pragmáticas sociais* de informação [...]. Esse 'objeto' da ciência da informação não seria logo uma "coisa" ou uma 'essência' de uma região de fenômenos, mas um conjunto de regras e relações tecidas entre agentes, processos e produções simbólicas e materiais.

Em relação às estratégias metodológicas, foi adotado o seguinte caminho:

Por intermédio de uma revisão de literatura, julgou-se essencial colocar em pauta, de imediato, aquilo que representa a grande motivação deste trabalho: o significado e amplitude da promoção do acesso aos arquivos e aos documentos arquivísticos. Em seguida, procurou-se analisar alguns aspectos sobre a aplicação da Lei de Acesso à Informação (LAI) no Brasil, junto ao Poder Executivo federal, mais especificamente em relação aos pedidos de acesso à informação negados ou parcialmente concedidos, por se referirem a "dados pessoais"; considerando a possibilidade de irregulari-

dades e/ou dificuldades em relação à definição de informações pessoais. A escolha do Poder Executivo federal se deu em função da existência do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), disponível na web, de fácil acesso e porta de entrada única, no âmbito do Poder Executivo federal, para os pedidos de informação. O e-SIC também possibilita a extração de relatórios com dados referentes a todas as solicitações de acesso à informação e seus respectivos encaminhamentos.

Dada a possibilidade de irregularidades e/ou dificuldades em relação à definição de informações pessoais, buscou-se apresentar um quadro de referência capaz de evidenciar os requisitos que caracterizam tais informações de modo a possibilitar a promoção do acesso pleno aos documentos arquivísticos, respeitando as exceções legais ao direito de acesso à informação. O exercício de exploração e análise da teoria (resgate teórico) foi realizado mediante dois percursos: no âmbito do direito e no âmbito da arquivologia. No âmbito do direito, a finalidade foi explorar a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais e, em seguida, identificar e sintetizar os traços característicos e distintivos, além dos aspectos convergentes, dos direitos fundamentais que tutelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, com vistas à compreensão de cada um dos conceitos e sua aplicabilidade no caso concreto. Na arquivologia procurou-se destacar as características próprias dos documentos arquivísticos e a visão contemporânea e ampliada do princípio da proveniência, além do conceito de contexto arquivístico. Considerou-se que esses dois percursos de exploração e análise da teoria evidenciariam requisitos que contribuem na identificação dos documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O acesso pleno aos arquivos e documentos arquivísticos: premissas contemporâneas

Em relação à abordagem da comunidade internacional sobre o acesso aos arquivos, o Conselho Internacional de Arquivos (CIA) colocou a questão em pauta há algum tempo, ampliando as discussões e iniciativas ao considerar não apenas os arquivos governamentais, mas também os arquivos privados. Dentre essas iniciativas, destacam-se aqui:

a. *Outline of a Standard European Policy on Access to Archives* (esboço de uma política europeia normalizada de acesso aos arquivos elaborado no início da década de 1990): adotado como a posição do CIA em 1997. Apesar de concentrar-se quase inteiramente no acesso aos arquivos governamentais, o *Outline* possui uma declaração sobre acesso aos documentos não governamentais, recomendando que sejam feitos esforços para que o acesso aos arquivos privados seja, sempre que possível, realizado em consonância com a mesma norma dos arquivos oficiais (CIA, 2012, p. 5);

b. *Código de Ética*, de 1996: em seu princípio seis, estabelece que *os arquivistas devem facilitar o acesso aos arquivos ao maior número possível de usuários, oferecendo seus serviços a todos com imparcialidade*. O princípio sete desse código também estabelece que os *arquivistas visem encontrar o justo equilíbrio, no quadro da legislação em vigor, entre o direito ao conhecimento e o respeito à vida privada* (CIA, 2012, p. 5);

c. *Declaração universal sobre os arquivos*, de 2010: destaca "o caráter fundamental dos arquivos *no apoio à condução eficiente, responsável e transparente de negócios, proteção dos direitos dos cidadãos*, fundamentação da memória individual e coletiva, compreensão do passado, documentação do presente e orientação das ações futuras". Identifica, ainda, como um dos papeis fundamentais dos arquivistas tornar "esses documentos disponíveis para uso" e garantir que os arquivistas trabalharão juntos para que "*os arquivos sejam acessíveis a todos, respeitando a legislação pertinente e os direitos dos indivíduos, produtores, proprietários e usuários*" (CIA, 2012, p. 5-6, grifo nosso);

d. *Princípios de acesso aos arquivos*, de 2012: oferecem aos arquivistas uma base de referência internacional para avaliação das práticas e políticas de acesso existentes e um quadro para uso quando do *desenvolvimento ou modificação de regras de acesso*. Essa publicação contém dez princípios que abrangem os direitos de acesso pelo público e a responsabilidade dos arquivistas em propiciar o acesso aos arquivos e às informações sobre eles. Esses princípios aplicam-se tanto aos arquivos públicos, quanto aos privados (Quadro 4).

Quadro 4 Princípios de acesso aos arquivos, segundo o Conselho Internacional de Arquivos

Princípios de acesso aos arquivos
1. O público tem o direito de acesso aos arquivos de órgãos públicos. Entidades públicas e privadas devem abrir seus arquivos o mais amplamente possível
2. Instituições custodiadoras de arquivos tornam pública a existência dos arquivos, inclusive a de documentos fechados ao acesso, e divulgam as restrições que afetam os arquivos
3. Instituições custodiadoras de arquivos adotam uma abordagem proativa para acesso
4. Instituições custodiadoras asseguram que restrições de acesso sejam claras e de duração determinada, baseadas em legislação pertinente, reconhecem o direito de privacidade de acordo com as normas culturais e respeitam os direitos dos proprietários de documentos privados
5. Arquivos são disponibilizados em condições de acesso igualitárias e justas
6. Instituições custodiadoras de arquivos garantem que vítimas de crimes graves segundo as leis internacionais tenham acesso a documentos que proporcionam a evidência necessária à afirmação de seus direitos humanos e à prova de sua violação, mesmo se esses documentos estiverem fechados ao público em geral
7. Usuários têm o direito de apelar de uma negação de acesso
8. Instituições custodiadoras de arquivos garantem que as restrições operacionais não impeçam o acesso aos arquivos
9. Arquivistas têm acesso a todos os arquivos fechados e neles realizam o trabalho arquivístico necessário
10. Arquivistas participam do processo de tomada de decisão sobre acesso

Fonte: elaborado pelo autor com base em CIA (2012).

A publicação *Princípios de acesso aos arquivos* (CIA, 2012) sublinha que *cabe aos arquivistas responsabilidades em relação ao planejamento, implementação e manutenção dos sistemas de controle de acesso*.

> Os arquivistas são responsáveis pelo planejamento, implementação e manutenção dos sistemas de controle de acesso. *Todos os membros da equipe devem entender os princípios básicos de acesso, a necessidade de manipulação segura de informações restritas, e a responsabilidade de não divulgar informações a menos que estas se tenham tornado públicas por meio de procedimentos aprovados. Os arquivistas que participam do processo de tomada de decisão sobre acesso devem ter uma boa compreensão das leis pertinentes e das práticas de acesso*, bem como das necessidades dos pesquisadores. À medida que suas atividades o exijam, *os arquivistas devem treinar novos membros da equipe na operação do regime de acesso* (CIA, 2012, p. 11, grifo nosso).

Diante dos argumentos e diretrizes dos mencionados dispositivos, complementa-se que, na concepção da maioria dos autores e pesquisadores do campo da arquivologia, as instituições arquivísticas[11] e serviços arquivísticos[12] possuem três grandes funções enquanto entidades custodiadoras de um arquivo:[13] 1) recolher os documentos arquivísticos; 2) conservar os documentos arquivísticos; e 3) dar acesso aos documentos arquivísticos.

Sobre essas funções, Vivas Moreno (2004, p. 62-63), por exemplo, considera que: a primeira função, além de compreender receber, prevê a preparação ativa dos documentos arquivísticos nos processos de criação, normalização da tipologia documental e dos prazos de vigência administrativa, seleção prévia, entre outros; a segunda função envolve custodiar de forma adequada tais documentos, de modo que, para tanto, é imprescindível uma organização científica (classificação/arranjo, ordenação, descrição e instalação definitiva); a terceira função, por sua vez, consiste no acesso aos documentos, na realidade, no objetivo final dos arquivos.

Como se percebe, um arquivo não tem sentido se não é possível acessar seus documentos e informações. Dessa forma, parte-se do pressuposto de que todas as atividades, práticas, rotinas e procedimentos que envolvem a custódia, o tratamento (processamento técnico-arquivístico) e a preservação dos documentos arquivísticos têm como objetivo o acesso a eles. Registram-se informações em unidades documentais confiáveis e evidentes (documentos arquivísticos dotados de fixidez, organicidade/interrelacionamento, autenticidade, imparcialidade, unicidade e naturalidade), porque, tendo em vista, em um primeiro momento, os seus valores primários (administrativos, legais e fiscais), essas informações precisam ser acessadas por pessoas físicas ou jurídicas no desenvolvimento de suas atividades. Classificam-se e se ordenam tais documentos para que possam ser acessados com rapidez, eficiência e eficácia. Avaliam-se e se eliminam tais documentos (reduzindo a massa documental acumulada) com objetivo de preservar, com

11 No âmbito deste trabalho, entende-se instituição arquivística como aquela organização cuja atividade-fim é a gestão, o recolhimento, a preservação e o acesso de acervos arquivísticos produzidos e recebidos por outras pessoas (físicas ou jurídicas) no exercício das suas atividades.

12 No âmbito deste trabalho, entende-se serviço arquivístico como uma unidade administrativa incumbida de funções arquivísticas de uma organização, configurando-se como atividade-meio.

13 No âmbito deste trabalho, entende-se arquivo como o conjunto de documentos, independente do suporte, gênero, formato e natureza do assunto, produzidos e recebidos, naturalmente, por uma pessoa física ou jurídica, no decurso da sua existência, tendo em vista o exercício das suas funções, atividades ou procedimentos; reunidos, organizados e preservados, mediante princípios e metodologia científica e gerenciados por profissional qualificado, para servirem, em um primeiro momento, ao produtor ou a qualquer pessoa interessada, como prova administrativa, jurídica e/ou financeira (valor primário) e, em um segundo momento, após a realização de um processo de avaliação, como testemunho e como fonte de informação do que já foram provas (valor secundário).

qualidade, eficiência e eficácia, os documentos e informações que possuem valor (primário e secundário), assim como agilizar a recuperação e o acesso a eles. Descrevem-se e se disponibilizam os instrumentos de pesquisa aos usuários, com o objetivo de tornar os documentos e suas informações operacionais e acessíveis, ou seja, mais uma vez se tem como objetivo a promoção do acesso. Conclui-se que os documentos arquivísticos são produzidos, tratados, preservados e custodiados para uso pelas gerações atuais e futuras.

Ressalta-se que, de acordo com a publicação *Princípios de acesso aos arquivos* (CIA, 2012, p. 5), o acesso, no âmbito dos arquivos, é entendido como "a disponibilidade de documentos para consulta como resultado": 1) da autorização legal e 2) da existência de instrumentos de pesquisa. Todavia, tendo como base as reflexões de Campos (2013, p. 151), considera-se que a garantia do acesso pleno aos acervos arquivísticos, "dependerá, contudo, da qualidade que se imprima ao tratamento documental (da identificação do órgão produtor e de suas funções, passando pela avaliação, até a descrição dos documentos)", bem como "da formulação e implementação de políticas específicas". Ou seja, é necessário que os arquivos sejam compreendidos "em função da natureza das atividades desenvolvidas por seus titulares e dos estágios intermediários implicados em sua consecução" (Campos, 2013, p. 153). Para tanto, todas as atividades, procedimentos e rotinas que envolvem o tratamento dos documentos arquivísticos e, consequentemente, a promoção do acesso devem considerar as especificidades apresentadas pela natureza deles. Devem ser considerados, principalmente, o contexto de proveniência ou de produção (elementos que traduzem o ambiente no qual a ação geradora dos documentos arquivísticos se concretizou), que abrange os contextos organizacional, funcional e de procedimentos administrativos; além dos contextos administrativo e de uso dos documentos, que são determinados pelo contexto sociopolítico, cultural e econômico em que se encontra inserido o produtor dos documentos.

Ao contrário da ilusão que se propaga atualmente, o uso de sofisticadas bases de dados e a digitalização "selvagem" de documentos de arquivo, com sua consequente disponibilização na internet, embora sejam demandas reconhecidas, não são capazes de, por si só, promover o acesso à informação. Este requer o esforço dos arquivistas, invisível aos olhos dos usuários, para contextualizar adequadamente os documentos em relação à sua origem, garantindo que o vínculo entre os itens de um mesmo fundo seja (re)estabelecido (Campos, 2013, p. 151).

Como se percebe, o acesso pleno aos arquivos consiste no acesso a dois níveis de informação: 1) a informação contida nos documentos arquivísticos, o conteúdo registrado na unidade documental e 2) as informações que contextualizam, explicam e revelam a estrutura, a articulação, assim como a relação natural e orgânica entre as unidades documentais (entre elas) e as atividades e pessoas envolvidas na produção do registro da primeira. Somente através desse acesso pleno, os arquivos podem assumir sua dimensão social recomendada e estabelecida nas diretrizes e orientações dos organismos da comunidade internacional e nos dispositivos legais vigentes. Assim, eles po-

dem contribuir com a transparência, a democracia, a governança, o desenvolvimento, a construção, disseminação e difusão de conhecimento, as questões administrativas, legais, políticas e econômicas, com as ações transformadoras, a formação da cidadania política, civil e social, a construção da memória individual e coletiva (institucional e social), com a educação, a ciência e a cultura.

Aliás, a respeito desse papel social dos arquivos em prol da transparência e da democracia, vale lembrar que, conforme destaca Bellotto (2014, p. 309), os arquivos devem estar a serviço da sociedade:

> E é nesse sentido do acesso do cidadão ao universo da informação, seja a de caráter jurídico, trabalhista, militar, previdenciário, econômico, cívico etc., tanto quanto a de caráter cultural, social, educativo e de entretenimento, que os arquivos devem se posicionar na sociedade. Sejam públicos, de nível federal, estadual ou municipal, sejam privados, de organizações e entidades, eles podem e devem estar a serviço da sociedade que integram e que, afinal, possibilita a sua existência. (Belloto, 2014, p. 309)

A esse respeito, também se destaca que, de acordo com Jimerson, o papel social dos arquivos de servir às necessidades da sociedade vai ao encontro das causas pleiteadas pelos direitos humanos e a justiça social.

> Prestar atenção na necessidade de *accountability* e documentação serve à causa dos direitos humanos e da justiça social. Os arquivos não somente auxiliam na transparência legal e fiscal, do acervo das organizações de hoje para a sociedade, eles também auxiliam na transparência dos líderes e das instituições de ontem, tanto moral quanto efetivamente. A acessibilidade dos arquivos é essencial para servir 'à necessidade da sociedade de preponderância da justiça e na preservação de direitos e valores'. (Jimerson, 2008, p. 40)

Além disso, Jimerson (2008, p. 43, grifo nosso) chama a atenção dos arquivistas para o comprometimento e o desenvolvimento de esforços no sentido de promover o uso efetivo e democrático dos arquivos pela sociedade:

> *Ao responder efetivamente aos desafios de usar o poder dos arquivos para o bem comum será necessário um esforço maior da profissão arquivística para refletir sobre nossas pretensões e preconceitos fundamentais, e superar isso através do compromisso renovado com valores democráticos*. Existem os riscos que envolvem tais mudanças. Será difícil engajar arquivistas e sua profissão em uma visão mais inclusiva das responsabilidades sociais. Porém, os riscos são altos demais para não aceitar os desafios. *Os exemplos históricos de abuso de poder, controle por meio da manipulação dos documentos arquivísticos e esforços para limitar o acesso a informações vitais demonstram os perigos do mau uso do poder dos arquivos e dos documentos. Arquivistas deveriam assumir o compromisso de evitar que a profissão arquivística, explícita e implicitamente, apoie as elites privilegiadas e governantes poderosos às custas dos direitos e interesses do povo. Deveríamos nos comprometer com valores de accountability pública, governança transparente, diversidade cultural e justiça social*. Assim, arquivistas poderiam realmente dizer que estão assegurando arquivos para todos e empregar nossas experiências profissionais para promover uma sociedade melhor.

Todavia, sabe-se que o acesso aos documentos arquivísticos depende de ações e políticas efetivas de gestão de documentos. Nesse sentido, cabe aqui destacar a seguinte afirmação de Indolfo:

> A teoria e a prática arquivísticas preconizam que *a realização do processamento técnico adequado, com base na adoção das atividades de gestão de documentos*

> *(essencialmente, a identificação, a classificação e a avaliação), assegura o acesso às informações, oriundas dos documentos de arquivo. [...] A garantia do pleno acesso à informação pública sob a guarda do Estado só poderá se viabilizar com a adoção de ações de gestão de documentos* implementadas por meio da elaboração, aprimoramento ou atualização de programas de gestão de documentos junto aos serviços arquivísticos públicos. (Indolfo, 2014, p. 21, grifo nosso)

Jardim, ao tratar sobre "A implantação da lei de acesso à informação pública e a gestão da informação arquivística governamental", também aponta a necessidade de políticas e gestão dos arquivos:

> Os atos da administração pública, ao longo de todo o seu processo político-decisório, resultam e geram informações registradas em documentos orgânicos. Esses documentos são orgânicos porque intrinsecamente relacionados a outros, derivados das mesmas funções técnico-administrativas com os quais formam conjuntos arquivísticos. Os arquivos, constituídos por documentos orgânicos dos mais diversos suportes e formatos, expressam, na sua diversidade, as variadas faces da gestão do Estado e suas complexas relações com a sociedade. Como tal, nas democracias contemporâneas os arquivos governamentais, seja como estoques ou serviços informacionais, são recursos fundamentais à governança e instrumentos de controle social sobre o Estado. *A equação que envolve a construção da transparência do Estado e o empoderamento da cidadania, demandas cada vez mais crescentes na contemporaneidade, não se resolve sem políticas e gestão dos arquivos governamentais*. (Jardim, 2013, p. 386, grifo nosso)

Sobre a questão suscitada a respeito da necessidade de políticas e ações que envolvem os documentos arquivísticos públicos e a aplicação da LAI, Indolfo observa que:

> Muito já se falou, debateu e publicou quanto aos desafios enfrentados para a implementação da Lei [de Acesso à Informação]. *Afirma-se que somente serviços arquivísticos públicos bem estruturados e equipados e dotados de recursos humanos capacitados, para desenvolver e executar as atividades de gestão de documentos, poderão enfrentar alguns desses desafios e assegurar o acesso às informações públicas*. A Controladoria-Geral da União reconhece essa questão e considera de fundamental importância criar condições para enfrentá-la uma vez que afirma, em uma 'janela' de perguntas e respostas do sítio sobre a lei, o seguinte texto: *'A informação disponível ao público é, muitas vezes, a ponta de um processo que reúne operações de produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento de documentos. Para tanto, programas de gestão precisam ser sempre aprimorados e atualizados'*. (Indolfo, 2013a, p. 18-19, grifo nosso)

A mesma autora, ao discorrer sobre as "Percepções dos servidores federais sobre a implementação da Lei de Acesso a Informação nos serviços arquivísticos", afirma que

> A recente conquista de uma lei específica, que assegura o direito fundamental de acesso à informação, veio reforçar a urgência da elaboração de políticas arquivísticas pelo governo federal, estabelecendo estratégias e ações que implementem programas de gestão de documentos nos seus órgãos e entidades. (Indolfo, 2013b, p. 548-549)

No entanto, são vários os relatos de que as políticas e ações relativas à gestão de documentos arquivísticos, de forma geral, não apresentam graus de desenvolvimento e aplicação considerados excelentes, mostrando-se em diversas situações e realidades inexistentes, precárias, incipientes, deficientes, incompletas, com problemas de ordem técnico-procedimentais e político-administrativos. A esse respeito, Jardim, por exemplo, descreve:

> A gestão dos documentos e arquivos configura-se, a partir da segunda metade do século XX, como política e instrumento de governança e também de controle social do Estado pela sociedade. *Tal não ocorreu, de forma geral, no Brasil e no cenário latino-americano. A ordenação informacional (e não apenas a arquivística) do Estado brasileiro – exceções à parte – ainda é historicamente precária, reflexo de zonas de opacidade informacional, resultantes das lacunas de transparência [de] imensas reservas de opacidade na gestão do que é público-estatal*. Os diversos distanciamentos entre o Estado e a sociedade brasileiros refletem-se em várias dimensões: nas lógicas de produção dos documentos públicos arquivísticos; *nos graus (ou na total ausência) de gestão documental quando as informações são requeridas no processo decisório governamental pelo agente do Estado ou pelo cidadão*; na preservação e uso social dos documentos governamentais como fonte para o direito social à memória. (Jardim, 2013, p. 386-387, grifo meu)

Destaca-se que a presença de profissionais qualificados atuando nos órgãos do Poder Executivo federal, mesmo diante de alguns processos seletivos/concursos para o cargo de arquivista realizados nos últimos anos, ainda é tímida. Conforme menciona Indolfo (2013b, p. 549), "a adoção dos procedimentos básicos de gestão de documentos implica que o conhecimento de questões teóricas e técnicas deve, necessariamente, subsidiar o desenvolvimento de suas atividades".

Antes de finalizar esta sessão sobre o acesso pleno aos arquivos e documentos arquivísticos e, consequentemente, às informações registradas nesses últimos, é importante colocar em pauta que Bruno Delmas (2010b) também nos apresenta alguns desafios em relação aos arquivos, mais especificamente três, a saber: 1) a segurança e a confiabilidade dos dados; 2) a conservação material; e 3) o acesso e o respeito à vida privada e liberdades individuais.

Em relação ao primeiro desafio, a segurança e a confiabilidade dos dados, Delmas (2010b, p. 12) descreve que, na atualidade, em função das novas tecnologias e da globalização, trata-se de uma questão crucial e chama a atenção para o seguinte aspecto:

> Os arquivos são um desafio de memória global e a responsabilidade dos Estados não se limita somente aos arquivos públicos, mas se referem aos arquivos privados de um mesmo país. [...]. Os arquivos de um país, de uma empresa, especialmente multinacionais, não se referem mais somente aos empregados, às pessoas do país onde ela tem a sede, mas referem-se a todos os habitantes do planeta Terra e de todas as regiões do mundo. Do mesmo modo, à escala internacional, o desafio coletivo é tal, que uma organização internacional particular, como existe para o trabalho (OIT) e para a saúde (OMS) parece indispensável hoje. (Delmas, 2010b, p. 12)

Em relação ao desafio da conservação material, o citado autor (2010b, p. 12-13) explica que, tendo em vista o contexto e as conjunturas advindas da "sociedade cibernética" e do uso do documento digital, as questões relativas a esse tema envolvem tanto a conservação preventiva quanto a seleção dos documentos. Isso se deve à variedade extrema de suportes, ao rápido aparecimento de novos suportes, à fragilidade dos suportes e ao aumento da produção de documentos. Assim, cada vez mais se tem que conservar mais documentos e por mais tempo, tendo como contrapartida a instabilidade dos suportes e, consequentemente, dos documentos. Tal fenômeno requer dos arquivistas uma reflexão avançada, uma vez que "conservar tudo é não conservar nada, pois quem estaria em condições de fornecer o acesso?".

No que diz respeito ao terceiro desafio, o acesso e o respeito à vida privada e às liberdades, mais uma vez o autor destacado coloca em pauta os problemas trazidos pela globalização e, principalmente, pelas novas tecnologias.

> O exemplo da *internet* mostra como as regras que se aplicam sem problema em um dado ambiente institucional com o suporte papel, aplicadas exatamente assim, poderiam ameaçar a vida privada e as liberdades individuais. As legislações de acesso, ainda na lógica da liberalização destes (Facebook, Twitter etc.) não parecem ter tomado ainda todas as medidas de revolução introduzidas pelo novo sistema técnico e de suas incidências sobre a vida privada, cujos inesperados efeitos perversos nós percebemos todos os dias. Nós também descobrimos a fragilidade de todas as garantias (Weakileaks) que nos são dadas sobre a segurança e a confiabilidade dos dados, especialmente os pessoais, ainda que tudo nos convide a nos entregarmos cada vez mais a sistemas informáticos de dados pessoais que nos dizem respeito. O que pensar do dossiê médico eletrônico na França, formidável ferramenta que acompanha nossa saúde, gerada pelas sociedades privadas de companhias de seguro, que poderiam assim ter acesso a nossos dados médicos? Ainda que tenhamos confiança nesses sistemas, que controle teremos sobre a conservação ou a destruição dos arquivos que nos dizem respeito e cuja decisão nos escapa? Em compensação, no Brasil, país imenso, esses sistemas são uma ferramenta da democracia, utilizados para o voto dos cidadãos. É por isso que os arquivistas hoje são a um tempo parte interessada desta globalização e são confinados à criação de massas prodigiosas de documentos digitais. É por isso que eu lhes proponho ter em mente a nossa participação na noosfera[14] [...]. Hoje, com o acesso de todos, por toda parte, a todo o momento, à escrita, à imagem e ao som, cada vez mais abundante e diverso, muda radicalmente a maneira que o homem vive e se vê no mundo. (Delmas, 2010b, p. 13-14)

Em se tratando dos dados pessoais em documentos públicos, Delmas alerta que:

> A primeira obrigação do Estado é proteger as informações privadas que os cidadãos lhe confiaram. Os prazos de guarda e de acesso deveriam estar em harmonia com a evolução geral do direito e da jurisprudência, e deveriam oferecer um equilíbrio entre a administração pública e os cidadãos. Deveriam também levar em conta o impacto da disponibilização dos documentos online na internet. (Delmas, 2010b, p. 103)

Diante do exposto, uma vez compreendidos o significado e a amplitude da promoção do acesso aos arquivos e documentos arquivísticos, no capítulo que se segue, apresenta-se uma breve revisão de literatura contemplando a visão e as falas de arquivistas, ao longo dos anos, no cenário internacional, a respeito da informação pessoal nos arquivos e, consequentemente, do conflito entre direitos constitucionais concorrentes, ou seja, direito de acesso à informação em contraposição aos direitos à intimidade, à privada, à honra e à imagem.

14 De acordo com Delmas (2010b, p. 12), estamos diante de um "mundo onde a noosfera parece tomar corpo com a sociedade cibernética".

Percepções e considerações sobre a informação pessoal nos arquivos: os estudos de alguns arquivistas no cenário internacional

Em *Los obstáculos que se oponen al acceso, a la utilización y a la transferencia de la información conservada en los archivos*: un estudio del Ramp, o arquivista francês Michel Duchein (1983) trata, em um dos seus capítulos, do direito de acesso à informação e seus limites. Ao iniciar o capítulo em questão, o referido autor expõe que

> O problema da acessibilidade dos arquivos sofreu uma profunda transformação – sem dúvida o mais importante do ponto de vista jurídico desde a própria existência dos arquivos – com o surgimento [...] da noção de 'direito à informação': a partir dela, o acesso aos arquivos não é mais considerado um privilégio ou facilidade reivindicada pelos historiadores para investigar, mas um direito garantido por lei a todos os cidadãos. (Duchein, 1983, p. 11, tradução nossa)

Ao abordar as categorias excluídas do livre acesso, Michel Duchein (1983) comentou que as leis sancionadas em sete países, Suécia, Finlândia, Estados Unidos, França, Noruega, Países Baixos, Austrália e Canadá, estabeleceram alguns limites de tempo para divulgação e acesso para certas categorias de documentos. Porém, segundo o autor, há uma grande disparidade entre elas. Em alguns casos, as categorias de documentos de acesso restrito foram detalhadas exaustiva e estritamente, mas, em outros, "se limita a defini-los de forma geral e não restritiva" (Duchein, 1983, p. 18).

Nesse sentido, Duchein (1983) propõe-se a apresentar as principais restrições legais ao acesso a documentos, mais ou menos presentes em todos os países ou na maioria deles. São elas: 1) os documentos relativos à segurança nacional e à ordem pública; 2) os documentos relativos à vida privada de pessoas; 3) os documentos relacionados com segredos protegidos por lei; 4) os documentos dos arquivos privados; e 5) os documentos dos chefes de Estado e figuras públicas.

Tendo em vista a temática deste trabalho, informação pessoal no documento arquivístico, optou-se por abordar aqui apenas as considerações de Michel Duchein (1983) relativas à segunda categoria, a de documentos relativos à vida privada de pessoas. Quanto a esses documentos, Duchein (1983, p. 21, tradução nossa) declara que "é difícil definir com precisão o conceito de vida privada das pessoas ('privacidade')". O referido autor explica que:

> Desde o final do século XVIII, na maioria dos países, aceitou-se o direito dos cidadãos a respeito da confidencialidade de certos aspectos da sua vida pessoal e familiar: sigilo da correspondência, inviolabilidade do domicílio, filiação ao foro íntimo de opiniões políticas e religiosas, etc. Estas disposições estão contidas na maioria das constituições nacionais atualmente em vigor, salvo em caso de guerra ou de estado de emergência e com a exceção de disposições específicas relativas, em particular, a investigação de crimes e delitos pelas autoridades policiais e judiciárias. No entanto, o 'direito ao respeito pela vida privada' vai muito além – como muitos teóricos especialistas dizem hoje – dessas definições tão estreitas. Isso se deve à grande extensão de intervenções do Estado na vida privada dos cidadãos e aos poderosos instrumentos de intrusão criados por modernas técnicas de fotografia, mídia e eletrônicos. (Duchein, 1983, p. 21)

Diante de tal constatação, a falta de uma definição universalmente aceita para o conceito de vida privada e, consequentemente, para os documentos a serem mantidos sob reserva por se referirem à privacidade, Duchein (1983) apresenta o que ele denomina "lista", contendo algumas categorias de documentos relativos à vida privada das pessoas. O quadro 5 apresenta essas categorias e alguns comentários de Michel Duchein (1983), à época, sobre cada uma delas.[15]

Quadro 5 As categorias de documentos relativos à vida privada das pessoas segundo Michel Duchein

Categorias da vida privada	Comentários de Michel Duchein
Estado civil e filiação (nascimentos, casamentos, divórcios, mortes)	"Em todos os países existem leis específicas que protegem a comunicação de documentos relativos ao estado civil. O prazo para certidões de nascimento é geralmente de 100 anos; às vezes, é mais baixa para registros de casamento e, acima de tudo, para registro de morte. Os documentos relativos aos nascimentos ilegítimos, em algumas partes, gozam de uma proteção especial (por exemplo, na Dinamarca, onde a sua comunicação é proibida em perpetuidade)".
Saúde	"Os documentos emitidos por médicos são protegidos, em todos os países, pelo sigilo médico profissional. Esse segredo é geralmente estendido a todos os documentos relativos à saúde de uma determinada pessoa, mesmo que não tenham sido fornecidos por um médico (documentos de uma administração hospitalar, serviços de segurança social, além de outros). Também nesse caso, o prazo de não comunicação é alargado: em geral, de 100 ou 80 anos a contar do nascimento da pessoa em questão. Na França, o período é excepcionalmente longo (150 anos após o nascimento), a fim de proteger as pessoas contra a divulgação de doenças hereditárias que podem ter sido sofridas por seus pais ou avós. Pela mesma razão, no Brasil, os documentos referentes à doença mental são excluídos da comunicação por um período de tempo indeterminado".
Fortuna e rendas	"Nas sociedades liberais, as informações relativas à fortuna e renda de uma pessoa, geralmente, gozam de proteção rigorosa contra indiscrições. Cobradores de impostos, notários e funcionários de bancos devem respeitar o sigilo profissional. Os prazos do segredo são, por vezes, muito longos (de 100 anos em vários países para documentos notários: a verdade é que a documentação tem muito a ver com a vida privada das famílias). Na França, os documentos do imposto de renda são mantidos em segredo por 60 anos. Por outro lado, em alguns países – especialmente as nações escandinavas e, claro, Europa Oriental – documentos fiscais, ou alguns deles, pelo menos, estão disponíveis gratuitamente, porque não há nenhuma noção de 'fortunas secretas'. Não há, portanto, um consenso internacional sobre esse ponto específico".

15 Ressalta-se que os prazos citados por Michel Duchein referentes à guarda de documentos são relativos ao ano de 1983. Optou-se por mantê-los aqui para demonstrar os critérios considerados e a pesquisa realizada pelo autor por ocasião da categorização.

Categorias da vida privada	Comentários de Michel Duchein
Procedimentos penais e criminais	"Os julgamentos penais e criminais são públicos e, portanto, há livre acesso a julgamentos; mas não é assim com os expedientes judiciais, especialmente com as peças de instrução, que só podem ser conhecidas pelas autoridades judiciais e advogados. É por isso que, em muitos países, os documentos que compõem os processos penais e criminais são excluídos do acesso livre por longos períodos, a fim de proteger as partes interessadas contra os riscos de indiscrições que violam seriamente o sigilo de suas vidas privadas. De acordo com os países, esse período é a duração entre 50 e 100 anos. Os delitos ou crimes anistiados têm uma dificuldade especial nessa área. A consequência jurídica da anistia é a supressão total da memória do crime ou delito, o que é proibido, mesmo para aludir adiante. A lógica indicaria, portanto, que deve ser mantido em segredo e, até mesmo, destruídos os documentos relacionados com delitos ou crimes anistiados. No entanto, na prática, são comunicados ao término do mesmo prazo que se aplica aos documentos de processos penais e criminais. Muitas vezes, a pessoa afetada já morreu (especialmente se o prazo é de 100 anos), de modo que os inconvenientes dessa divulgação são consideravelmente atenuados".
Vida profissional	"A admissão de que a vida profissional de uma pessoa, em particular as suas relações com o empregador, faz parte do domínio da sua vida privada é quase universal.Portanto, todos os documentos relativos a esses relacionamentos são protegidos por sigilo, geralmente porque leis específicas o estabelecem. Considera-se que os arquivos pessoais de funcionários e empregados públicos não são acessíveis (exceto para o interessado), pelo menos durante a sua vida profissional e, por vezes, mesmo depois de 100 anos, até 120 anos na França. A razão para tais períodos longos é que os arquivos profissionais dos agentes contêm dados sobre o estado civil e relativos à saúde das pessoas em causa. Também, às vezes, documentos sobre eventuais processos disciplinares ou criminais. Em alguns países, julga-se que os arquivos pessoais de estudantes universitários também devem ser mantidos em segredo, como os dos servidores públicos, pois, de fato, contêm dados idênticos sobre o estado civil, a saúde, os aspectos disciplinares e também avaliações do valor intelectual da pessoa em causa e a qualidade de seus estudos. Essa equalização deve ser generalizada em todo o mundo. Da mesma forma, os arquivos pessoais dos militares e, por extensão, os registros e documentos do serviço militar, particularmente ricos em informações indiscretas, devem pertencer a essa categoria".
Opiniões políticas, filosóficas e religiosas	"As leis da maioria dos países geralmente reconhecem o direito dos cidadãos de manterem em segredo seus pontos de vista filosóficos, religiosos e políticos, que figura, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. De modo que qualquer documento com informação sobre esses assuntos é excluído do acesso livre, pelo menos durante a vida da pessoa em causa".
Os documentos básicos de estatísticas	"Como parte da atual administração, existe uma categoria de documentos particularmente rica em informações sobre a vida privada dos cidadãos; são os documentos básicos (questionários etc.) dos inquéritos estatísticos: censos da população, pesquisas econômicas, amostragens de todos os tipos. Eles contêm dados sobre o estado civil, saúde, vida profissional, nível cultural, propriedade, renda e, até mesmo (embora ilegal em muitos países), informações sobre as opiniões políticas, filosóficas e religiosas das pessoas. É por isso que os documentos básicos das estatísticas são especialmente protegidos contra indiscrições. Vários países têm leis específicas que regulam estritamente sua comunicação e uso".
Um ponto litigioso: a noção de "honra familiar"	"A maior parte da antiga legislação sobre a transmissibilidade dos arquivos contém disposições em defesa da 'honra da família'. Essas disposições permanecem em vigor, particularmente em muitas legislações relativas aos arquivos da América Latina. No entanto, deve-se admitir que esta noção de 'honra da família' é extremamente difícil de definir com precisão. Pode servir como um pretexto para negar da maneira mais arbitrária a comunicação de certos documentos, qualquer que seja sua data. [...]. A noção de 'honra familiar' – completamente vaga e subjetiva – deve desaparecer das leis sobre a transmissibilidade dos arquivos. Basta fazer listas de documentos não transmissíveis, indicando o término do período de não comunicabilidade, o que pode evitar a gestão arbitrária nesse campo. A esse respeito não devemos esquecer que a imprensa publica todos os julgamentos criminais e penais, bem como inúmeros relatos de investigações policiais e a maioria dos crimes e delitos; a mera consulta dos jornais não é, portanto, um atentado à honra dos descendentes das pessoas citadas nos artigos?".

Categorias da vida privada	Comentários de Michel Duchein
Os documentos policiais	"É evidente que, de todos os documentos administrativos, os serviços de polícia são aqueles que mais se aproximam da vida privada dos cidadãos. Os arquivistas nunca aceitam de bom grado a destruição de documentos, sejam eles quais forem. No entanto, quando se trata de proteger a liberdade das pessoas contra o perigo de perseguição ou outras práticas ilegais, não há dúvida de que é melhor destruir documentos que arriscar vidas humanas. Em qualquer caso, se esses documentos existirem, devem ser estritamente protegidos contra qualquer indiscrição. Torna-se imperativo um prazo de não comunicabilidade de 100 anos".
A noção de "informações obtidas sobre promessa de mantê-las em sigilo"	"Na maioria dos países de tradição jurídica britânica, as leis estipulam não acesso a documentos que contenham informações obtidas pela administração 'sob reserva da promessa de manter sigilo'; em outras palavras, os documentos 'cuja divulgação constituiria uma quebra de confiança por parte da administração'[...]. O espírito dessa formulação é semelhante ao da lei que, em vários países, proíbe a comunicação dos documentos básicos dos levantamentos estatísticos, mas seu alcance é mais amplo e mais abrangente. No entanto, para que essa disposição seja eficaz, as administrações devem obrigar-se a especificar no próprio documento que este contém informações obtidas sob a promessa de sigilo, uma vez que o arquivista não está, naturalmente, em posição de saber. Além disso, é imperativo definir um limite para a não comunicabilidade; ou seja, a administração, prometendo o segredo para a informação que pede a um cidadão, também deve indicar que sua duração é limitada: 10, 20 ou 50 anos, dependendo do caso. Na França, o 'segredo estatístico' estende-se por 100 anos".

Fonte: elaborado pelo autor com base em Duchein (1983, p. 22-25, tradução nossa).

Em seu texto, Michel Duchein também aborda outras questões relativas ao acesso que não compõem o escopo deste trabalho. No entanto, além da abordagem, em capítulo específico, sobre os limites do direito de acesso à informação, em suas conclusões, chama a atenção o seguinte trecho:

> Se comprova, então, *que os problemas de acessibilidade dos arquivos estão indissociavelmente ligados a uma complexa série de problemas jurídicos (definição de arquivos públicos e arquivos particulares, direito à informação, direito ao respeito da vida privada, proteção dos interesses do Estado e os indivíduos etc.)*, mas também a um conjunto de problemas técnicos e regulamentares [...] e problemas práticos. (Duchein, 1983, p. 52, tradução nossa, grifo nosso)

Dando prosseguimento à revisão da literatura relacionada às informações pessoais nos documentos arquivísticos e à visão dos arquivistas sobre o conflito entre acesso e privacidade, recuperou-se alguns artigos de arquivistas norte-americanos.

Em "Freedom of information and privacy: the civil libertarian's dilemma", Alan Reitman (1975) considera que o conflito entre direitos constitucionais concorrentes, acesso à informação e privacidade, é um problema ético para os arquivistas. Além disso, tal autor acrescenta que o conflito mencionado não se resume a direitos correntes, mas também a necessidades concorrentes. Isso é explicado porque, se, por um lado, o acesso à informação governamental tem seu valor para a sociedade, por outro, a proteção à privacidade também se mostra necessária.

> A ênfase na ética, de uma perspectiva de liberdades civis, deve focar não apenas em juízos pessoais sobre quando ou como o acesso e a privacidade devem ser protegidos, mas também sobre quais direitos os indivíduos têm dentro de nossa constelação constitucional. *Porque os direitos constitucionais estão inextricavelmente ligados a preocupações éticas*. Os direitos representam, na forma codificada de nossas leis, a dignidade e o valor do indivíduo refletido nas garantias constitucionais e os direitos fornecem padrões de conduta que governam a relação entre governo e cidadão. Os problemas de acesso e privacidade não se

> restringem à arena do governo. A mesma questão de como salvaguardar esses valores surge frequentemente na relação entre particulares e instituições, principalmente a imprensa. Mas, como as maiores dificuldades surgem quando o governo e o cidadão colidem, nosso foco está naturalmente no setor governamental. *Ao examinar o dilema do libertário civil, reconhecemos imediatamente que o conflito não é simplesmente o de direitos concorrentes, mas também de necessidades concorrentes, tanto para os indivíduos como para a sociedade em geral*. A liberdade de informação, como este público sabe tão bem, é a essência do governo livre e democrático. A menos que a cidadania esteja plenamente informada, toda a experiência democrática de autogoverno fracassa, não importa qual seja a questão social, política ou econômica. A participação sábia e eficaz nos assuntos do governo, através do processo eleitoral e da comunicação com os legisladores e os meios de comunicação, é enfraquecida se o fluxo de informação é limitado ou bloqueado. [...]. Se a informação é obtida pela imprensa em prol da sua função informadora ou pelo particular em busca de um interesse pessoal, a necessidade de acesso enraizada em nossas garantias constitucionais de longa data e tradição histórica é primordial. *De fato, essa necessidade é tão essencial em nosso sistema de governo que se deve começar com a suposição de que o acesso tem uma porta aberta e o fardo para fechar essa porta repousa sobre aqueles que desejam reduzir o fluxo de informações. A necessidade de proteção da privacidade é igualmente convincente e encontra apoio também em garantias constitucionais*. (Reitman, 1975, p. 501-502, tradução nossa, grifo nosso)

De acordo com Reitman (1975, p. 502, tradução nossa), esse conflito é muito mais profundo que parece, pois o acesso irrestrito a informações governamentais é capaz de interferir em muitos assuntos delicados que exigem a privacidade. Porém, o autor em referência não considera que estamos diante de um problema insuperável, apesar de reconhecer que "panaceias fáceis não existem", e recomenda que "é preciso pensar com afinco para buscar resoluções para o conflito".

Após fazer referência ao Freedom of Information Act (Foia), a Lei da Liberdade da Informação norte-americana aprovada em 1966, e ao Privacy Act, Lei de Privacidade norte-americana aprovada em 1974, ao desenvolvimento social e à revolução tecnológica, Reitman apresenta algumas diretrizes, que, à época de 1975, e na concepção dele, poderiam ajudar na reflexão do dilema em questão:

> 1) Uma vez que o acesso à informação é tão vital, não podemos tolerar qualquer forma de restrição prévia, à exceção dos casos muito raros em que a divulgação afetaria direta e adversamente a nação ou os direitos dos cidadãos. Por exemplo, a publicação de detalhes técnicos de operações militares ou armamento pode ser justamente restringida. [...]. 2) No mesmo sentido, devemos manter uma vigilância sobre os critérios oferecidos pelo governo para manter a informação secreta. O encantamento da frase mágica 'segurança nacional', que tanto abusou da necessidade do público de saber o que seu governo estava fazendo, ilustra o problema. 3) Liberação pelo governo de tipos específicos de informações e registros que diretamente interferem na privacidade do indivíduo não deve ser tolerado. Exemplos são detalhes de registros médicos de pessoas individuais tratadas em hospitais públicos, arquivos de empregados, de funcionários públicos e informações prejudiciais a um réu antes do julgamento. Aqui, o direito à privacidade individual tem precedência sobre o acesso à informação. [...] devemos verificar, cuidadosamente, com o indivíduo em causa para obter o consentimento antes que informações que o governo acumulou sejam divulgadas. Isso se aplica especialmente às pessoas detidas em instituições públicas, tais como hospitais psiquiátricos e prisões, onde o verdadeiro consentimento informado pode ser

> difícil de obter. 4) A supressão de nomes e outras informações de identificação de documentos tornados públicos parece um acordo sensato, desde que todas as outras informações factuais e opiniões sejam mantidas. Esse é um esforço para acomodar as necessidades de acesso e privacidade, mas pode não satisfazer os proponentes de ambos os lados. Seguindo sua tradicional demanda por audiência, a imprensa pode acreditar que nomes e endereços são cruciais para sua história; e o indivíduo pode sentir que mesmo a exclusão de nomes e informações de identificação direta não é proteção suficiente. Como diz o argumento em um célebre caso agora nos tribunais de Nova York envolvendo o livro de um psiquiatra sobre um de seus pacientes, a exclusão do assunto identificador ainda deixa informações suficientes para expor o paciente àqueles que o conhecem dentro de sua ocupação particular. 5) Os materiais que tratam as questões sociais e políticas têm um valor óbvio [...] e devem ser tratados de maneira diferente dos materiais de natureza comercial, onde o lucro é o motivo. 6) A proximidade da pessoa em questão com o evento histórico ou outro evento público é um padrão para julgar a proteção da privacidade. [...] é preciso questionar a relação temporal da informação com a questão que está sendo estudada. Isso é necessário para divulgar dados sobre a participação de um indivíduo em um evento há trinta anos, quando o objetivo da divulgação é um evento atual? Por outro lado, é necessário dar o mesmo grau de proteção às informações sobre o envolvimento de uma pessoa em um evento histórico e à sua participação em um evento atual? 7) O indivíduo que está disposto a falar sobre o caso ou ter seu papel exposto [...] obviamente renuncia ao seu direito à privacidade. 8) A aplicação de um teste que representa uma preocupação ética é fundamental para os libertários civis, o padrão de justiça. A divulgação da informação, como no caso de dados brutos, não avaliados em um arquivo do FBI, prejudicaria irremediavelmente o indivíduo, quer em sua capacidade de obter um julgamento justo ou reparar danos à sua reputação? (Reitman, 1975, p. 507-508, tradução nossa)

No trabalho apresentado ao Programa de Treinamento Profissional do National Archives and Records Administration (Nara), intitulado *Personal privacy and archivist*, Helmi Raaska (1989) discute sobre a proteção da privacidade em relação às funções arquivísticas, tendo como referência três instituições norte-americanas.[16] Assim como Reitman (1975), Helmi Raaska aponta o conflito dos arquivistas diante do direito de saber, aqui entendido como direito de acesso à informação, e do direito à privacidade.

> Como um dos princípios básicos de sua profissão, os arquivistas acreditam que têm a responsabilidade de promover o acesso livre e igual aos documentos públicos e documentos históricos sob sua custódia. O princípio do livre acesso é equilibrado por documentos legais e pela aceitação da responsabilidade moral para restringir o acesso a certos tipos de informação. Um tipo de informação que requer restrições é aquela que, se tornada pública, seria uma invasão injustificada à privacidade de um indivíduo. Essas duas responsabilidades arquivísticas são muitas vezes formuladas em termos do 'equilíbrio delicado' que os arquivistas devem manter entre 'os valores conflitantes do direito de um indivíduo à privacidade e o direito do público de saber'. (Raaska, 1989, p. 3, tradução nossa)

No entanto, Raaska (1989, p. 3, tradução nossa) considera que, "embora haja uma aceitação geral do princípio do direito à privacidade, há mui-

16 As três instituições são as seguintes: Gerald R. Ford Presidential Library (NLF), Michigan Historical Collections (MHC) da University of Michigan e Walter P. Reuther Library, do Labor and Urban Affairs (Reuther Library), na Wayne State University.

to espaço para interpretação na sua aplicação aos materiais de arquivo". Nesse sentido, propõe a discussão de algumas das interpretações e implicações práticas, com o objetivo de apresentar uma visão geral das questões relativas à privacidade e ao quadro legal sob o qual os arquivistas trabalham.

Após uma breve explanação sobre a legislação federal que aborda a temática no ordenamento jurídico norte-americano, Raaska (1989, p. 12, tradução nossa) observa algumas limitações nos referidos estatutos e declara que, em sua opinião, "embora a privacidade pessoal seja um direito que requer proteção, não há estatuto [nos Estados Unidos] que proteja universalmente as informações pessoais em todos os registros públicos e documentos pessoais em todos os repositórios".

A referida autora também observa que há lacunas na interpretação tanto da aplicação dos estatutos em relação à privacidade quanto de algumas das definições básicas relativas ao conceito de privacidade (Raaska, 1989, p. 17). Eis alguns exemplos apontados pela autora:

> Para ir além da definição de privacidade como 'o direito de ser deixado sozinho', pode-se considerar a definição dada por Sissela Bok em Secrets.[17] Bok define privacidade como [...] 'a condição de ser protegido contra o acesso injustificado de terceiros, quer seja acesso físico, informações pessoais ou atenção. As reivindicações à privacidade são reivindicações para controlar o acesso ao que é preciso, uma vez que a grandiosidade é o domínio pessoal'. Essa definição reconhece que as pessoas terão ideias diferentes sobre o que constitui o seu domínio pessoal. Outros termos que podem ser definidos em graus são 'invasão injustificada de privacidade' e 'indevidamente invasivo'. Como determinar o que constitui uma invasão injustificada de privacidade? Com base no princípio de Warren-Brandeis[18] de uma 'personalidade inviolada', pode-se dizer que toda invasão de privacidade é injustificada. Outro ponto de vista é expresso por Bok, que discute o significado de 'indevidamente invasivo' em seu livro. Sua discussão se refere a fofocas, mas talvez os pontos básicos também podem ser aplicados a materiais de arquivo. Bok acredita que apenas porque alguém alega que a fofoca sobre si mesmo é indevidamente invasiva não a torna assim. Para tornar os mexericos indevidamente invasivos, devem estar presentes alguns fatores: a informação deve ser sobre assuntos legitimamente considerados privados e deve prejudicar o indivíduo falado, como por exemplo, fazer com que uma pessoa perca seu emprego. Os requisitos legais para uma invasão de fato da privacidade diferem sobre esse último ponto. De acordo com William Prosser,[19] há um consenso geral de que o requerente não precisa alegar ou provar danos especiais. (Raaska, 1989, p. 17-18)

Ressalta-se que, na concepção de Raaska, legalmente, a invasão de privacidade pode se dar de quatro maneiras, a saber:

---

17 BOK, Sissela. *Secrets*: on the ethics of concealment and revelation. New York: Pantheon Books, 1983, p. 11.

18 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. In: BEHRND-KLODT, Menzi L.; WOSH, Peter J. (ed.). *Privacy & confidentiality perspectives*: archivists & archival records. Chicago: Society of American Archivist, 2005.

19 PROSSER, William L. Privacy [a legal analysis]. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical dimensions of privacy*: an anthology. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

> 1) intrusão sobre a reclusão do indivíduo, ou solidão ou em seus assuntos privados; 2) divulgação pública de fatos privados embaraçosos sobre o indivíduo; 3) publicidade que coloca o indivíduo sob uma falsa luz no olho do público; e 4) apropriação, para benefício de outra pessoa, do nome ou semelhança do indivíduo. (Raaska, 1989, p. 18-19, tradução nossa)

Em relação aos itens 2 e 3, a autora destaca os termos "divulgação pública" e "publicidade" daquilo que é considerado privado. Tais expressões significam em seu entendimento, que a informação (verdadeira ou não) sobre o privado está se tornando pública. Dando prosseguimento, Raaska (1989, p. 18-19, tradução nossa) também explica que são quatro as premissas relativas à privacidade: 1) é um direito dos vivos; 2) a necessidade de proteção da informação diminui ao longo do tempo; 3) uma vez que a informação é pública, permanece pública; e 4) figuras públicas renunciam a uma parte do seu direito à privacidade.

No entanto, nesse quesito, Raaska (1989, p. 20, tradução nossa) também aponta que "existe uma certa variação na interpretação dessas premissas".

No caso da primeira premissa, por exemplo, alguns defendem o direito à privacidade dos falecidos; outros, no entanto, entendem que embora o falecido não goze desse direito, seus herdeiros/família, por sua vez, fazem jus a essa proteção.

Em relação à segunda premissa, entende-se que a proteção é uma medida temporária para uma necessidade temporária; todavia, Raaska (1989, p. 22, tradução nossa) observa que "esse período de tempo é muitas vezes definido apenas como 'razoável'". Além disso, em alguns casos, esse tempo é previsto em lei e, em outros não, hipótese para a qual se acrescentam as seguintes questões: O que seria "razoável"? Quem determinaria o período "razoável"? Com base em que critérios?

No que tange à terceira premissa, segundo a qual uma vez pública, a informação permanece pública, alguns advertem que, embora pública, existem circunstâncias em que a informação não é conclusiva. Outros complementam que, se, por um lado, há o direito de saber, do outro, existe o direito de esquecer (direito ao esquecimento, sendo, inclusive, garantido legalmente). Ainda sobre esta premissa, acrescentam-se algumas observações: a informação pública ora é entendida como aquela que foi coletada e registrada por um órgão público no exercício das suas funções, ora é compreendida como aquela que foi publicada/divulgada ao público.

A respeito da quarta premissa, geralmente entende-se que uma figura pública é a pessoa que procurou a publicidade e com a qual consentiu. Mas, Raaska (1989) adverte que nem sempre um indivíduo se torna uma pessoa pública voluntariamente. Por exemplo, os filhos daqueles que buscaram a atenção pública podem não desejar o mesmo que os pais. Sobre a definição de figura pública, a autora faz a seguinte observação:

> A definição dada para uma figura pública não se limita aos políticos, administradores públicos e estadistas, mas inclui todos os que estão no olho do público. Entre aqueles que são figuras públicas estão funcionários públicos que ocupam cargos eletivos ou nomeados. Um dos critérios para os funcionários públicos é

> que o público tem o direito de saber sobre qualquer coisa que tenha a ver com a sua capacidade de desempenhar as suas funções. Embora pareça ser um padrão razoável, fica claro que não existe uma linha de demarcação bem definida, particularmente em termos dos meios de comunicação de massa. A sensibilidade pública tem mudado ao longo do tempo, e o que tinha sido considerado privado no passado é muitas vezes considerado relevante e público agora. A linha de demarcação é ainda menos clara para as figuras públicas que não possuem ou buscam cargos públicos. As figuras públicas têm uma esfera menor de privacidade, mas não desistem de todos os direitos à privacidade. O problema reside em determinar o que é um assunto legítimo de interesse público e o que é estritamente um assunto privado. (Raaska, 1989, p. 25-26, tradução nossa)

Enfim, após verificar como eram executadas as atividades e funções arquivísticas em três instituições norte-americanas,[20] diante de documentos públicos com informações pessoais, Helmi Raaska deixa algumas recomendações importantes aos arquivistas sobre a temática:

> A responsabilidade de proteger a privacidade pessoal em materiais de arquivo deve ser levada a sério por todo arquivista. Pode parecer uma tarefa esmagadora, tanto por causa de todos os regulamentos em alguns casos, como pela ausência de leis em outros. *Nós não somos e não podemos esperar sermos peritos legais com a habilidade de interpretar a lei e de ter respostas direitas para cada situação, mas há as etapas que nós podemos fazer para nos preparar para fazermos o melhor trabalho possível. O primeiro passo é conhecer os materiais sob nossa custódia e quais leis governam o acesso a eles. Devemos estar familiarizados com o direito estatutário e comum*, mas também perceber que pode haver momentos em que precisamos de conselhos de especialistas. *Também precisamos ter a declaração de uma política escrita no nível do repositório individual em relação à privacidade pessoal e aos procedimentos a serem seguidos para garantir sua proteção*. Um arquivista não precisa atuar no vácuo. Há uma abundância de literatura profissional para nos informar sobre este assunto. Em termos de tratamento de materiais e pesquisadores, devemos ser justos e não discriminatórios. A melhor defesa, se alguma vez for necessária, é mostrar que os procedimentos padrões foram seguidos e que nenhuma coleção ou pesquisador foi tratado de forma diferente da outra. (Raaska, 1989, p. 33-34, tradução nossa, grifo nosso)

Outro artigo interessante sobre o conflito entre o direito de acesso e o direito à privacidade é o da arquivista norte-americana Elena S. Danielson (2004), "Privacy rights and the rights of political victims: implications of the german experience", agraciado com o prêmio Posner[21] sobre o acesso aos arquivos da *Stasi*,[22] polícia política da Alemanha Oriental. Trata-se de uma perspectiva diferente das anteriores, mas que também precisa ser considerada.

---

20 Conforme nota 14.

21 No sítio na internet da Society of American Archivists Foundation (SAA), constam as seguintes informações sobre o Prêmio Ernst Posner: "Criado em 1982, este prêmio reconhece um excelente ensaio que trata de algumas facetas da administração de arquivos, história, teoria e/ou metodologia que foi publicado durante o ano anterior no *The American Archivist*".

22 A Stasi (abreviatura de Ministerium für Staatssicherheit - "Ministério para a Segurança do Estado") foi a principal organização de polícia secreta e inteligência da República Democrática Alemã (Alemanha comunista).

A autora em questão inicia seu artigo explicando que:

> Quando os regimes repressivos entraram em colapso na Europa Oriental, África e América Latina, durante as décadas de 1980 e 1990, a exigência de abrir arquivos policiais cheios de informações privadas tinha o apoio internacional do movimento de direitos humanos e trazia um certo imperativo moral. Lidar com a demanda resultou em uma série de métodos para equilibrar a necessidade de justiça e o direito à privacidade. Alguns países estabeleceram "comissões da verdade", enquanto outros tentaram estabelecer tribunais especiais de investigação com juízes confiáveis. A experiência alemã é instrutiva e tem implicações para o uso do que pode ser chamado de "arquivos da repressão" de uma forma que valida com êxito os direitos das vítimas de conhecer seu destino e, ao mesmo tempo, faz um esforço para preservar seu direito à privacidade. Os arquivos foram conscientemente utilizados para criar uma base de justiça extrajudicial para uma sociedade em transição. Embora o sistema alemão tenha sido uma exceção no leste europeu, sua política de abertura revelou-se um método eficaz de justiça transitória. (Danielson, 2004, p. 176, tradução nossa)

O Stasi Records Act, lei relativa aos documentos arquivísticos da Stasi, foi aprovada pelo Parlamento alemão em 20 de dezembro de 1991 e, conforme relata Danielson (2004, p. 181), nele foram contemplados o direito de conhecer a verdade sobre a história pessoal e também o direito à privacidade.

> O direito de conhecer e o direito à privacidade foram conciliados eliminando o princípio básico de igualdade de acesso aos arquivos que contêm dados pessoais. As vítimas visualizaram seus próprios arquivos, mas não conseguiram acessar os de outros. [...]. Ao proteger os direitos de privacidade das vítimas e de terceiros, uma exceção muito específica e bem pensada foi feita à lei de privacidade alemã ou Datenschutz. Ao contrário das disposições do American Privacy Act de 1974, o Stasi Records Act permitiu que as vítimas de espionagem tivessem acesso quase por completo à identidade daqueles que forneceram informações sobre elas. Não foram somente as informações que permitiram às vítimas identificar os codinomes disponibilizados aos pesquisadores, mas o pessoal dos arquivos ajudou ativamente com a descodificação de pseudônimos. (Danielson, 2004, p. 181-182)

Na opinião de Danielson (2004, p. 182, tradução nossa), apesar da visão pessimista de muitos especialistas ao afirmarem que os dissidentes não conseguiriam lidar com a verdade sobre suas histórias pessoais, o que arruinaria a sociedade, "a maioria dos cidadãos teve a oportunidade de descobrir a sua história" e, assim, "pode ser seguramente determinado que a abertura dos arquivos foi benéfica para os indivíduos e para a sociedade alemã", representando uma reconciliação com a história.

> O que foi necessário para realizar essa reconciliação com a história? Nos primeiros dez anos desde a queda do Muro [de Berlim], uma equipe de mais de dois mil funcionários da Gauck processou cerca de 1,5 milhão de pedidos de cidadãos para ver seus arquivos, às vezes chamados de *habeas data*. [...]. No geral, a maioria das pessoas se sentia liberada de dúvidas e livre para agir a partir de uma base mais segura de conhecimento. Uma reação típica foi: 'Agora que eu sei que meu sobrinho não me espionou, posso incluí-lo em meu testamento'. Além disso, os arquivistas conduziram verificações de antecedentes de mais de 1,5 milhão de casos para candidatos à função pública. A Gauck Authority apoiou a ampla pesquisa que resultou em exposições, conferências, livros e dissertações. Os arquivistas assumiram tarefas aparentemente impossíveis, como a remontagem de documentos rasgados. Cerca de 400.000 páginas foram reconstruídas. Ao todo, é um registro impressionante em muitos aspectos. Certamente, um orçamento generoso ajudou a tornar possíveis essas conquistas,

com aproximadamente 200 milhões de DM gastos anualmente no projeto. *Dois outros fatores chave incluíram a liderança da Gauck Authority e o profissionalismo dos arquivistas. A motivação dos funcionários e o apoio do governo combinaram-se para criar uma instituição notável na história da gestão de arquivos*. (Danielson, 2004, p. 183-184, tradução nossa, grifo nosso)

Danielson relata as conclusões positivas de um jornalista a respeito da questão, apesar da constatação de alguns pontos negativos e inconvenientes:

> *A capacidade das vítimas para descobrir a identidade dos informantes reforçou, em vez de enfraquecer, o processo democrático. Mesmo os oponentes admitem que um grande serviço foi feito revelando a verdade, não importa o quão inconveniente*. Essa é a conclusão do jornalista e historiador britânico Timothy Garton Ash, que publicou uma narrativa como um diário, rastreando o processo de ler o arquivo e reviver eventos que estavam sendo observados e registrados. É um livro que todo arquivista deve ler. Garton Ash, ao contrário da maioria das vítimas, procurou os informantes e os confrontou para descobrir suas motivações. Nesse confronto com um sistema notório, ele achou seus informantes fundamentalmente comuns, venais talvez, ou ciumentos, mas não especialmente maus. As pessoas que o espiavam eram educadas, pontuais e ordenadas. [...] Garton Ash entrevistou os arquivistas da Gauck Authority sobre a experiência de outros usuários. *Houve alguns divórcios quando as pessoas aprenderam que os cônjuges tinham informado sobre suas conversas mais privadas e, infelizmente, alguns suicídios ocorreram por causa das revelações. As principais consequências foram intermináveis discussões (privadas e na imprensa), encontros com a história e busca de uma compreensão verídica do passado*. (Danielson, 2004, p. 183-184, tradução nossa, grifo nosso)

Em contrapartida, Danielson descreve que outras nações enfrentaram a mesma questão (Tchecoslováquia, Rússia, Polônia, Hungria e Romênia, por exemplo), porém optaram por trajetórias diferentes.

> Outros estados pós-comunistas lutaram com as mesmas questões. Contudo, apenas a Alemanha implementou um processo claro para garantir os direitos das vítimas através da abertura dos arquivos às pessoas afetadas. Cada país teve uma trajetória diferente que refletiu as forças políticas únicas no trabalho. *Vários países tentaram resolver o problema através do poder judicial, e não através de uma autoridade arquivística*. Nos outros países pós-comunistas, foi dada mais atenção à investigação de funcionários públicos que a fornecer às pessoas informações sobre suas vidas individuais. (Danielson, 2004, p. 184, tradução nossa, grifo nosso)

Danielson (2004, p. 187, tradução nossa, grifo nosso) descreve que, na maioria desses países, lamentavelmente, os cidadãos "*sentem que a lei de privacidade tem sido usada para obstruir a justiça*". Diante de tal constatação, essa autora defende que a experiência alemã "pode ser vista como um forte argumento para abrir arquivos às vítimas da opressão política", não apenas na Europa Oriental, mas também na América Latina e na África. Argumenta, ainda, que "a abertura dos arquivos é cada vez mais vista como um ato de direitos humanos básicos".

Enfim, a autora citada também defende que em situações como a que relata, que dizem respeito aos documentos relativos a vítimas de opressões política, os arquivistas assumam a seguinte postura:

> *Os arquivistas podem usar os documentos no processo de estabelecer as verdades históricas básicas e histórias pessoais precisas*. A legislação especial é necessária nesses casos, juntamente com um senso realista dos custos do programa e uma compreensão dos cuidados necessários na administração. [...]. Em uma

> situação global de deslocamento de fronteiras, mudança de noções de soberania e jurisdição pouco clara, *a injustiça passada às vezes pode ser melhor tratada abrindo documentos e fornecendo uma comissão de verdade ou fórum para discussão. A situação individual deve ser analisada cuidadosamente*. [...]. Nesses casos, é um grande erro tentar definir o papel dos arquivos de acordo com regras estritamente tradicionais. *Podem ser concebidos procedimentos que conciliem os direitos à privacidade e o direito à informação sobre a própria vida e a história nacional*. (Danielson, 2004, p. 193, tradução nossa, grifo nosso)

Dando continuidade à revisão de literatura a respeito da visão dos arquivistas no que tange à informação pessoal nos arquivos e, consequentemente, ao conflito entre acesso e privacidade, passa-se agora à análise do cenário no Reino Unido, citando o artigo do arquivista Paul J. Sillitoe (1998), "Privacy in a public place: managing public access to personal information controlled by archives services".

Esse autor, ao iniciar sua abordagem citando Michel Swift,[23] considera que o acesso aos documentos públicos e a proteção da privacidade pessoal compreendem questões que necessitam de uma política pública. Além disso, Sillitoe (1998) aponta que os limites da privacidade não são claros e que o equilíbrio entre privacidade e acesso é um grande desafio para os arquivistas.

> *Quando não dispõem de tal política e sem uma definição clara de limites de privacidade, os arquivistas são incapazes de considerar plenamente quando uma invasão de privacidade pessoal pode ser ocasionada pela divulgação pública de informações pessoais contidas em seus arquivos*. Por conseguinte, não podemos gerir o acesso a essas informações potencialmente sensíveis de forma consistente, de acordo com uma norma praticável e comumente acordada. *Mas, todos os dias, os arquivistas devem se esforçar para alcançar esse equilíbrio entre privacidade e acesso, em um contexto que é, naturalmente, muito mais vasto que quaisquer limites próprios da administração de arquivos. Esses limites são, a qualquer momento, elásticos e sempre cambiantes ao longo do tempo*. No entanto, só podemos esperar apoio público se gerenciarmos esse peculiar recurso de informação dentro do que a opinião pública, outro companheiro inconstante, julga serem esses limites. Talvez seja hora, como propõe Michael Swift, de os arquivistas estabelecerem a agenda e testarem esses limites, como contribuição para o desenvolvimento de uma sociedade verdadeiramente democrática. (Sillitoe, 1998, p. 5-6, tradução nossa, grifo nosso)

Buscando contribuir para o avanço dessa discussão do equilíbrio entre acesso e privacidade e para a elaboração de políticas públicas que contemplem a questão, Sillitoe indica a necessidade de se "determinar o que pode constituir informações pessoais sensíveis". No entanto, o referido autor reconhece que não se trata de algo fácil:

> Criar uma definição abrangente e atemporal é uma tarefa tão impossível quanto a própria privacidade. Qualquer informação sobre pessoas individuais pode invadir sua privacidade e, portanto, ser sensível, em maior ou menor grau. Pode-se dizer que o único juiz da sensibilidade é o indivíduo sensível. (Sillitoe, 1998, p. 9, tradução nossa)

23 Michel Swift, notas de discursos para a Conferência do Conselho Internacional de Arquivos sobre "Acesso aos Arquivos" (Trieste, Itália, novembro de 1995).

O autor também considera que, para a elaboração da definição de informação pessoal sensível, é importante distinguir, claramente, os conceitos de sensibilidade e confidencialidade. Para tanto, tendo como referência os critérios do governo aberto à época aprovados no Reino Unido, apresenta as seguintes definições:

> poderemos *definir 'informações pessoais sensíveis' como aquelas que induziriam 'sofrimento substancial' em uma 'pessoa razoável', se tornadas públicas*. As *informações confidenciais, por outro lado, podem ser definidas como: 'Informações que tenham sido obtidas sob forma explícita ou implícita de confidencialidade, do indivíduo a quem pertence ou de terceiros'*. Tais *informações confidenciais podem ou não ser sensíveis* e, obviamente, haverá considerável sobreposição na prática entre os dois conceitos. No entanto, *as informações confidenciais podem exigir uma gestão de acesso significativamente diferente daquela que é sensível*. (Sillitoe, 1998, p. 9, tradução nossa, grifo nosso)

Complementando, Paul Sillitoe (1998, p. 9-10, tradução nossa) explica que pode ser utilizado um "teste de dano" para se determinar a sensibilidade de informações pessoais em documentos públicos, de modo que aquilo que é capaz de causar "sofrimento substancial em uma pessoa razoável é a referência para essa avaliação". Porém, tal autor considera que essa abordagem, "provavelmente, pode funcionar melhor em uma organização centralizada, onde a verificação cruzada de seu emprego prático é mais viável". De qualquer forma, o referido autor argumenta que "mesmo assim, a análise e aplicação de definições de termos como privacidade, substancial, angústia e razoável do dicionário têm suas dificuldades". Dito isso, Sillitoe defende que "certamente não parece que a aplicação desta abordagem poderia alcançar uma consistência suficiente em toda a diversificada e descentralizada comunidade de arquivos do Reino Unido em geral".

Em "The long-term preservation of identifiable personal data: a comparative archival perspective on privacy regulatory models in the European Union, Australia, Canada and the United States", Livia Iacovino e Malcom Todd, atuantes na Austrália e no Reino Unido, respectivamente, apresentam um estudo comparativo sobre os modelos regulatórios de privacidade e algumas questões arquivísticas. Iacovino e Tood (2007, p. 108) lembram que a privacidade é reconhecida internacionalmente, pois é contemplada em diversas convenções internacionais e nos códigos de ética e valores de diversas profissões, entre eles o código de ética dos arquivistas. Nesse sentido reforçam que:

> Todos os detentores de documentos (criadores de documentos, preservadores e terceiros) têm obrigações legais de proteger informações sobre indivíduos em documentos sobre estatutos e leis comuns, que podem ser distintos de seus deveres morais. As obrigações legais são encontradas na legislação sobre liberdade de informação, privacidade e gestão arquivística,[24] e obrigações legais de confidencialidade, relações contratuais e outras relações especiais, equilibradas com os direitos correlatos de acesso à informação pelo sujeito do documento ou por terceiros. Além da legislação, os profissionais de gestão arquivística se-

24 Os autores utilizam o termo *recordkeeping*, que não tem uma tradução direta para o português. Assim, optou-se por utilizar aqui "gestão arquivística".

> guem os princípios de confidencialidade em relação aos registros sob seu controle por meio de seus códigos profissionais e pela implementação de políticas de acesso. (Iacovino; Todd, 2007, p. 108-109, tradução nossa)

Os autores assinalam que as legislações sobre privacidade e proteção de dados pessoais por eles analisadas contemplam o princípio de que "informações pessoais só devem ser coletadas, usadas ou divulgadas para seu propósito primário ou original, e que seu uso e divulgação para fins secundários ou outros estão sujeitos a limitações estritas". Destaca-se que esses autores observaram que, em função desse princípio, em muitos países, "as disposições legislativas em matéria de privacidade exigem a destruição ou a anonimação de informações pessoais, uma vez que seu objetivo principal tenha cessado, sujeito a outras disposições legais de retenção" (Iacovino; Todd, 2007, p. 109, tradução nossa). Nesse caso, se os documentos que possuem informações pessoais forem eliminados ou determinadas informações neles contidas suprimidas, no primeiro caso, não serão disponibilizados para acesso público e, no segundo, perdem a integridade/autenticidade. Sobre essa questão, os autores em tela comentam que, do ponto de vista arquivístico, uma responsabilidade primordial dos arquivistas é assegurar que tais documentos sejam preservados com integridade, tanto para seu uso imediato quanto para outros fins, quando for o caso. Além disso, mencionam que algumas legislações preveem a eliminação de informações pessoais quando constatado que essas são/estão incorretas.

Mediante o exposto antes, Iacovino e Todd (2007, p. 110, tradução nossa) apresentam o seguinte conflito:

> Os regimes de privacidade se concentram no consentimento para a coleta, uso e divulgação de informações pessoais em seu contexto imediato, enquanto os regimes de arquivamento se concentram na preservação de documentos autênticos para divulgação pública em geral, o que pode incluir informações pessoais, uma vez que perderam sua sensibilidade.

Icavonio e Todd (2007, p. 111, tradução nossa) também colocam em pauta algumas questões arquivísticas em relação ao cenário digital. Nesse ponto, ressaltam que a preservação de dados pessoais, no ambiente digital, deve considerar, além das questões jurídicas e morais, aspectos técnicos arquivísticos. No contexto digital, um metadado pode identificar uma pessoa por nome, um código ou um número único, por exemplo, e as trilhas de auditoria (tanto de alterações, gestão e uso dos documentos) são essenciais para a proteção da privacidade, principalmente quando se pretende verificar possíveis violações. Dessa forma, consideram que "uma legislação mais sólida em matéria de privacidade pode, contudo, reforçar a integridade dos documentos, por exemplo, minimizando o acesso não autorizado, a distribuição e a manipulação de dados pessoais em redes eletrônicas". Complementando, esses autores mencionam que "tecnologias de melhoria da privacidade", que tornam anônimos dados pessoais para fins de investigação, também suportam a integridade dos documentos, se a "anonimização for reversível".

Enfim, após apresentarem um resumo sobre a legislação em cada um dos países analisados, Livia Iacovino e Malcom Tood (2007, p. 125-126)

recomendam “a promoção da inclusão de códigos de ética de arquivistas e pesquisadores no quadro legislativo de privacidade”. Também concluem que se faz necessário:

a. integrar a privacidade com a liberdade de informação e os regimes arquivísticos;

b. estabelecer disposições especiais para o acesso a dados anonimizados que podem ser reidentificados, uma vez que se tratam de questões importantes de gerenciamento de acesso que precisam ser racionalizadas;

c. abordar a eliminação de dados de identificação como um problema de integridade de documentos, com o objetivo de melhorar a qualidade dos dados disponíveis para fins de pesquisa; e

d. assegurar que produtores e conservadores de documentos garantam um amplo escopo de interpretação sobre o que é permitido fazer, posteriormente, com as informações pessoais quando estas tiverem objetivos além dos propósitos imediatos dos criadores.

O arquivista americano Steven Bingo (2011, p. 506), em artigo publicado no periódico *The American Archivist*, cujo título é “Of provenance and privacy: using contextual integrity to define third-party privacy”, tendo como objeto de análise coleções de manuscritos, aborda a questão da privacidade de terceiros e os fatores contextuais relacionados à criação e uso de documentos, partindo do pressuposto de que tais fatores auxiliam na tomada de decisões quanto à restrição e acesso aos documentos. Bingo inicia seu artigo mencionando que:

> *O problema central identificado* por muitos que escreveram sobre a proteção da privacidade de terceiros em coleções de manuscritos é a falta de diretrizes ou princípios claros que possam ser utilizados por toda profissão. Devido às dimensões éticas do debate sobre a privacidade, a preocupação com a coerência para a instituição é ainda mais premente. (Bingo, 2011, p. 506-507, tradução nossa, grifo nosso)

Bingo (2011, p. 508, tradução nossa) descreve que “as preocupações arquivísticas relativas à privacidade podem ser divididas em preocupações legais e preocupações éticas”, as quais não são mutuamente excludentes. As preocupações legais consistem em “evitar quaisquer repercussões punitivas que possam advir da divulgação de informações sensíveis ou caluniosas”, enquanto as éticas “decorrem da crença de que existe uma relação de confiança entre o repositório [o arquivo], o doador [e/ou produtor] e a sociedade”. Destaca-se, em relação às preocupações éticas, a observação do autor de que embora os argumentos éticos sejam respaldados em orientações legais sobre a privacidade, que em sua maioria são gerais e amplas, tais argumentos se “estendem mais para enfatizar a importância dos arquivistas como mediadores de situações moralmente cinzentas”.

É interessante registrar que Bingo (2011, p. 509, tradução nossa) acrescenta que, apesar da principal missão arquivística ser o apoio ao acesso, o argumento de que este prevalece em detrimento das restrições tem

limites e adverte que alguns doadores de documentos (aqui acrescenta-se também os produtores de documentos), sejam eles pessoas físicas e/ou jurídicas, "argumentam que os arquivistas têm uma responsabilidade e interesse em proteger a privacidade com base em fundamentos éticos e morais". Bingo cita, inclusive, algumas falas de autores sobre a questão:

> Citando o *Código de Ética* da Sociedade de Arquivistas Americanos, Hodson afirma: 'O princípio ético geral é claro: os arquivistas devem estar conscientes e, talvez, salvaguardar a privacidade dos indivíduos representados em coleções de arquivos'. Em seu trabalho sobre direitos autorais em arquivos, Robert Cogswell observa que a privacidade é importante não só por razões legais (isto é, para evitar o litígio), mas também porque 'potenciais doadores de registros úteis podem retê-los se suspeitarem que um arquivo possa não proteger sua privacidade'. Timothy Ericson, em seu estudo de caso sobre a privacidade na ética e na profissão de arquivista, argumenta que 'como questão de consciência e moralidade', os arquivistas devem restringir informações privadas que possam causar danos indevidos às pessoas próximas a indivíduos que possam ser comprometidas pelos materiais de uma coleção. (Bingo, 2011, p. 510, tradução nossa, grifo nosso)

Diante de tais citações, o autor em tela argumenta o seguinte:

> Se alguém acredita, como argumenta Hodson, que a privacidade 'mais frequentemente constitui uma preocupação ética que legal', *as diretrizes éticas sobre privacidade precisam abordar ramificações que vão além dos tribunais e dos códigos legais*. A hesitação que acompanha a formação de diretrizes éticas em relação à privacidade, eu acredito, decorre da ambiguidade que tal tarefa provavelmente envolverá. Para reafirmar a preocupação de Greene, *as restrições ao acesso não devem ser feitas nas premissas instáveis do que se pode achar intrusivo ou embaraçoso. O desafio,* como Hodson e outros descrevem, é elaborar políticas apropriadas para ajudar as instituições coletoras na navegação de uma área eticamente cinza que não exigirá exame no nível do item [documental]. (Bingo, 2011, p. 510, tradução nossa, grifo nosso)

Além dos argumentos acima, Bingo chama a atenção para um fenômeno que não se pode ignorar na atualidade: a web aberta.

> A escalabilidade da avaliação do risco de privacidade é particularmente pertinente à luz do volume crescente de documentos resultantes da tecnologia digital e da relativa facilidade de acesso e agregação de informações na web aberta. [...]. Dentro do domínio arquivístico, o livro de 1992 de Heather MacNeil, *Without consent*: the ethics of disclosing personal information held in public archives [Sem consentimento: a ética da divulgação de informações pessoais mantidas em arquivos públicos], representa uma tentativa precoce entre os arquivistas de abordar proativamente ameaças à privacidade representada por informações digitais. Mais recentemente, Sarah Hodson e Sarah Rowe-Sims et al. destacam as dimensões problemáticas de postar suportes digitais de diários pessoais, correspondência e fotos para sites de arquivos. *O que é impressionante nas várias conversas sobre privacidade e informação digital é a relevância dos conceitos arquivísticos, como a proveniência, e a necessidade de um maior envolvimento entre arquivistas e pesquisadores de outras disciplinas que tentam enfrentar os desafios da privacidade que surgiram* nos últimos vinte e cinco anos. (Bingo, 2011, p. 512, tradução nossa, grifo nosso)

Diante do exposto, Bingo (2011) explica que um dos conceitos que emerge de um discurso desenvolvido no âmbito dos campos da ciência da computação e da ética da informação, tendo como foco a privacidade da in-

formação digital, é a teoria da "integridade contextual" de Helen Nissenbuam (1998). Essa autora argumenta que *a definição do direito à privacidade da informação pode encontrar respaldo no entendimento das normas relativas ao contexto em que a informação é fornecida, coletada e utilizada*. Tal argumento, segundo Steven Bingo (2011, p. 507-508, tradução nossa), pode ser entendido como: "as normas de privacidade que cercam um documento podem ser determinadas investigando a proveniência de um documento".

Dessa forma, Bingo (2011) defende que o conceito de "integridade contextual" se traduz no conceito arquivístico de proveniência. Além disso, o autor citado acredita que a "integridade contextual" pode ser aplicada nas questões relativas à avaliação e ao acesso, auxiliando o arquivista a "alinhar as políticas de avaliação e acesso de uma forma sistemática e holística". Nesse sentido, o pesquisador em questão se propõe a trabalhar o conceito de "integridade contextual" com o objetivo de fornecer aos arquivistas uma "ferramenta para lidar com os problemas de privacidade de uma forma mais prospectiva e ascendente", pois, segundo ele, "lidar com o risco prospectivamente fornece oportunidades para tomar decisões em níveis mais amplos da organização".

A respeito da obra de Helen Nissenbaum (1998), observa-se que esta autora reconhece certa prática rotineira em registrar, analisar e comunicar informações sobre indivíduos no curso normal de suas vidas privadas e públicas. Todavia, ela chama a atenção para o fato de que, em algumas situações, tais informações são coletadas, registradas e usadas em determinado contexto e, por sua vez, acabam sendo transmitidas a terceiros, que integram outro contexto e, assim, sucessivamente.

Frente às observações dessa estudiosa, cita-se aqui, como exemplo, informações da esfera privada/privativa/pessoal de um indivíduo registradas em documentos públicos (produzidos, recebidos ou acumulados por órgãos públicos no desenvolvimento de suas funções e atividades) que estão sujeitas (mediante autorização, ou não; intencionalmente, ou não; maliciosamente, ou não) a se tornarem públicas (de conhecimento do público) – a privacidade no público ou a privacidade em público. Trata-se de informações referentes a um contexto restrito, que foram coletadas, registradas e utilizadas em outro contexto restrito (circunstâncias específicas do poder público), mas que estão sujeitas a serem transmitidas, disseminadas e utilizadas em contextos infinitos (restritos e não restritos, públicos e privados), se publicizadas. Como se percebe, informações privadas/pessoais registradas no contexto do poder público poderão ser de domínio público, se não forem protegidas quando apropriado ou até mesmo necessário.

É interessante o seguinte comentário de Nissenbaum (1998, p. 2-3, tradução nossa, grifo nosso):

> Meu interesse no problema da proteção da privacidade em público é motivado por circunstâncias no mundo real que são obviamente problemáticas para a maioria das pessoas e têm sido frequentemente relatadas em meios de comunicação públicos e populares. *Essas circunstâncias são que, mesmo e, especialmente, na arena pública, as pessoas tornaram-se alvos de vigilância em quase todos os turnos de suas*

> *vidas*. [...]. Sua presença no planeta, suas características notáveis e todos os seus marcos importantes são devidamente registrados por agências do governo federal, estadual e local, incluindo nascimento, casamento, divórcio, propriedade, carteiras de motorista, registro de veículos, violações de trânsito, finalmente, sua morte. Na grande loja de informações, as pessoas são identificadas através de nome, endereço, número de telefone, números de cartão de crédito, número de segurança social, número de passaporte e muito mais. A idade, a cor do cabelo, a cor dos olhos, a altura, a qualidade da visão, as encomendas por correio e as compras no local, a atividade do cartão de crédito, as viagens, o histórico de empregos, o histórico de aluguéis, as transações imobiliárias, a mudança de endereço, a idade e o número de filhos, e assinaturas de revistas. *As dimensões são infinitas*.

No campo da arquivologia, a questão compreende informações pessoais, que podem ser coletadas e registradas, com e sem consentimento, pelos órgãos públicos em documentos públicos.

Retomando as considerações de Nissenbaum vale registrar que ela descreve um agravante: essa coleta "descontrolada" de informações públicas compreende "um sério problema de privacidade que a política pública e corporativa não abordou adequadamente". Na sua concepção:

> *O resultado é um corpo de políticas que é fragmentário e inconsistente*. [...] De fato, *com poucas exceções, o trabalho dentro dessas tradições parece sofrer um ponto cego teórico quando se trata de privacidade em público*, pois, embora tenha avançado com sucesso, nossa compreensão da base moral para a privacidade de algumas das ameaças tradicionalmente concebidas, tais como violação da esfera pessoal, abuso de informações íntimas, proteção do indivíduo contra intrusão do governo e proteção de, por exemplo, relações médico-paciente, advogado-cliente e similares, não se manteve a par das questões de privacidade que se desenvolveram na sequência de usos avançados da tecnologia da informação. (Nissenbaum, 1998, p. 5, tradução nossa, grifo nosso)

Dando prosseguimento, a autora chama a atenção para o fato de que diante das diversas "transações, situações e relacionamentos nos quais as pessoas se engajam, existem normas – explícitas e implícitas – que regem a quantidade de informação e o tipo de informação que lhes convém". Nesse sentido, considera que onde essas normas são respeitadas tem-se a manutenção da "integridade contextual", mas, onde são violadas, a "integridade contextual" é violada. Seguindo essa linha de pensamento, tal pesquisadora defende que "as normas que regem a adequação da informação a um contexto podem marcar algumas informações apropriadas e algumas informações como inadequadas" (Nissenbaum, 1998, p. 20, tradução nossa).

A fim de explicar seu ponto de vista, Nissenbaum (1998, p. 22-23) descreve que as pessoas, geralmente, não sentem que sua privacidade foi violada quando entendem que a informação, mesmo sendo pessoal, é apropriada para um determinado ambiente ou relacionamento. Porém, em diversas situações as informações são deslocadas do seu contexto, inclusive podendo "atravessar não apenas as linhas contextuais, mas as linhas temporais (foram coletadas no passado e deslocadas para um cenário atual). Mediante tais circunstâncias, conforme destaca a autora,

> As pessoas se ressentem com a distribuição desenfreada e não autorizada de informações sobre si mesmas, não só quando violam a integridade de um reino

> íntimo e pessoal, mas quando violam a integridade contextual. Ao violarem a integridade contextual, elas atacam um aspecto importante do porquê as pessoas se preocupam com a privacidade. (Nissenbaum, 1998, p. 23-24, tradução nossa)

Como mencionado anteriormente, Steven Bingo (2011) defende que a teoria da "integridade contextual" de Helen Nissenbuam (1998) pode ser aplicada nos arquivos, equivalendo, inclusive, ao princípio da proveniência. Citando outro artigo de Nissenbuam, "Privacy in public: challenges in information technology" (1997),[25] Bingo ressalta o seguinte:

> Nissenbaum usa 'integridade contextual' para descrever as normas sociais que envolvem o uso e a disseminação de informações pessoais. [...]. Nissenbaum argumenta que a privacidade não pode ser efetivamente definida dentro de uma dicotomia em que a informação pública é 'para se ganhar' sem quaisquer limites de acesso. *Em vez disso, a privacidade é definida por normas dependentes do contexto original no qual a informação é criada e disseminada*. [...]. Nissenbaum argumenta que a privacidade não é simplesmente uma questão de *qual* informação é permitido compartilhar, e sim uma questão de *como* a informação é compartilhada. *A integridade contextual começa com um enquadramento de contexto que, de muitas maneiras, reflete o conceito arquivístico de proveniência*. Especificamente, Nissenbaum afirma que *'Contextos são estruturados* de cenários *sociais caracterizados por atividades canônicas, funções, relações, estruturas de poder, normas (ou regras) e valores internos (metas, fins, propósitos)'*. Dentro dessa definição, pode-se fazer muitos paralelos dentro dos arquivos, como atividades, papeis (por exemplo, criadores de documentos) e estruturas de poder (por exemplo, hierarquias organizacionais). [...]. Nissenbaum afirma que esses valores e fins amplos alinham as atividades, papeis e estruturas organizacionais, que, por sua vez, informam atos específicos de comunicação. Dentro de um dado contexto, pode-se começar a definir normas de privacidade de acordo com o tipo de informação compartilhada, os meios pelos quais a informação é compartilhada (ou deve ser compartilhada), as pessoas que compartilham a informação e aqueles que são o objeto da informação. Como observa Nissenbaum, a integridade contextual é útil para entender as normas de informação e, portanto, para identificar instâncias em que as normas foram violadas. (Bingo, 2011, p. 512-513, tradução nossa, grifo nosso)

Porém, Bingo apresenta algumas fragilidades do conceito de "integridade contextual", entre elas as seguintes:

> No entanto, Nissenbaum também afirma que a integridade contextual em seus próprios méritos pode ser 'conservadora de maneiras possivelmente prejudiciais'. Especificamente, a integridade contextual não questiona como as normas relativas ao compartilhamento de informações podem perpetuar o acesso desigual à informação. Tampouco a integridade contextual questiona se o novo contexto no qual a informação é acessada pode apoiar melhor os fins socialmente desejáveis. (Bingo, 2011, p. 513, tradução nossa)

Diante do exposto, Bingo (2011, p. 516) considera que o conceito de "integridade contextual" não pode ser utilizado sozinho quando se pretende tomar decisões em relação ao acesso ao que é privado. Em seu entendimento, os fatores contextuais relacionados à privacidade são úteis na identificação dos riscos de sua violação, sem ter que aprofundar no conteúdo dos documentos.

25 Após várias tentativas, não foi possível localizar o artigo em questão para verificação *in locus*.

> a integridade contextual identifica os riscos de privacidade ao elaborar normas sobre o fluxo de informações no contexto das funções, atividades, estruturas sociais e metas que moldam a criação de informações [...]. Por exemplo, pode-se começar por identificar funções, atividades e metas que representam pouco risco. *As séries que estão em grande parte associadas a esses fatores não teriam grande escrutínio em termos de avaliação dos riscos de privacidade. Por outro lado, deveriam ser identificadas funções, atividades ou metas susceptíveis de criar preocupações de privacidade, e as séries aplicáveis devem ser submetidas a uma análise mais rigorosa*. [...]. Como afirmo, a integridade contextual tem o potencial de ajudar os arquivistas em relação à obtenção de informações sobre privacidade. A integridade contextual fornece uma série de caminhos para abordar o tema da privacidade, especificamente em termos de funções e atividades do criador de documentos. (Bingo, 2011, p. 512-513, tradução nossa, grifo nosso)

Nesse sentido, Steven Bingo (2011, p. 518) acrescenta que, tendo em vista que as normas relativas à privacidade estão relacionadas a contextos específicos de funções e esferas com as quais o produtor dos documentos interage, as discussões e reflexões a respeito da privacidade podem ocorrer em um âmbito mais geral sobre o produtor e o valor dos seus documentos, ressaltando as potenciais preocupações de privacidades. Com base nesses argumentos, o autor em referência defende que:

> Uma vez que o risco foi identificado de acordo com as funções e atividades, o que deveria traduzir-se em risco em série, então, decisões podem ser tomadas no que diz respeito ao acesso, ou o que Nissenbaum chamaria de fluxo de informação. (Bingo, 2011, p. 519, tradução nossa)

Prosseguindo, esse autor aponta outro aspecto útil da teoria da "integridade contextual" em relação ao acesso, a saber, a atribuição de regras de acesso baseadas nas funções e atividades dos usuários. No caso de documentos da área de saúde, o acesso completo estaria autorizado a um médico, enquanto outros tipos de pesquisadores poderiam ter acesso restrito (Bingo, 2011, p. 520-521). Por fim, o autor em tela menciona que "a privacidade estará sempre sujeita ao julgamento do arquivista" e orienta que, assim,

> *nosso objetivo não deve ser a criação de limites rígidos e fechados, mas sim a identificação de ferramentas que ajudarão a avaliar o risco e fornecer confiança de que medidas razoáveis são tomadas para proteger a privacidade*. Embora a integridade contextual não seja uma resposta conclusiva a preocupações arquivísticas em relação à privacidade, ela oferece possibilidades interessantes para definir o risco durante a avaliação [...]. (Bingo, 2011, p. 521)

Por fim, e não menos importante, em *In search of the common good*: the ethics of disclosing personal information held in public archives,[26] a arquivista canadense, Heather Marie MacNeil (1987, p. 7-8, tradução nossa), comenta que alguns historiadores reivindicam, por intermédio do princípio da liberdade científica ou acadêmica, o uso de informações pessoais. Além disso, tais estudiosos justificam que a intenção de suas pesquisas não é a exposição do indivíduo em particular, mas revelar políticas governamentais em deter-

26 Tese apresentada em cumprimento parcial dos requisitos para o grau avançado de mestre em *Archival Studies* na University of British Columbia.

minado contexto temporal. Argumentam que certas restrições à privacidade inviabilizam a execução de suas pesquisas e seus direitos enquanto pesquisadores e comunicadores de conhecimento. Todavia, a autora menciona que:

> Historicamente e filosoficamente, [...] o direito de saber é justificado em termos das exigências de cidadania e ação política: 'reivindicar o direito do povo de saber' não exige que toda informação especializada, privada e relativamente inacessível seja 'tornada pública'. Exige, antes, que o público tenha acesso a esses fatos necessários para o julgamento público sobre coisas públicas [...]. A liberdade de investigação na busca do conhecimento é um valor em si mesma. Não é, contudo, idêntico ao direito público de saber quando chegamos a entender esse termo. O contrato social implica a obrigação de os cidadãos renunciarem a algum grau de privacidade no interesse do bem comum. Mas quanto devemos nos render*? O contrato social, ao abrigo do qual damos ao governo permissão para nos conhecer de várias maneiras particulares, também dá direito aos arquivistas, como depositários oficiais de documentos governamentais, permissão de usos subsequentes dessas informações para fins de pesquisa, uma vez que sua utilidade administrativa, isto é, a sua intenção original, foi esgotada?* [...] A questão é: *a liberdade de investigação científica possui o mesmo valor moral que o direito à privacidade? Em situações onde os dois valores estão em conflito, onde está o dever moral do arquivista? Que critérios devem ser aplicados para determinar o acesso 'razoável'?* (MacNeil, 1987, p. 9-11, tradução nossa, grifo nosso)

Assim, MacNeil (1987, p. 11) se propõe a analisar essas questões tendo como referência: 1) "a evolução do conceito e do direito à privacidade", 2) "as tendências de pesquisa sócio-histórica que ameaçam o direito à privacidade", 3) "as justificativas éticas a favor e contra a utilização de informações pessoais" e 4) "o papel do arquivista na mediação das reivindicações morais concorrentes de privacidade e acesso".

No tocante à evolução do conceito de privacidade e do direito de privacidade, MacNeil (1987, p. 21) argumenta que "o impulso das sociedades nos séculos anteriores era dirigido a devorar os antigos reinos do público e do privado", no entanto, no último século, a tendência "foi devorar a esfera de intimidade mais recentemente estabelecida". A autora acrescenta que essa tendência ganhou força com o crescimento da tecnologia. Além disso, destaca que "a mesma sociedade que criou a demanda moderna por privacidade, também criou os meios para tornar sua eliminação uma questão bastante simples". É considerando esse cenário que MacNeil descreve o uso, potencialmente invasivo, de informações pessoais, por organizações governamentais:

> O contexto administrativo em que a documentação é coletada, armazenada e disseminada por grandes organizações sociais, particularmente os governos, é o cerne dos debates sobre usos potencialmente invasivos de informações pessoais. Tais debates tomam como ponto de partida uma série de premissas factuais sobre o processo de coleta de informações, incluindo: que as informações são fornecidas por indivíduos sobre si próprios ou outros a agências governamentais para um propósito específico, por exemplo, obter uma pensão ou procurar emprego; que os sistemas de manutenção de documentos são frequentemente organizados, mantidos e tornados acessíveis de acordo com identificadores pessoais (normalmente um número de seguro social); que referências e referências cruzadas possam ser feitas sobre pessoas identificáveis em outros documentos mantidos por agências; que as informações pessoais recolhidas são normalmente organizadas e armazenadas em uma forma que pode ser utilizada posteriormente por tercei-

> ros; que a utilização de certas categorias de informação para fins secundários é considerada socialmente aceitável, por exemplo, no tratamento de violações da lei; e, finalmente, que as informações que podem ser derivadas de um conjunto de dados contendo informações pessoais não são necessariamente esgotadas no momento da sua utilização original. (MacNeil, 1987, p. 23, tradução nossa)

Por intermédio de bancos de dados, tais documentos e informações podem ser armazenadas, reunidas, compartilhadas e cruzadas, sendo possível estabelecer um dossiê completo de um cidadão. Sob essa perspectiva, a autora destacada coloca em pauta a seguinte preocupação:

> Se a intenção que alimenta a prática é inocente ou maligna, o fato de que as informações coletadas para um propósito podem ser usadas para outro – podem ser usadas, de fato, para compilar dossiês sobre cidadãos particulares – é um problema sério porque a proteção de informações pessoais é uma das poucas defesas que o indivíduo tem contra o abuso do governo. [...]. Se considerarmos a vasta gama de programas governamentais e a ampla gama de atividades no setor privado que afetam os cidadãos, fica claro que o mundo documental que nos concerne é muito extenso. A coleta de dados por grandes organizações é uma fonte de inquietação porque constitui uma forma de vigilância, uma espécie de voyeurismo tecnológico contra o qual, a menos que seja verificado, nós, como cidadãos, estamos em grande parte indefesos. Além disso, existe a preocupação de que grandes organizações de coleta de informação, como os governos, por exemplo, utilizarão a informação de formas que não foram concebidas ou consentidas no momento da coleta. (MacNeil, 1987, p. 25-27, tradução nossa)

Conforme observa MacNeil, essa coleta de dados e, consequentemente, a vigilância ou controle social, crescem constantemente na atualidade. As pessoas, a todo momento e em diversas circunstâncias, revelam informações pessoais, em função das suas próprias necessidades, como, por exemplo, em um hospital, quando em tratamento; ou em uma agência reguladora governamental, quando pretendem apresentar uma reclamação; ou em um banco, quando necessitam de um empréstimo; ou em uma universidade pública, quando pleiteiam uma bolsa de estudos. Tais situações são infinitas e, de acordo com Heather MacNeil (1987, p. 28-29, tradução nossa), "o resultado é que, à medida que as correlações são estabelecidas entre tipos particulares de dados, oferecendo novas possibilidades para vários tipos de controle social, as demandas por mais dados pessoais inevitavelmente seguem".

Por sua vez, MacNeil coloca em pauta outro agravante: a indefinição do conceito de privacidade.

> Hoje, a maioria dos países ocidentais adotou alguma forma de legislação de proteção de dados em reconhecimento ao princípio do direito à privacidade. *Mas, embora o princípio do 'direito à privacidade' seja relativamente fácil de defender, a questão da proteção da privacidade continua a ser um problema porque o próprio conceito resiste a uma definição legislativa coerente. O que constitui uma invasão injustificada da privacidade? Como definimos assuntos privados?* Os obstáculos à definição de privacidade, resumidos no relatório do Younger Committee,[27] são duplos: primeiro, muitas das coisas que sentimos a necessidade de preservar dos

27 Relatório do *Committee on Privacy*, sobre a presidência da Rt. Hon. Kenneth Younger (Londres: Her Majesty's Stationery Office, 1972).

> olhos curiosos de outros são sentimentos, crenças ou formas de comportamento que são, essencialmente, irracionais; e, em segundo lugar, o âmbito da privacidade é determinado em grande parte pelos padrões e costumes de uma determinada sociedade e esses padrões estão sujeitos a mudanças constantes. O relatório do Younger Committee concluiu que '*o conceito de privacidade não pode ser definido de forma satisfatória*' [...]. (MacNeil, 1987, p. 29-30, grifo nosso)

MacNeil (1987, p. 47) acrescenta que nem sempre a proteção jurídica da privacidade reflete adequadamente a importância desta, inclusive, em determinadas situações, em função de outros compromissos, como o direito de acesso à informação e a liberdade de expressão, é necessário que o direito à privacidade ceda.

Em relação às tendências de pesquisa sócio-histórica que ameaçam o direito à privacidade, Heather MacNeil (1987) analisou os argumentos contra e a favor do acesso. Uma das questões apresentadas pela autora trata do interesse de historiadores sociais pelos dados das bases de dados documentais governamentais que se expandiram a partir do final do século XX, tendo em vista o envolvimento direto e indireto dos governos, por meio de programas reguladores e sociais (assistência pública), na vida cotidiana das não elites. MacNeil explica que esse interesse se deve em função dos seguintes motivos:

> Arquivos de dados do governo geralmente são compostos de um ou mais de três tipos de informação: informação demográfica, como idade, sexo, estado civil e local de residência; informações socioeconômicas, tais como ocupação, educação e renda; e atitudes e opiniões. Esses arquivos de dados podem ser vinculados, um com o outro, criando uma riqueza de material para pesquisa social e histórica. À medida que se dá ênfase crescente a análises estatísticas quantitativas de materiais-fonte detalhados, documentando características e atividades individuais, processos sociais e governamentais e transações econômicas, os pesquisadores sociais estão desempenhando um papel mais ativo como consumidores de sistemas oficiais de coleta de dados. Existe uma demanda crescente por documentos detalhados e legíveis por máquina que agora estão sendo criados em rápida expansão. Ao mesmo tempo, a pesquisa mais contemporânea de cientistas sociais em outras disciplinas também oferece maior valor aos documentos legíveis por máquinas criados pelas organizações governamentais. (MacNeil, 1987, p. 72-73, tradução nossa)

No entanto, muitos desses registros e documentos apresentam ameaças à privacidade. A autora cita alguns exemplos no âmbito do Canadá, em 1987, e chama a atenção para fatores, que, na atualidade, podem ser identificados no Brasil:

> Documentos de impostos e documentos de pagamentos de assistência pública contêm informações detalhadas, íntimas e confidenciais, que comprometem a privacidade e a confidencialidade individual. Os requisitos legais que regem a gestão e o acesso a tais documentos são, atualmente, pouco claros e confusos; as informações relativas às técnicas de segurança para a coleção de registros sensíveis legíveis por máquinas não estão agora amplamente disponíveis; e procedimentos para fornecer acesso legítimo a elementos de informação contidos nesses registros sem comprometer a privacidade e a confidencialidade individual não são bem desenvolvidos ou entendidos. (MacNeil, 1987, p. 74, tradução nossa)

Dando continuidade, MacNeil (1987, p. 74, tradução nossa) adverte que:

> As questões éticas fundamentais no que diz respeito à utilização de informações pessoais por parte da investigação estão intimamente relacionadas às expectativas sociais relativas às informações pessoais fornecidas ao governo e,

> especificamente, à natureza do contrato celebrado entre o governo e um indivíduo no momento do recolhimento de informação original. Claramente, o público considera a privacidade um direito que o governo é, teoricamente, obrigado a proteger. A execução dessa obrigação é, no entanto, comprometida por uma série de obstáculos administrativos. No processo de coleta de informações, as referências à privacidade e confidencialidade são geralmente vagas. A implicação é que qualquer informação pessoal fornecida ao governo ficará disponível apenas para um número limitado de pessoas com base em 'necessidade de saber'. No entanto, uma vez que as informações existem sob forma de documento, particularmente em forma legível por máquina, quaisquer mecanismos de controle que possam ser colocados sobre a divulgação são imediatamente atenuados, dado o enorme potencial de vinculação de dados, particularmente dados demográficos e socioeconômicos, através de identificadores pessoais. Em certas transações entre governo e indivíduo, há uma expectativa de que certos tipos de informação serão estritamente salvaguardados, mas, como isso é feito, muitas vezes não é formalmente prescrito, criando problemas, em uma data posterior, para lidar com as informações recolhidas. Frequentemente, nenhuma provisão formal é feita para a remoção final dos embargos colocados no uso. As pessoas que fornecem informações confidenciais sobre a promessa de confidencialidade, por exemplo, não são informadas de que a promessa expira após um certo período de tempo, dez, vinte ou cinquenta anos, conforme o caso [no caso brasileiro, cem anos de acordo com o inciso I do § 1º do art. 31 da LAI].

Conforme observa MacNeil (1987, p. 79), quando um cidadão fornece suas informações pessoais ao governo, na maioria das vezes, não pensa em possíveis implicações posteriores. Ele não imagina que tais informações podem ser utilizadas para outros fins, transferidas para outras entidades e/ou disponibilizadas para uma pesquisa. Além disso, é preciso considerar que é difícil para um cidadão fazer uma avaliação dessa natureza. A maioria não tem conhecimento suficiente para mensurar a potencialidade de riscos de invasão à sua privacidade, assim como, caso o risco venha a se concretizar, não consegue visualizar e dimensionar o grau de exposição a que está sujeito.

Todavia, como relata MacNeil (1987, p. 80, tradução nossa), mesmo diante desse dilema ético, a maioria dos pesquisadores acredita que:

> embora a preservação de documentos contendo informações pessoais apresente sérios problemas aos arquivistas em relação à privacidade e confidencialidade, a preservação desses documentos é um desafio profissional que deve ser aceito quando possível. Do ponto de vista do pesquisador histórico, o direito do indivíduo à privacidade 'deve ser equilibrado pela necessidade coletiva de compreender a sociedade e as necessidades da sociedade'.

Destaca-se que, de acordo com a pesquisadora em questão, "em grande medida, os arquivistas concordam com esse raciocínio". Para fundamentar essa percepção, Heather MacNeil (1987, p. 80, tradução nossa) cita, por exemplo, que o Conselho Internacional de Arquivos, em 1972, quando redigiu uma lei de arquivos modelo, "reconheceu o conflito de valores entre acesso e privacidade, mas concluiu que 'o princípio do livre acesso não deveria mais ser sacrificado toda vez que ele se choca com a privacidade dos indivíduos'". No entanto, a autora coloca em pauta os seguintes questionamentos: 1) "essa posição é eticamente válida?" (MacNeil, 1987, p. 80, tradução nossa); 2) As restrições morais comuns devem ser substituídas por causa da investigação 'acadêmica' ou 'científica'"? (MacNeil, 1987, p. 92, tradução nossa).

MacNeil (1987, p. 93) demonstra que existe entre os pesquisadores uma defesa da autonomia e liberdade científica ou acadêmica em oposição ao controle e à regulamentação do empreendimento científico. Os estudiosos alegam, inclusive, que a imposição de restrições acarreta prejuízos ao processo de inovação e descoberta científica, e, consequentemente, à sociedade. Assim, colocam em pauta os argumentos de que "os fins justificam os meios" e o do "risco-benefício". Em contrapartida, a referida autora descreve que o primeiro argumento perdeu terreno em função de práticas cada vez mais invasivas e da cobrança por responsabilidade científica; já o segundo argumento é inadequado em diversos aspectos.

> Os tradicionais argumentos a favor da autonomia dos pesquisadores – invocando a busca do conhecimento e da liberdade de pesquisa científica – dão por certo o direito do pesquisador de buscar e comunicar o conhecimento, um direito que é levado a superar as considerações morais. [...]. Esse pressuposto perdeu terreno considerável, em grande parte como resultado das práticas cada vez mais invasivas da pesquisa social. O princípio subjacente à liberdade de investigação científica baseia-se no valor de que o conhecimento é melhor que a ignorância e que um fim científico justifica qualquer meio. Os críticos da pesquisa 'irrestrita' argumentam que a liberdade científica não é um direito absoluto, mas sim uma norma institucional que deve ser ponderada contra outras normas para encontrar o equilíbrio mais propício à promoção do bem-estar social. A responsabilidade social na pesquisa é uma correção necessária para liberdade de investigação sem restrições. Em 1975, o Committee on Scientific Freedom and Responsibility [Comitê de Liberdade e Responsabilidade Científica] da American Association for the Advancement of Science [Associação Americana para o Avanço da Ciência] sugeriu que a liberdade e a responsabilidade são inseparáveis e recomendaram que a comunidade científica reconhecesse o princípio de que a liberdade é um direito adquirido e não inalienável. Além do valor da liberdade científica, outro argumento ético comumente invocado para justificar a pesquisa social é o recurso utilitário às consequências benéficas que derivam da pesquisa. De acordo com este argumento, a obrigação profissional de promover o entendimento humano é levada a incluir um dever moral positivo de proporcionar benefícios sociais. O princípio de beneficência é usado para determinar classes de ações que são moralmente permitidas para alcançar fins benéficos. Os dilemas éticos são resolvidos equilibrando o risco de danos aos sujeitos contra os benefícios potenciais da pesquisa. O modelo risco-benefício é inadequado em vários aspectos. (MacNeil, 1987, p. 94-95, tradução nossa)

A respeito da inadequação do argumento de risco-benefício, a mesma autora expõe os seguintes problemas:

> O primeiro problema diz respeito à questão de saber se é apropriado justificar a pesquisa social em termos dos benefícios sociais que ela promete produzir. O modelo risco-benefício é extraído da pesquisa biomédica em que as melhorias específicas na prestação de cuidados de saúde ou reduções de custos podem ser citadas como benefícios sociais importantes. Não é realmente possível invocar benefícios comparáveis na realização de avaliações risco-benefício nas ciências sociais, uma vez que pesquisas sociais consideráveis visam primordialmente à aquisição de conhecimento, e, apenas secundariamente, se for o caso, às aplicações benéficas que podem resultar desse conhecimento. A definição de 'benefícios sociais' também é problemática. [...]. Permitir qualquer invasão de privacidade em termos de risco-benefício pode contribuir para uma atitude insensível em relação às invasões de privacidade do cidadão em geral. Considerar essas invasões como justificáveis poderia abrir o caminho para rotineiramente tolerar violações de privacidade injustificáveis. Mesmo que os resultados das pesquisas acarretem benefícios sociais significativos, as consequências negativas dos métodos empregados podem não compensar esses benefícios e, portanto, tornar o estudo moralmente injustificável.

> [...]. Os membros de grupos minoritários e as pessoas em níveis socioeconômicos mais baixos na sociedade (os temas favoritos da análise social, incluindo a história social) são particularmente vulneráveis a esse tipo de prejuízo social. Outra dificuldade colocada pela análise risco-benefício é a de encontrar um padrão comum em termos de comparação das consequências nocivas e benéficas. As análises risco-benefício são guias úteis para a conduta antecipada somente se forem realizadas antes do projeto de pesquisa em consideração. [...]. Pesquisadores sociais, como Joan Cassell, argumentam que a avaliação antecipada de riscos e benefícios requer previsões que não podem ser feitas de forma confiável no ambiente instável da pesquisa social. [...]. Os julgamentos sobre os riscos que podem ser feitos antes do tempo tendem a ser baseados em suposições não testadas acerca dos sentimentos dos sujeitos documentados sobre o assunto ou baseados no próprio senso de certo e errado do pesquisador. (MacNeil, 1987, p. 95-98, tradução nossa)

Diante de tais circunstâncias, MacNeil (1987), tendo como referência Hebert Kelman,[28] argumenta que a avaliação moral da pesquisa e dos possíveis riscos e benefícios seja realizada com base na ponderação dos direitos concorrentes, tendo como critério de julgamento a descrição da ação e não as possíveis consequências.

> Os direitos não são, no entanto, absolutos e devem-se fazer juízos sobre os direitos concorrentes. Ao ponderar direitos concorrentes, uma das considerações é o custo relativo de violar um em relação ao outro, incluindo o custo social relativo decorrente da redução da integridade de qualquer direito violado. (MacNeil, 1987, p. 101, tradução nossa)

No entanto, a autora coloca em pauta outra questão que merece atenção:

> A análise sócio-histórica dos dados governamentais que contêm informações pessoais traz para o primeiro plano uma série de preocupações específicas sobre a invasão da privacidade. A característica distintiva desse tipo de pesquisa é que os dados consistem em informações obtidas de ou sobre indivíduos em uma ocasião anterior e para um propósito diferente. A primeira preocupação é se podemos assumir o consentimento tácito, por parte do indivíduo que originalmente forneceu os dados, para usos subsequentes desses dados. A não obtenção do consentimento para um uso claramente diferente dos dados em relação àquele originalmente acordado apresenta um problema ético ao nível das relações interpessoais. (MacNeil, 1987, p. 103, tradução nossa)

Frente os apontamentos apresentados, MacNeil destaca a responsabilidade dos arquivistas nesse contexto:

> *Princípios e diretrizes são necessários para garantir que as violações da privacidade sejam minimizadas e, sempre que possível, eliminadas. Como depositários do documento, os arquivistas são obrigados a assumir alguma responsabilidade na mediação das reivindicações concorrentes para o acesso à pesquisa, por um lado, e a privacidade individual, por outro*. A questão que resta é como os arquivistas devem alcançar um equilíbrio equitativo entre privacidade e acesso à pesquisa. Que medidas os arquivistas podem tomar para melhorar de forma responsável, ao invés de destruir a confiança pública? (MacNeil, 1987, p. 103, tradução nossa, grifo nosso)

28 KELMAN, Hebert C. Ethical issues in different social science methods. In: BEAUCHAMP, Tom. L. et al. *Ethical issues in social science research*. Baltimore; Maryland: Johns Hopkins University Press, 1982, p. 40-98.

MacNeil (1987) menciona que uma das soluções apontadas é a restrição de documentos que contêm informações pessoais por um período específico. Contudo, essa possível solução traz consigo as seguintes questões: 1) Quanto tempo é suficiente?; 2) O tempo é capaz de diminuir a sensibilidade da informação? Vale ressaltar que muitas legislações optaram por manter tais documentos restritos por períodos longos, como cem anos, por exemplo. Essa solução é criticada pelos pesquisadores, uma vez que inviabiliza a pesquisa feita sobre questões contemporâneas.

Outra alternativa proposta é a cessão de tais informações para pesquisadores selecionados, tendo como critérios a natureza e o valor dos projetos de pesquisa propostos, ou seja, a necessidade de demonstrar que o propósito da pesquisa é legítimo. Nesse caso, a finalidade dos projetos pode ser verificada pelo arquivista entrevistando o pesquisador e fazendo consultas às agências de fomento. Sobre essa solução, MacNeil comenta o seguinte:

> Os procedimentos de triagem implicam que há uma distinção legítima entre pesquisa séria e não séria e que o arquivista tem o direito de decidir quem pode usar as informações sob o controle dos arquivos e como essas informações podem ser usadas. Helen Yoxall define assim a questão ética: 'embora os arquivistas possam fazer privadamente juízos sobre os personagens e os motivos dos pesquisadores, eles podem agir dessa maneira discriminatória, particularmente se o repositório é financiado publicamente?' A aplicação de um teste de meios intelectuais para o acesso a registros contendo informações pessoais é uma política elitista, incompatível com o espírito democrático dos princípios arquivísticos desenvolvidos desde 1945. O projeto de lei do ICA sobre produção e direito de acesso encoraja o acesso sem distinção entre os usuários, enquanto a declaração de 1973 da American Society of American Archivists sobre acesso recomendou que um repositório 'não deveria conceder o uso privilegiado ou exclusivo de materiais a qualquer pessoa ou pessoas'. (MacNeil, p. 125-126, tradução nossa)

Como solução para a questão, alguns defendem acordos contratuais entre pesquisadores e as instituições arquivísticas/governo, com o objetivo de impor padrões e diretrizes em relação às condições de acesso e à manutenção da confidencialidade, inclusive prevendo que o pesquisador estaria sujeito a indenizações em casos de perda ou dano resultante do uso dos documentos. MacNeil tece os seguintes comentários a respeito dessa hipótese:

> Defensores de acordos contratuais argumentam que o acesso contratado é uma maneira eficaz de sensibilizar a comunidade de pesquisa para a necessidade de proteger a privacidade pessoal. Uma desvantagem significativa dessa técnica é que ela exige que os arquivistas intercedam no processo de pesquisa de uma maneira que muitos podem achar repulsivo. O exame das publicações e o escrutínio das notas de pesquisa é uma prática aborrecida para muitos arquivistas, porque, argumentam eles, configura o arquivista como o árbitro final dos estudos que podem ser publicados: 'um poder discricionário excessivo apresenta o perigo de que o arquivista se torne policial e censurador'. Além do dilema ético levantado pela revisão de notas de pesquisa e de revisões de publicações, existe a preocupação de que a dissuasão incorporada no acesso contratado, por meio de penalidades financeiras, pode não ser uma garantia suficientemente forte de que os direitos de privacidade serão protegidos pelo pesquisador. A questão não é tanto se os pesquisadores podem ser confiáveis para manter o seu contrato. É mais uma questão de saber se os pesquisadores, em todos os casos, serão capazes de manter seu contrato, caso suas notas de pesquisa sejam citadas. Na maioria dos casos, os registros de pesquisa podem ser obtidos por meio de inti-

> mação, com justificativa legal adequada, independentemente de o pesquisador ter prometido, ou não, manter a confidencialidade desses registros. (MacNeil, 1987, p. 132, tradução nossa)

Em relação a essa questão, MacNeil (1987, p. 132, tradução nossa) acrescenta que a posição de Hellen Yoxall[29] também merece consideração: "se os dados são muito sensíveis para [não] permitir que o pesquisador os utilizem da maneira que ele/ela entender, então é realmente muito sensível para ser visto em primeiro lugar".

Outra alternativa levantada é a possibilidade de redução do acesso direto à pesquisa, por meio da remoção, omissão, bloqueio ou supressão dos dados identificáveis; ou, ainda, agregar, limitar e reduzir os detalhes e as especificidades dos dados. Nos dois casos, manter-se-ia um formato com os dados brutos e um formato para divulgação (formato público). Porém, no primeiro caso, a remoção de informações pode representar perdas de informações e afetar a utilização de outros dados a elas relacionados. Já no segundo caso, questiona-se também a perda de informações e a redução dos graus de especificidade e de análise do pesquisador.

Retomando a questão do papel do arquivista diante do conflito entre acesso à informação e privacidade, MacNeil (1987, p. 140, grifo do orignal) menciona um certo "desvio" no âmbito do fazer arquivístico, pois os debates *se concentram no acesso atual e não na preservação e acesso a longo prazo,* como era o habitual. Sob essa perspectiva, comenta a autora que:

> *Esses debates sublinharam a necessidade de os arquivistas reafirmarem seu papel tradicional como administradores públicos*. Ruth Simmons[30] acredita que '*o tempo acabou para decisões ad hoc sobre acesso,* tanto para a proteção do repositório como para a proteção dos direitos de privacidade dos indivíduos que os arquivistas estão eticamente e legalmente obrigados a manter'.

É importante registrar que o acesso irrestrito aos arquivos correntes e intermediários é uma questão que a Lei de Acesso à Informação trouxe aos arquivistas brasileiros, que, até então, estavam acostumados a promover o acesso irrestrito e público aos arquivos permanentes.

Dando prosseguimento, MacNeil chama a atenção para um ponto relevante:

> Uma questão relacionada e que constitui uma ameaça cada vez mais prevalecente à privacidade pessoal em uma sociedade livre é a de informações pessoais coletadas por órgãos governamentais que foram obtidas através de ameaças implícitas, reais ou reconhecidas de retaliação. Nos últimos vinte anos, debates jurídicos e campanhas de imprensa questionaram a legalidade de certas investigações policiais e de certos registros mantidos pela polícia. Um inquérito parlamentar de 1981 no Ca-

29 YOXALL, Helen. Privacy and personal papers. *Archives and Manuscripts*, n. 12, p. 38-44, May 1984.

30 SIMMON, Ruth. The public's right to know and the individual's right to be private. *Provenance*, v. 1, n. 1, p. 3, Spring 1983.

> nadá sobre os arquivos da Royal Canadian Mounted Police descobriu que a RCMP tinha mantido informações proibidas por lei sobre a vida privada dos cidadãos. Esses arquivos foram ordenados e destruídos. A questão surgiu no mesmo ano na França em relação aos documentos policiais e aos 'arquivos sobre judeus' que haviam sido criados durante a ocupação nazista pelo governo de Vichy. Citando esses incidentes, Michel Duchein[31] reconhece que 'os arquivistas nunca olharam com carinho para a destruição de documentos de qualquer tipo'. No entanto, argumenta ele, 'quando surge a questão de proteger os indivíduos contra qualquer risco de perseguição ou práticas ilegais, é obviamente mais desejável destruir documentos que colocar em risco vidas humanas'. (MacNeil, 1987, p. 144, tradução nossa)

Sob essa perspectiva, vale destacar que MacNeil defende o seguinte posicionamento:

> Em situações de destruição ética,[32] a defesa moral dos arquivos públicos e, consequentemente, qualquer decisão que os arquivistas tomem ou ratifiquem em relação à destruição de documentos não deve basear-se apenas no valor da pesquisa, que sempre foi um instrumento mutável, mas na busca de dois princípios fundamentais. O primeiro princípio é que os arquivistas conservam registros relativos à origem e administração da política pública. O segundo princípio é que os arquivistas preservam registros que protegem os direitos das pessoas. Se quisermos argumentar contra a destruição ética, os fundamentos de tal argumento devem derivar desses princípios. Se não se pode justificar um caso de preservação por esses motivos, as razões humanitárias subjacentes à destruição devem prevalecer. Os arquivistas têm a obrigação de se proteger contra a destruição de documentos contendo informações pessoais apenas por razões de conveniência administrativa. A obrigação de garantir que a destruição de documentos seja de interesse público e não apenas no interesse da eficiência administrativa emerge, conforme Norton[33] sugere, do nosso sistema democrático de governo [...]. Se nós estamos cumprindo nossas obrigações com os documentos e com o público que possui esses documentos, precisaremos desempenhar um papel mais ativo no estabelecimento de políticas que regem a coleta, manutenção e disseminação de informações pessoais detidas em agências governamentais. Precisamos saber como as informações pessoais são coletadas e com que finalidade; e precisamos aumentar nossa compreensão do ambiente em que tais registros são criados. (MacNeil, 1987, p 144-146, tradução nossa)

Diante de tal posicionamento, MacNeil (1987, p. 146) recomenda que, uma vez coletadas informações pessoais, cabe ao arquivista responsável por sua custódia fazer algumas perguntas básicas: Quais detalhes estão disponíveis sobre a existência de documentos contendo informações pessoais? A quem essas informações devem ser disponibilizadas, por exemplo, às agências governamentais, ao público, e para que fins? Que documentos devem ser mantidos e por quanto tempo? Quem vai determinar, e como, as

---

31 DUCHEIN, Michel. *Los obstáculos que se oponen al acceso, de la utilización y a transferência de la información conservada e los archivos*: um estúdio del Ramp. Paris: Unesco, 1983.

32 MacNeil (1987, p. 140) explica que: "Em vários países ocidentais, há uma discussão sobre a conveniência de destruir informações pessoais sensíveis – informações relacionadas principalmente a delitos criminais – para a proteção da integridade individual". Ação esta denominada, por MacNeil, "destruição ética" (*ethical destruction*). MacNeil também explica que: "A questão da destruição ética surgiu em resposta ao temor justificável de que os registros informatizados de dados pessoais possam invadir a integridade do indivíduo".

33 NORTON, Margaret Cross. *Norton on archives*. Carbondale; Edwrdsville: Southern Illinois University Press, 1975. [Ed. Thornton Mitchell].

decisões que devem ser documentadas, divulgadas e contabilizadas? Quem, além do fornecedor da informação e da agência original, pode solicitar o acesso e para que finalidade? Onde estão os documentos a serem mantidos? Em que circunstâncias devem ser mantidos? Que salvaguardas existem para proteger as informações pessoais? Como são avaliadas e por quem?

Além dessas perguntas, a autora recomenda o seguinte:

> Outra maneira de demonstrar nosso cuidado e preocupação com a integridade dos documentos contendo informações pessoais é estabelecer um conjunto de padrões éticos nos quais se baseiem as decisões de acesso. Uma série de padrões éticos foi proposta por Alice Robbin,[34] consagrando o compromisso dos arquivistas com uma série de princípios tradicionais, incluindo: a responsabilidade de proteger a confiança pública sob a qual as informações pessoais foram dadas; a manutenção de um elevado nível de competência profissional em matéria de não divulgação de informações confidenciais; sensibilidade aos códigos sociais e expectativas morais da comunidade pública a que servem; salvaguardar a confidencialidade das informações individualmente identificáveis; estabelecer e divulgar as condições para a proteção dos documentos confidenciais; e estabelecer medidas de segurança adequadas para impedir o acesso a dispositivos de processamento e armazenamento de dados que mantenham informações pessoais. (MacNeil, 1987, p. 146-147, tradução nossa)

MacNeil (1987, p. 148, tradução nossa) salienta, ainda, que a criação de comitês de ética constitui "um método para assegurar que os equilíbrios no acesso e privacidade sejam estabelecidos". No entanto, recomenda que em tais comitês sejam representados todos os interesses das comunidades relevantes, dos arquivistas, produtores dos documentos, públicos e pesquisadores.

> A função de tais comitês seria expor as práticas governamentais de coleta de informações à clara luz do escrutínio público. Esses comitês poderiam desempenhar um papel ativo na programação e disposição de registros contendo informações pessoais e garantir que o acesso está sendo negociado para o bem público e não apenas para o bem da comunidade de pesquisa. (MacNeil, 1987, p. 148, tradução nossa)

Ao finalizar sua abordagem sobre a temática das informações pessoais nos arquivos públicos, Heather MacNeil deixa algumas reflexões importantes aos arquivistas:

> Como 'um guardião firme dos documentos mantidos em confiança', os arquivistas são encarregados da responsabilidade de proteger a integridade dos documentos em benefício do público que os possui. Implícita nessa responsabilidade está a obrigação de respeitar e proteger a integridade dos diversos contratos sociais entre cidadãos e governo que os documentos testemunham, uma obrigação que envolve a proteção da privacidade dos sujeitos do documento. [...]. Virginia Stewart argumentou: 'O arquivista tem a responsabilidade imediata de manter padrões rigorosos na proteção da privacidade pessoal em nome de pessoas que podem ser incapazes de afirmar seus direitos, porque são legalmente incapazes de fazê-lo (crianças, pessoas institucionalizadas) ou porque não sabem que documentos que os envolvem foram transferidos para arquivos'. Em qualquer inquérito social, a privacidade por uma questão de princípio é degradada. *Qual-*

34 ROBIN, Alice. Ethical standards and data archives. In: BORUCH, Robert F. *Secondary analysis*: new directions for program evaluation. San Francisco: Jossey-Bass, 1978, p. 15-17.

> *quer decisão que tomemos para determinar o acesso a documentos contendo informações pessoais deve ser baseada em uma consideração ponderada dos propósitos para os quais os documentos foram criados e em uma clara compreensão das expectativas do indivíduo que forneceu as informações*. O contexto administrativo da cobrança deve exercer um poder decisivo sobre as utilizações subsequentes dessas informações. [...]. A invasão da privacidade prejudica tanto o clima de uma sociedade livre quanto a integridade da profissão que a permite e, por essa razão, o viés arquivístico em questões relativas à privacidade pessoal deve ser a favor do sujeito do documento e não do pesquisador. É lamentável que a posição tomada aqui imponha limites para a investigação histórica. Mas qualquer postura ética impõe limites à liberdade de movimento; isso não significa que a postura seja irracional. É verdade que possuímos uma necessidade coletiva de nos compreendermos a nós mesmos e a nossa sociedade; mas também precisamos ter a certeza de que o contrato social entre cidadãos e governo, incorporado nos documentos governamentais, é respeitado. No interesse de inúmeros bens coletivos, os cidadãos dão ao governo a permissão para conhecê-los de várias maneiras particulares, uma permissão fundamentada na confiança pública. Não avançamos a integridade da profissão de arquivista adotando uma atitude paternalista em relação ao material documental que invade a vida de cidadãos particulares, uma atitude muitas vezes baseada em noções mal definidas sobre o 'bem público'. Qualquer decisão relativa ao acesso aos documentos que contenham informações pessoais deve ser guiada não só pela obrigação de reforçar a investigação, mas também pelas obrigações que nos incumbem como seres morais. (MacNeil, 1987, p. 149-152, tradução nossa, grifo nosso)

É com base nas reflexões decorrentes dos estudos supracitados (Quadro 6) que este trabalho se apresenta. A Lei de Acesso à Informação é uma conquista de valor inestimável para a sociedade brasileira. Porém, todas as precauções precisam ser tomadas em relação aos documentos arquivísticos, para que o acesso à informação seja responsável e de qualidade, atendendo, principalmente, às expectativas da sociedade em relação aos seus direitos, que não se resumem apenas ao de acesso à informação. Transparência não é sinônimo de negligência e imprudência.

Quadro 6 Síntese das questões abordadas pelos arquivistas no cenário internacional

Questões sucitadas pelos arquivistas

- Dificuldades na definição e na interpretação de: vida privada, privacidade, arquivo público, arquivo particular, informação pública, interesse público, direito à informação, direito à vida privada, sensibilidade, confidencialidade, acesso razoável.
- Problemas técnicos, problemas regulamentares e problemas jurídicos.
- Aumento do uso potencialmente invasivo do Estado, de informações pessoais (contrato social do governo com o cidadão).
- Modernas tecnologias que propiciam a invasão da privacidade, facilidade de acesso e agregação e disseminação de informações (cenário digital, web aberta).
- Equilíbrio delicado: conflito legal, ético e moral ► preocupações legais, éticas e morais ► necessidade de ponderações.
- Limitações do ordenamento jurídico (lacunas na interpretação e na aplicação).
- Ausência de legislação específica sobre o assunto.
- Variação na interpretação das normas, critérios e valores estabelecidos.
- Ausência de diretrizes ou princípios claros (fragmentários e inconsistentes).
- Ausência de políticas e critérios arquivísticos.
- Ausência de políticas públicas.
- Uso do ordenamento jurídico para obstrução da justiça.
- Uso e divulgação das informações coletadas além do propósito primário ou original (uso para fins secundários – deslocamento de contexto de coleta, uso e divulgação).
- Remoção, omissão, bloqueio, destruição/eliminação de informações pessoais (destruição ética).
- Arquivistas estão sendo mediadores de situações “cinzentas”.
- Privacidade em público = ponto cego teórico.
- Conflito com a liberdade científica/acadêmica (uso de informações pessoais nas pesquisas).
- Acesso para o bem público versus para o bem da comunidade de pesquisa
- Restrição de acesso por um período específico (prazo razoável?).
- Criação de comitês de ética.

Observações

Verifica-se uma concentração nos termos vida privada, privacidade e informação pessoal.
Verifica-se a ausência dos termos intimidade, honra e imagem.

Fonte: elaborado pelo autor.

Dito isso, é importante apresentar alguns aspectos sobre a aplicação da lei federal n. 12.527/2011 (LAI) no Brasil (Brasil, Presidência da República, 2011). Para tanto, optou-se por considerar como campo de amostragem os dados relativos à aplicação da LAI no âmbito do Poder Executivo federal.

Os problemas do acesso a dados pessoais por meio da Lei de Acesso à Informação: análise dos dados disponibilizados no e-SIC

A Lei de Acesso à Informação (LAI) foi sacionada em 18 de novembro de 2011 e entrou em vigor 180 dias após essa data, em 16 de maio de 2012 (Brasil, Presidência da República, 2011). Ela regulamenta os incisos X e XXXIII do art. 5º, o inciso II do § 3º do art. 37 e do § 2º do art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, Constituição, 1988). Esse texto normativo expressa conceitos, princípios, dispositivos e orientações gerais que norteiam a aplicação e garantia do direito fundamental de acesso à informação.

É preciso destacar as inovações presentes no escopo da LAI em relação à transparência ativa, uma vez que se trata de uma das primeiras leis de acesso no mundo que prevê um conjunto mínimo de elementos (informações, ferramentas de pesquisa e publicações de dados em formato aberto, mecanismos de acessibilidade) que devem ser obrigatoriamente disponibilizados na internet pelos órgãos e entidades dos poderes públicos e suas esferas de governo. A norma também prevê dispositivos pertinentes à transparência passiva, tendo em vista a definição de obrigações e procedimentos que possibilitam a solicitação/requerimento de informações específicas, que eventualmente não são divulgadas proativamente pelos órgãos e entidades dos poderes públicos e suas respectivas esferas de governo, por qualquer cidadão, sem que haja a necessidade deste último justificar o pedido.

Além disso, entre as disposições da LAI, encontram-se prazos máximos de atendimento, mecanismos de recursos diante da negativa de acesso e criação dos Serviços de Informação aos Cidadãos (SIC). A lei também reconhece a necessidade de preservar a divulgação de certas informações, em função de riscos à segurança do próprio Estado e da sociedade. Nesse caso, estabelece que tais informações devem ter acesso restrito e precisam ser protegidas quanto à integridade e quanto a vazamentos, assim como em relação a acessos indevidos (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 9).

Os dispositivos da LAI são aplicáveis de imediato a todos os órgãos e entidades a ela submetidos, ou seja, todos os poderes e entes federativos. Alguns de seus dispositivos regulamentam especificamente obrigações e

procedimentos que devem ser adotados no âmbito do Poder Executivo federal. Em contrapartida, não exime os demais poderes do Estado e entes federativos das suas regulamentações específicas, determinando que estes, mediante suas autonomias constitucionais, adotem as providências necessárias à expedição de suas próprias normas, observando as orientações e regras gerais que a LAI estabelece (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 10).

Inicialmente, a aplicação da LAI, no âmbito do Poder Executivo federal, se deu por intermédio das seguintes ações:

a. pesquisa-diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo federal brasileiro;[35]

b. capacitação e conscientização de servidores públicos federais para a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação;[36]

35 No *1º Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011- 2012 (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 12-13), consta que: "O estudo avaliou a percepção de cerca de 1.000 servidores públicos sobre o tema e os desafios a serem enfrentados para a efetivação da lei. Coordenada pelo prof. dr. Roberto DaMatta, a pesquisa demonstrou de forma geral que, naquele momento, os servidores públicos eram favoráveis à garantia do direito de acesso a informações públicas. No entanto, demonstravam preocupação excessiva com o uso da informação pela sociedade e tinham a percepção de que o serviço público como um todo e suas organizações não estavam preparados para implementar a LAI. As respostas emitidas pelos servidores participantes da pesquisa possibilitaram identificar os valores culturais que influenciavam instituições a manter uma cultura de segredo, e, por outro lado, os fatores que favoreceriam a transição para uma cultura de transparência. O estudo permitiu apontar, também, as mudanças de natureza organizacional e operacional necessárias à eficaz, efetiva e eficiente implementação da Lei de Acesso à Informação no Brasil. Como principais conclusões, a pesquisa demonstrou que o sucesso na transição da cultura do segredo para uma cultura de transparência dependeria crucialmente de lideranças estratégicas, que ficariam encarregadas de cuidar da institucionalização da LAI. Em paralelo, evidenciou também que as estratégias de implementação da lei deveriam focar o fortalecimento dos valores democráticos e a consolidação de uma cultura de abertura e confiança".

36 No *1º Relatório sobre a implementação da Lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011-2012 (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 18-19), consta que: "O treinamento dos servidores públicos federais teve como objetivo preparar os órgãos e entidades para cumprir os procedimentos da lei no dia seguinte a sua entrada em vigor. Visava-se, portanto, a garantir que os primeiros pedidos dos cidadãos fossem bem recebidos e que a LAI fosse uma lei apoiada e reconhecida pela sociedade. Desse modo, a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas da Controladoria-Geral da União desenvolveu ações de capacitação concentradas em duas frentes de atuação, uma capacitação presencial voltada para todos os servidores incumbidos de atuar diretamente no SIC e autoridades de monitoramento dos órgãos e entidades, e um curso virtual destinado a todos os servidores públicos, independente da área de atuação, para conhecimento sobre os princípios do direito de acesso à informação e a Lei de Acesso à Informação brasileira. [...]. Além dos treinamentos acima mencionados, logo após a publicação da lei n. 12.527/2011, a Controladoria-Geral da União lançou uma cartilha de orientação denominada "Acesso à Informação Pública: uma introdução à lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011", que apresenta uma visão geral sobre o direito de acesso à informação e sobre a lei brasileira de acesso à informação. A cartilha teve um papel importante para disseminação da lei e tem se tornado uma ferramenta útil de trabalho aos agentes públicos envolvidos no processo de atendimento às demandas da sociedade, sendo utilizada também pelos demais órgãos e entidades em suas capacitações específicas sobre o tema".

c. edição do decreto federal n. 7.724, de 16 de maio de 2012, definindo os procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos e entidades para garantir o efetivo acesso às informações públicas pela sociedade.

d. elaboração de um plano de ação único que foi adotado pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, a fim de garantir que, a partir da entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, todos tivessem condições de atender aos pedidos dos cidadãos;[37]

e. desenvolvimento do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC);[38] e

f. criação da Rede de Acesso à Informação nos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.[39]

---

37 No *1º Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011-2012 (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 13), consta que: "Desde o princípio, a Casa Civil da Presidência da República assumiu o papel de coordenação de todas as ações relativas à implementação da Lei de Acesso à Informação, em parceria com a Controladoria-Geral da União, que foi responsável pelo monitoramento e apoio direto aos órgãos e entidades. O comando central, a todo momento, foi para que se fizessem todos os esforços necessários para cumprir as etapas do cronograma de implementação, superando eventuais resistências ou dificuldades operacionais. Em virtude da importância e da prioridade do assunto, o processo se iniciou com a realização de reuniões com os secretários-executivos de todos os ministérios, que foram envolvidos desde o início e sensibilizados sobre a importância da Lei de Acesso à Informação, seus principais dispositivos e sobre os prazos e esforços necessários para sua implementação em tempo hábil. Foi solicitado que cada secretário-executivo indicasse um interlocutor que pudesse participar ativamente do processo de implementação da LAI, com a devida autoridade e capacidade de conduzir os trabalhos dentro do órgão".

38 No *1º Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011-2012 (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 17), consta que: "Para facilitar e desburocratizar o envio das solicitações e das respostas no âmbito da Lei de Acesso à Informação, havia a necessidade de se desenvolver um sistema único, disponível na web e de fácil acesso ao cidadão. Assim, a Controladoria-Geral da União desenvolveu o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), que funciona como porta de entrada única, no âmbito do Poder Executivo federal, para os pedidos de informação. [...]. O e-SIC permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação para órgãos e entidades do Poder Executivo federal, de qualquer lugar onde possa acessar a internet. Por meio do sistema, além de fazer o pedido, o solicitante pode acompanhar o prazo de atendimento pelo número de protocolo gerado e receber a resposta da solicitação por e-mail; entrar com recursos, apresentar reclamações e consultar as respostas recebidas. O e-SIC também possibilita aos órgãos e entidades e à CGU acompanhar a implementação da lei e produzir estatísticas sobre o seu cumprimento, com a extração de relatórios com dados referentes a todas as solicitações de acesso à informação e seus respectivos encaminhamentos".

39 No *1º Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011-2012 (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 20), consta que: "com o intuito de garantir a implementação na fase inicial e a futura operacionalização da lei após sua entrada em vigor, foi fundamental estabelecer uma rede de responsáveis pelo acesso à informação em cada órgão e entidade, com papéis definidos e integrados. O contato da CGU com esses responsáveis, que são as autoridades de monitoramento dos órgãos e entidades, os gestores do e-SIC, interlocutores indicados e as ouvidorias, permite que o monitoramento preventivo e também a análise de recursos em terceira instância sejam exercidos com maior efetividade".

Em relação ao plano de ação único do governo federal, cujo objetivo era garantir a implementação da LAI no prazo disponível, os esforços iniciais residiram no cumprimento do cronograma de providências consideradas imediatas (Controladoria-Geral da União, 2013, p. 13). Este cronograma foi estruturado em quatro grupos de providências, a saber:

Quadro 7 Providências consideradas imediatas pela CGU

Providência	Descrição	Objetivo	Observações
Providência n. 1 – Transparência ativa	Criação de uma seção específica denominada "Acesso à Informação", nos sites dos órgãos/entidades, para divulgação das informações de interesse geral que, pela Lei de Acesso à Informação, são de publicação obrigatória pelos órgãos e entidades.	Facilitar o acesso da sociedade a essas informações, mediante o uso de um banner padrão, nomenclatura padronizada e conteúdo específico.	A CGU disponibilizou um Guia que orientou a criação da seção, com detalhamento da estrutura, nomenclaturas e conteúdos a serem ofertados em cada item.
Providência n. 2 – Transparência passiva	Implantação do Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), pelo menos na sede dos órgãos e entidades, em local de fácil acesso e devidamente identificado, com telefones e e-mails exclusivos, bem como servidores treinados para o atendimento aos cidadãos e encaminhamento dos requerimentos.	Facilitar o acesso aos órgãos e entidades, criando um referencial único para ser o ponto de contato da instituição com o cidadão, para fins de atendimento das solicitações de acesso à informação abrangidas pela LAI, com o mesmo padrão visual adotado para a seção "Acesso à Informação" na internet.	Além de providenciar a estrutura física do SIC, os responsáveis pela implementação trabalharam na elaboração de um fluxo interno específico para tramitação dos pedidos de acesso à informação dentro de seus respectivos órgãos e entidades, com vistas a assegurar o cumprimento do prazo máximo de resposta estabelecido na lei e até mesmo a qualidade da resposta a ser enviada ao cidadão.
Providência n. 3 – Monitoramento	Constituição de grupo de trabalho e designação da autoridade responsável pelo monitoramento do cumprimento da lei no órgão ou entidade, ambas por meio de portaria publicada no DOU.	Garantir o cumprimento do cronograma de providências imediatas, por meio de um grupo de trabalho multissetorial, capaz de planejar, coordenar e executar as ações necessárias à implementação da LAI no órgão ou entidade, e propiciar o envolvimento imediato da autoridade de monitoramento, prevista no art. 40 da LAI, para atuação não somente no período de implementação, mas principalmente após a sua vigência efetiva.	

Providência	Descrição	Objetivo	Observações
Providência n. 4 – Gestão da informação	Levantamento, avaliação e organização das informações produzidas ou detidas pelos órgãos e entidades que seriam de maior interesse da sociedade, por meio da avaliação das questões encaminhadas pelos canais existentes (ouvidoria, fale conosco e outros canais de atendimento).	Facilitar o atendimento imediato aos requerimentos de acesso, em virtude do mapeamento prévio de possíveis demandas, assim como orientar uma eventual possibilidade de publicação proativa dessas informações por parte da instituição. Além disso, os órgãos e entidades deveriam buscar estabelecer algumas regras e procedimentos para revisão e classificação das informações sigilosas, segundo os novos preceitos da LAI.	Essa ação teve início no período de implementação, mas, conforme a própria Lei estabelece, os órgãos e entidades tiveram o prazo de até dois anos a partir da sua entrada em vigor para concluir a revisão das informações secretas e ultrassecretas, ou seja, até maio/2014.

Fonte: elaborado pelo autor com base em Controladoria-Geral da União (2013, p. 14-16).

Conforme estabelecido no art. 7º da LAI, o direito de acesso à informação a que se refere a norma compreende o direito de obter:

> I – orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II – *informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos*; III – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV – informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII – informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. (Brasil, Presidência da República, 2011, grifo nosso)

Como se percebe, a lei faz referência direta aos documentos arquivísticos no inciso II, porém, destaca-se que as informações citadas nos incisos posteriores (III a VII), obviamente, também podem estar/ser registradas em documentos arquivísticos.

Análise dos dados do e-SIC

Também se configurou como objetivo específico da pesquisa analisar os pedidos de informações junto ao Poder Executivo federal com negativa de acesso por conterem "dados pessoais" e cujos dados e seus respectivos relatórios estatíticos estão disponíveis no e-SIC da CGU.[40] Os cruzamentos

40 Com o objetivo de garantir que os órgãos e entidades sigam as regras, prazos e orientações fixados pela LAI, a Controladoria-Geral da União (CGU) desenvolveu o Sistema

e análises completas a respeito dessa etapa encontram-se disponíveis no texto original da tese de doutorado.[41] Apresenta-se a seguir uma síntese deles:

Em 12 de maio de 2016, foram baixados do e-SIC os dados e relatórios estatísticos relativos ao período compreendido entre 15 de maio de 2012 (data em que a LAI entrou em vigor) e a data acima indicada (data de extinção da CGU).[42] Os dados desses relatórios foram baixados em formato CSV e transferidos para uma base elaborada para a pesquisa, em formato Access. Após o cruzamento dos dados, foi possível verificar algumas das situações que se apresentam a seguir.

No período em questão, foram realizados 377.457 pedidos de acesso à informação, dos quais 371.315 (98,37%) tinham sido respondidos e 6.142 (1,63%) encontravam-se em tramitação. Dos pedidos que tinham sido respondidos, 34.541 (9,15%) tiveram o acesso negado e 15.554 (4,12%) o acesso parcialmente concedido, representando essas duas categorias 13,27% do total de pedidos de acesso apresentados via e-SIC. Dos 34.541 pedidos de informação que tiveram o acesso negado, 11.784 (34,12%) apresentaram como motivo se tratarem de "dados pessoais". Em relação aos 15.554 pedidos que tiveram o acesso parcialmente concedido, em 4.802 (30,87%) o motivo foi "parte da informação contém dados pessoais".

Desses 16.586 pedidos negados ou concedidos parcialmente por se referirem a "dados pessoais", 15.733 (94,86%) foram solicitados por pessoas físicas e 853 (5,14%) por pessoas jurídicas.

Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). O sistema está disponível na internet e centraliza todos os pedidos e recursos dirigidos pelos cidadãos ao Poder Executivo federal, suas entidades vinculadas e empresas estatais. O e-SIC também permite que o cidadão acompanhe os trâmites e prazos dos seus pedidos de acesso à informação, interponham recursos e acompanhe o andamento destes, apresentem reclamações por omissão de resposta e consultem as respostas relativas aos pedidos, recursos e reclamações efetuados (Controladoria-Geral da União, 2014b, p. 3-4). Em cumprimento ao inciso III do art. 30 da LAI, na seção "Relatórios estatísticos", é possível acessar e baixar relatórios estatísticos contendo, em tabelas e gráficos, dados a respeito dos pedidos e recursos realizados desde o início da vigência da lei e informações gerais sobre os solicitantes. Além disso, na seção "Download de dados", é permitido fazer o download dos dados disponíveis no sistema, em formato aberto (CSV e XML), de modo que seja possível fazer cruzamentos, análises, pesquisas e estudos.

41 SILVA, Welder Antônio. *Exceções legais ao direito de acesso à informação*: dimensões contextuais das categorias de informação pessoal nos documentos arquivísticos. 2017. 541 p. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Ciência da Informação. Orientador: Renato Pinto Venâncio. Disponível em: http://hdl.handle.net/1843/BUOS-AUXHYT. Acesso em: 2 jan. 2020.

42 Em 12 de maio de 2017, início do governo do presidente Michel Temer, houve uma reestruturação administrativa. Na ocasião, a Controladoria-Geral da União (CGU) tornou-se oficialmente o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), por meio da medida provisória n. 726 (Brasil. Presidência da República, 2016), editada pelo presidente da República, à época, em exercício, Michel Temer (em função do afastamento da presidente Dilma Rousseff). Tendo em vista as mudanças, tanto da autoridade máxima do Poder Executivo, quanto no âmbito da extinta CGU, optou-se por considerar os dados relativos ao governo da presidente Dilma Rousseff. Partiu-se do pressuposto de que tais mudanças compreendem conjunturas e contextos que demarcam o início de um novo ciclo de aplicação da LAI.

A respeito da escolaridade das pessoas físicas que tiveram os pedidos negados ou concedidos parcialmente por conterem dados pessoais, tem-se o seguinte: somando-se as quantidades de pessoas físicas que declaram possuir ensino superior completo, pós-graduação e mestrado/doutorado, tem-se o total de 8.255 (52,46%), o que significa mais da metade. Considerando que a maioria dos solicitantes tem nível de escolaridade superior, pressupõe-se que esse grupo possui capacidade de análise, de interpretação e de reflexão mais apuradas e teria menos dificuldade em relação à aplicação do texto legal da Lei de Acesso à Informação e seus direitos. Porém, os dados sugerem que, salvo a hipótese de outras razões que não há lugar para citação aqui,[43] existe a possibilidade de o cidadão não compreender, com propriedade, o conceito de informação pessoal e, consequentemente, os conceitos de intimidade, vida privada, honra e imagem.

Julgou-se importante verificar se os solicitantes ficaram satisfeitos com a resposta inicial ou se apresentaram recursos e/ou reclamações conforme previsto na Lei de Acesso à Informação. Após cruzamento dos dados colhidos no e-SIC, referentes ao período em questão, foi possível observar que dos 16.586 pedidos de acesso negados ou parcialmente concedidos, por se referirem a "dados pessoais", 892 tiveram recursos apresentados pelos solicitantes na 1ª instância; 288 na 2ª instância; 150 na 3ª instância – Controladoria-Geral da União (CGU); 38 na 4ª instância – Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI); e foram apresentadas nove reclamações. Sobre as razões que motivaram a apresentação de tais recursos e reclamações, chamou a atenção o número daqueles motivados por "justificativa para o sigilo insatisfatória/não informada" (436 – 31,16%), haja vista que, nessa situação, deveria ter sido explicado com clareza e consistência que as informações se referiam à honra, intimidade, vida privada e/ou imagem de determinadas pessoas. O mesmo deveria ter ocorrido em relação aos pedidos cujos recursos e reclamações foram motivados por "ausência de justificativa legal para a classificação" (153 – 12,00%) e "grau de sigilo não informado" (12 – 0,83%). Ressalta-se que os três motivos elencados somam 43,99% dos recursos, valor próximo da metade.

Sobre as repostas recebidas pelos demandantes nas instâncias recursais, chama a atenção o seguinte: à primeira vista (sem uma análise pormenorizada dos dados demandados), tem-se situações em que os pedidos solicitados não se referiam a dados pessoais, ou seja, existe a possibilidade de equívocos do órgão/servidor que recebeu a solicitação, da autoridade hierárquica, da autoridade máxima e inclusive da CGU. Há, também, situações com possível equívoco do demandante ao solicitar informação a que não tem direito, por se tratar de informação que viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e por continuar insistindo em momentos posteriores. Nesse

43 Por exemplo, o desrespeito proposital aos dispositivos legais.

sentido, pode-se inferir que existem dificuldades de interpretação em relação à definição e identificação de informações pessoais de ambos os lados, tanto por parte do demandante, quanto por parte do demandado, salvo a hipótese de outras razões que não há lugar para citação aqui.

Ressalta-se que, também no caso dos recursos indeferidos e parcialmente deferidos relativos a pedidos cujo acesso foi negado ou parcialmente concedido por se referirem a "dados pessoais", a maioria dos demandantes tem nível de escolaridade superior. Pressupõe-se, assim, que a maior parte dos solicitantes possui capacidade de análise, de interpretação e de reflexão mais apuradas e teria menos dificuldade em relação à aplicação do texto legal da Lei de Acesso à Informação e de seus direitos. Porém, mais uma vez, os dados sugerem que, salvo a hipótese de outras razões que não há lugar para citação aqui, existe a possibilidade de o cidadão não compreender, com propriedade, o conceito de informação pessoal e, consequentemente, os conceitos de intimidade, vida privada, honra e imagem.

Diante dos cruzamentos e análises dos dados baixados no e-SIC e apresentados nesta seção a respeito dos pedidos de acesso à informação que foram negados e parcialmente concedidos, no âmbito do Poder Executivo federal brasileiro, por se referirem a "dados pessoais", no período compreendido entre 15 de maio de 2012 e 12 de maio de 2016, é possível inferir as seguintes possibilidades: 1) irregularidades e/ou uma dificuldade por parte dos servidores, órgãos e entidades do Poder Executivo federal no quesito definição de informações pessoais; e 2) dificuldade por parte do cidadão no entendimento do seu direito de acesso à informação, tendo em vista alguns pedidos de informação apresentados.

Mediante tais possibilidades, entendeu-se que era preciso explorar e sistematizar a base teórica que aborda os conceitos de intimidade, vida privada, honra e imagem e a aplicação e reflexão desses conceitos, articulando os aspectos que os fundamentam. Tal esforço era necessário à apresentação de *um quadro de referência capaz de evidenciar os requisitos que caracterizam as informações pessoais*, ou seja, aquelas que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *de modo a possibilitar a promoção do acesso pleno aos documentos arquivísticos públicos, com respeito às exceções legais ao direito de acesso à informação*.

Sob essa perspectiva, nos capítulos que se seguem, buscou-se efetuar o exercício de exploração e análise da teoria (resgate teórico), mediante dois percursos: o primeiro no âmbito do direito e o segundo no âmbito da arquivologia.

No direito, inicialmente, buscou-se explorar a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais e, em seguida, identificar e sintetizar os traços característicos e distintivos, além dos aspectos convergentes, dos direitos fundamentais que tutelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, com vistas à compreensão de cada um dos conceitos e sua aplicabilidade no caso concreto.

Na arquivologia, motivado pelos estudos dos arquivistas apresentados anteriormente a respeito da informação pessoal nos arquivos e documentos arquivísticos, procurou-se destacar as características próprias dos documentos arquivísticos e a visão contemporânea e ampliada do princípio da proveniência, além do conceito de contexto arquivístico.

Partiu-se do pressuposto de que esses dois percursos de exploração e análise da teoria são capazes de evidenciar requisitos que contribuem na identificação, por parte do cidadão e dos servidores, órgãos e entidades do poder público (entre eles arquivistas, serviços arquivísticos e instituições arquivísticas), dos documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O significado da expressão "ter um direito" e a prevalência dos direitos

Ao discorrer sobre o que significa "ter um direito", Vieira (2006, p. 20) explica que "temos direitos a coisas distintas", como, por exemplo, à educação, à saúde, à propriedade e à liberdade de expressão. Todavia, para cada um desses direitos que temos, também "existirão distintas formas de deveres". Isso pode ser percebido nos casos dos direitos a serviços públicos, que implicam deveres do Estado de proporcionar e universalizar esses serviços. Assim, o autor declara que "é muito difícil falar em um direito sem imediatamente pensar em uma ou várias obrigações". Destaca, ainda, que:

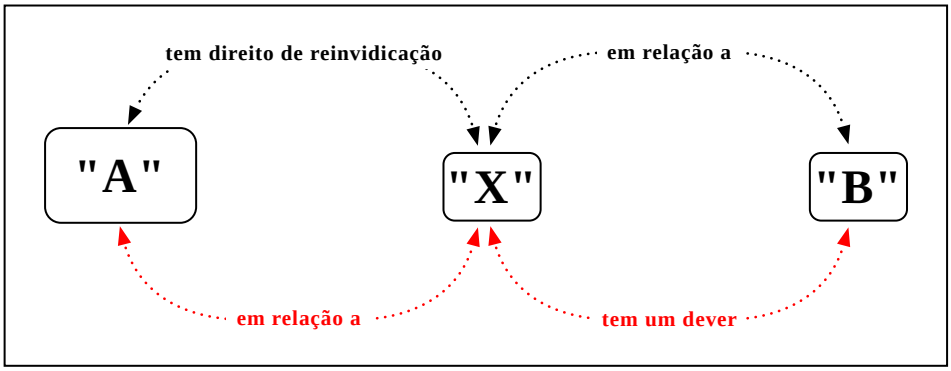
> para cada um desses direitos há distintas pessoas ou instituições que estarão obrigadas a respeitá-los ou garanti-los. Há direitos que obrigam apenas uma pessoa [...]. Outros obrigam o Estado [...]. Há direitos que, por sua vez, criam obrigações universais, ou seja, que obrigam todas as pessoas e instituições. (Vieira, 2006, p. 20)

Mediante tais circunstâncias, Vieira (2006, p. 20) afirma que aqueles que pretendem compreender os direitos, em especial, os relativos à pessoa humana, necessitam "analisar as diversas formas como esse termo é comumente empregado por advogados e juízes". Assim, seguindo os preceitos formulados por Hohfeld,[44] Vieira (2006, p. 20) descreve que o termo em questão "tende a ser empregado ora como uma reivindicação legal, outras vezes como poder, imunidade ou liberdade". Refazendo os argumentos dessa formulação clássica de Hohfeld, o autor destaca as quatro relações entre direitos e deveres mais comumente encontradas no cotidiano dos tribunais, a saber:

> 1 – "'A' tem um direito-reivindicação a 'X', em relação a 'B', se, e somente se, 'B' tem um dever 'X' em relação a 'A'" (Vieira, 2006, p. 20) – Figura 1.

44 HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal concepts*. New Haven: Yale University Press, 1919. Disponível em: https://archive.org/stream/fundamentallegal00hohfuoft#page/n3/mode/2up. Acesso em: 2 abr. 2016.

Figura 1 Primeira relação entre direito e dever

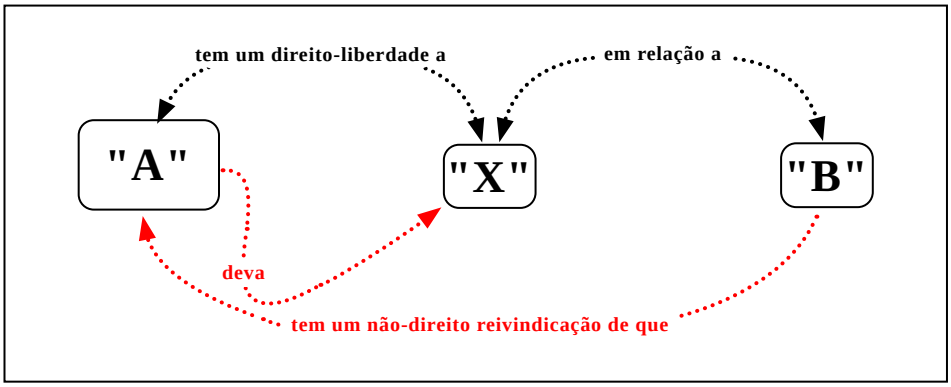


Fonte: elaborado pelo autor com base em Vieira (2006, p. 20).

Essa primeira relação também pode ser ilustrada da seguinte maneira:[45] um cidadão (A) tem, em face do Estado (B), um direito a que este não viole a sua intimidade; e o Estado (B) tem o dever de garantir a proteção da intimidade do cidadão (A).

2 – "'A' tem um direito-liberdade a 'X', em relação a 'B', se, e somente se, 'B' tem um não direito-reivindicação de que 'A' deva 'X'" (Vieira, 2006, p. 20) – Figura 2.

Figura 2 Segunda relação entre direito e dever



Fonte elaborado pelo autor com base em Vieira (2006, p. 20).

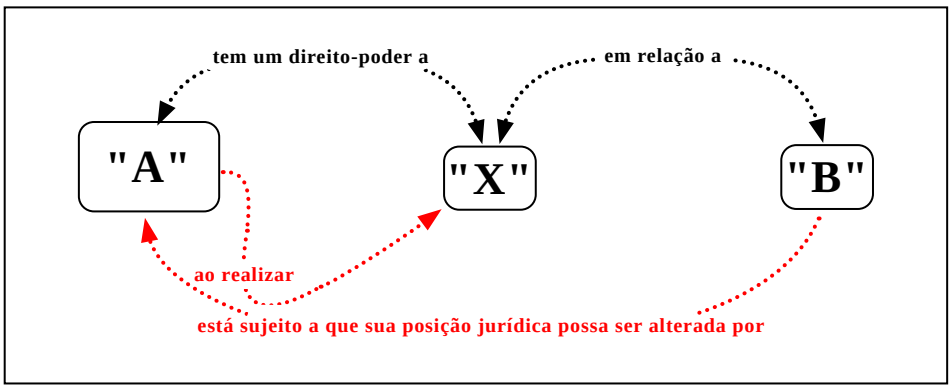
Essa segunda relação também pode ser ilustrada por intermédio deste exemplo:[46] um cidadão (A) tem, em face do Estado (B), a liberdade para solicitar acesso às informações públicas; e o Estado (B) não tem o direito de reivindicar que o cidadão (A) solicite tais informações.

45 Guardadas as devidas circunstâncias que serão abordadas e desenvolvidas ao longo deste livro.

46 Cabe aqui a ressalva feita na nota anterior.

3 – "'A' tem um direito-poder a 'X', em relação a 'B', se, e somente se, 'B' está sujeito a que sua posição jurídica possa ser alterada por 'A', ao realizar 'X'" (Vieira, 2006, p. 21) – Figura 3.

Figura 3 Terceira relação entre direito e dever

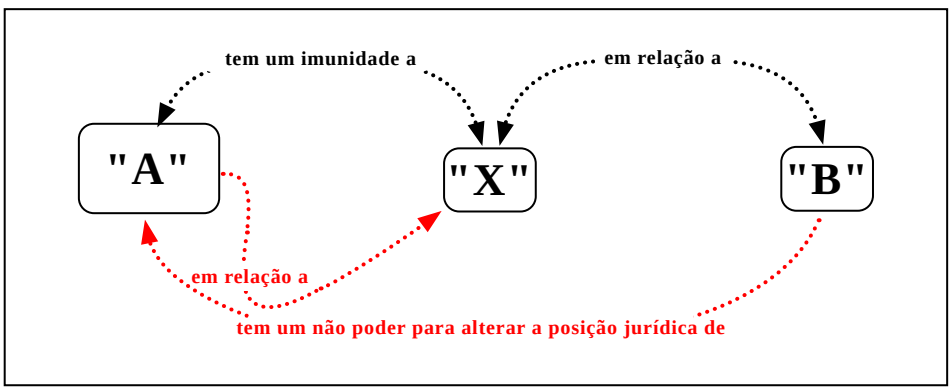


Fonte: elaborado pelo autor com base em Vieira (2006, p. 21).

Essa terceira relação também pode ser ilustrada assim:[47] o Estado (A) tem, em face de um cidadão (B), o poder de não permitir que ele tenha acesso a determinada informação pública; e esse cidadão (B) está sujeito a que a sua condição (posição jurídica) de portador/titular do direito de acesso à informação seja alterada pelo Estado (A).

4 – "'A' tem uma imunidade a 'X', em relação a 'B', se, e somente se, 'B' tem um não poder (uma incompetência) para alterar a posição jurídica de 'A' em relação a 'X'" (Vieira, 2006, p. 21) – Figura 4.

Figura 4 Quarta relação entre direito e dever



Fonte: elaborado pelo autor com base em Vieira (2006, p. 21).

47 Guardadas as devidas circunstâncias que serão abordadas e desenvolvidas ao longo deste trabalho.

Essa quarta relação também pode ser ilustrada por meio do seguinte exemplo:[48] um cidadão (A), em face do Estado (B), está isento[49] de justificar um pedido de acesso à informação pública; e o Estado (B) não tem poder para alterar a posição do cidadão (A) de portador/titular do direito de isenção de justificativa para um pedido de acesso à informação pública.

Seguindo as relações citadas, Vieira (2006, p. 21) afirma que "os direitos organizar-se-iam, assim, pela relação de três elementos básicos: o sujeito ou titular do direito; o interesse ou valor protegido; e o responsável ou titular da obrigação". Esclarece, ainda, que a expressão "direitos", em quase todas as línguas modernas, como as línguas inglesa, francesa e alemã, indica que "determinados interesses e valores devem ser protegidos por intermédio de uma ação ou omissão dos demais membros da comunidade, ou mesmo do Estado".

Diante do exposto e com base no ordenamento jurídico brasileiro, parte-se do pressuposto segundo o qual o direito de acesso à informação, assim como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, compreendem os elementos básicos dispostos a seguir (Quadro 8):

Quadro 8 Elementos básicos dos direitos de acesso à informação, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem

Direitos	Sujeitos ou titulares dos direitos	Interesses ou valores protegidos	Responsáveis ou titulares das obrigações
Direito de acesso à informação	Todo e qualquer cidadão no território brasileiro	Receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, de interesse coletivo ou geral.	1 – Estado 2 – Todo e qualquer cidadão no território brasileiro
Direito à intimidade		Que os traços, qualidades e propriedades da sua intimidade não sejam afetados, que a condição/modo de intimidade em que se encontra (situação/posição) não seja afetada.	
Direito à vida privada		Que os traços, qualidades e propriedades da sua privacidade não sejam afetados, que a condição/modo de privacidade (situação/posição) em que se encontra não seja afetada.	
Direito à honra		Que os traços, qualidades e propriedades da sua honra não sejam afetados, que a reputação perante a sociedade em que se encontra (situação/posição) não seja afetada.	
Direito à imagem		Que os traços, qualidades e propriedades da sua imagem não sejam afetados, que a condição/modo como é representado para a sociedade (situação/posição) não seja afetada.	

Fonte: elaborado pelo autor.

Em se tratando da relação entre os direitos e deveres (obrigações), Vieira (2006, p. 24) explica que os últimos não decorrem diretamente da existência dos primeiros; na verdade "os direitos criam razões para que

48 Guardadas as devidas circunstâncias que serão abordadas e desenvolvidas ao longo deste trabalho.

49 No exemplo, a isenção é considerada como uma imunidade, ao se considerar este último conceito como conjunto de privilégios, vantagens ou isenções de ônus ou encargos, concedidos a certas pessoas.

obrigações sejam impostas a terceiros", ou seja, "os direitos não geram obrigações diretas para as outras pessoas, mas razões para que as pessoas se encontrem obrigadas". Comenta, ainda, que tais direitos precedem os deveres, uma vez que estes últimos "são razões pelas quais outras pessoas se tornam sujeitos de obrigações".

Dando prosseguimento nas suas explicitações a respeito do significado da expressão "ter um direito", Vieira (2006, p. 23-24) menciona que os direitos servem para que as pessoas estabeleçam prioridades entre seus interesses, recursos, oportunidades ou liberdades. Nesse sentido, quando os interesses são protegidos como direitos devem ter prevalência sobre os que não receberam tal proteção. Todavia, alerta que essa prevalência não é absoluta, podendo ser objeto de ponderação.

> um direito *não se confunde com uma presunção absoluta, ou com a ideia de uma esfera intransponível e incompatível com o interesse da coletividade e, mesmo, com liberdades e direitos alheios*, pois, antes de se realizar no mundo prático*, os direitos terão que ser ponderados em face de interesses e valores da sociedade, muitos deles também protegidos como direitos*. Somente *a partir de uma ponderação num caso concreto é que poderemos vislumbrar com segurança a dimensão de um direito*. Antes disso ele é apenas uma razão *a priori*, ou seja, uma sinalização de que o valor ou interesse deverá ter um peso maior quando em confronto com outros valores e interesses não protegidos por direitos. *Este peso maior, porém, pode ser relativizado, especialmente quando o confronto se dá entre diversos valores e interesses, todos protegidos por direitos*. (Vieira, 2006, p. 24, grifo nosso)

De acordo com a concepção de Vieira (2006), é possível estabelecer como segundo pressuposto que o direito de acesso à informação não é uma presunção absoluta, sendo portanto, objeto de ponderação nos casos concretos, para que se vislumbre com segurança sua dimensão. Tal ponderação fundamenta a aplicação das exceções ao direito de acesso à informação, principalmente nos casos em que este colide com outros direitos também protegidos, como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Vale destacar que o pressuposto também se aplica aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, ou seja, 1) não são presunções absolutas e 2) seus pesos também devem ser relativizados quando confrontados com outros direitos protegidos.

Além disso, Vieira (2006, p. 26) considera que o papel dos direitos, confrontando as ideias dos kantianos e dos utilitaristas, é "assegurar esferas de autonomia ou dignidade", na concepção dos primeiros, ou de interesses, na concepção dos segundos, de modo "que permitam aos seres humanos se relacionar e conviver sem que essa liberdade ou que esses interesses se encontrem constantemente ameaçados pelas liberdades e interesses dos demais".

O citado autor (2006, p. 26) comenta que, quando são associados ao termo "direitos" os vocábulos "humanos", "fundamentais" e "da pessoa humana", que é o caso dos direitos à informação, à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, torna-se mais categórica a presunção de superioridade destes em relação aos direitos em geral. Tal fenômeno se dá, tendo em

vista que os primeiros, os direitos da pessoa humana, têm como finalidade "a proteção de valores e interesses que são indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas". Isso agrega a tais direitos uma valoração moral, na qual são considerados como "veículos aos princípios de justiça em uma determinada sociedade". Na concepção desse autor (2016, p. 26-27), tratam-se de "razões peremptórias" cujos fundamentos éticos compreendem reivindicações de proteção e/ou garantia de valores, interesses e necessidades que são considerados essenciais à realização da dignidade. Dessa forma, tais valores, interesses e necessidades são tão relevantes que se sobrepõem a outros.

Enfim, ao discutir os fundamentos morais dos direitos da pessoa humana ("humanos" e "fundamentais"), contrapondo e correlacionando as ideias de Kant, Michelangelo, Maquiavel, Hobbes, Locke, Rosseau, Jefferson e Habermas, assim como os ideais do Renascimento e das Revoluções Francesa e Americana e das Declarações e Constituições que delas derivaram, Vieira (2006, p. 32) declara que Estado e direitos compreendem "obras humanas que têm por única finalidade a preservação da esfera da dignidade das pessoas". Citando Habermas (1996, p. 119), o autor defende que os "direitos básicos" são "uma consequência da decisão recíproca dos cidadãos iguais e livres de 'legitimamente regular suas vidas em comum por intermédio do direito positivo'". Compreendem, portanto, "tentativas de dar concretude aos ideais de autonomia; do livre estabelecimento das leis sob as quais a comunidade pretende viver". No entanto, aponta que essa visão é criticada por alguns autores.

A aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais

Tendo em vista os objetivos específicos da pesquisa que se apresenta, este capítulo tem por finalidade demonstrar e explorar a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se como parâmetro teórico, a obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de autoria do jurista alemão Robert Alexy (2011), um clássico no estudo dos direitos fundamentais e referência de vários doutrinadores e juristas brasileiros, sem deixar de considerar abordagens e acréscimos de outros autores. Nesse caso, é importante ressaltar que Alexy (2011) apresenta uma teoria geral e jurídica a respeito dos direitos fundamentais que, segundo Carvalho (2009, p. 37), "apesar de ser uma teoria tedesca, pode ser aplicada aqui no nosso país, até porque não podemos jamais dizer que é uma teoria particular ou regional".

Direitos fundamentais: dimensões, vantagens, funções e perspectivas

Vieira (2006, p. 36) explica que a expressão "direitos fundamentais" "é comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional". Ressalta, ainda, que tais direitos contemplam uma parte importante da reserva de justiça do sistema jurídico, tendo em vista três sentidos: 1) a abertura à moralidade (incorporação de valores morais); 2) a distribuição de forma imparcial de interesses e valores a todas as pessoas ou, pelo menos, àquelas que se encontram em uma mesma situação; 3) o fato de organizarem procedimentos que favorecem a tomada de decisões coletivas de forma racional.

Tal autor (2006, p. 38) destaca que, por meio dos direitos fundamentais assegurados nas Constituições democráticas, é possível identificarmos os princípios de justiça escolhidos para regular o convívio entre as pessoas de determinada sociedade e destas com a autoridade política.

Nunes (2014, p. 6) assinala, por sua vez, que a expressão "direitos fundamentais" é bastante discutida, mas considera que abrange "aqueles direitos que precisam estar positivados ou garantidos na Constituição de um Estado", além de outras características por ele elencadas. Tomando como

ponto de partida o entendimento de Peces-Barba Martínez,[50] Nunes explica que tais direitos correspondem a uma

> fase de um processo que parte da moralidade, da seguinte forma: pretensões morais justificadas ao longo da história (*dimensão ética ou moral*) são incorporadas pelos poderes políticos (valores éticos se tornam valores políticos), que as transformam em normas jurídicas constitucionais (*dimensão jurídica*, em que estes valores viram valores jurídicos normativos de máxima hierarquia, criando-se um subsistema dentro do sistema jurídico), com possibilidade técnica de serem eficazes, de se exercerem suas garantias, e de terem efetividade, com chances de concretização ou atuação na vida real (*dimensão social*). (Nunes, 2014, p. 10, grifo nosso)

Sob essa perspectiva, o autor em questão (2014, p. 12) distingue os termos "direitos humanos" e "direitos fundamentais", ao considerar que os primeiros abarcariam apenas a dimensão ética ou moral – "pretensões morais justificadas positivadas nas declarações e convenções internacionais", ao passo que os segundos envolvem tanto a dimensão ética ou moral quanto as dimensões jurídica – positivada na Constituição – e social – possibilidade técnica de ter eficácia e efetividade.[51]

A respeito da dimensão ética ou moral dos direitos fundamentais, Nunes (2014, p. 13) explica que ela se relaciona à legitimação ou fundamentação (axiológica e teórica) desses direitos, ou seja, a delimitação do alcance do seu conteúdo, na "tentativa de responder sobre o seu 'por quê?'".

Em relação à dimensão jurídica, tal autor (2014, p. 12-13) expõe que a ela compreende a transformação "do 'por quê?' teórico em 'por quê?' operativo, dirigindo-os em direção ao 'para quê?'". Nesse sentido, destaca que: "para os direitos fundamentais, moral, justiça e 'espírito' (dimensão ética ou moral) devem estar conectados com direito e 'força' ('moralidade legalizada') via poder estatal necessariamente democrático, como realidade institucionalizada e aberta a valores" (Nunes, 2014, p. 28).

Baseado nas considerações de Peces-Barba Martínez e de Sarlet,[52] Nunes (2014, p. 29-30) afirma que os direitos fundamentais prescindem de uma hierarquia constitucional, de modo que sejam reconhecidos e assegurados, *formando um sistema aberto, flexível e integrado com toda a Constituição*. De acordo com esse autor, tais direitos precisam ser incluídos expressamente em uma Constituição, dando-lhes uma "fundamentalidade formal". Todavia, é importante destacar que o mesmo estudioso (2014, p. 31) adverte que "salvo

50 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

51 É importante destacar que, em sua obra, Nunes (2014, p. 190) esclarece que "constatou-se que essas dimensões propostas por Preces-Barba Martínez tomam como parâmetro os mesmos três elementos constitutivos do direito, elaborado pelo doutrinador brasileiro Reale em sua teoria tridimensional do direito: valor, norma (com a imprescindibilidade do poder na nomogênese jurídica) e fato".

52 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

melhor juízo, nada impede que futuramente se convencione que a exigência de positivação de direitos fundamentais possa se dar apenas em nível de tratados internacionais".[53] Nesse caso, os direitos fundamentais se aproximariam dos direitos humanos, ao menos em relação à dimensão jurídica.

Ainda sobre a dimensão jurídica dos direitos fundamentais, Nunes (2014, p. 31-38), baseando-se em Salert,[54] Alexy (2011) e Miranda,[55] além da "fundamentalidade formal" (direitos integrados e previstos no texto da Constituição e vinculados ao Estado), afirma que é preciso considerar a "fundamentalidade material" (direitos indiretamente reconhecidos na Constituição, subentendidos nos direitos expressos, direitos implícitos, ou derivados do regime e princípios, direitos decorrentes, tendo em vista o conteúdo e a relevância para o Estado e a sociedade). Nesse caso, segundo tal pesquisador, os direitos fundamentais podem ser classificados em duas categorias:

> a) *Direitos fundamentais formal e materialmente fundamentais*, que corresponde a todo direito incluído expressamente na Constituição; ou b) *Direitos fundamentais apenas materialmente fundamentais*, por não estarem expressos na Constituição, com previsão no art. 5º, §2º, da Constituição ('os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados [como os princípios democráticos e republicanos], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.'). Por essa segunda classificação, os direitos fundamentais ou estariam subentendidos nos direitos fundamentais expressos (direitos implícitos), ou decorreriam (direitos decorrentes) do regime e princípios pela sua substância e relevância, sendo ambos equivalentes aos direitos fundamentais expressos. (Nunes, 2014, p. 191-192, grifo nosso)

Ressalta-se que tanto o direito de acesso à informação, quanto os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem encontram-se formal e materialmente fundamentados na Constituição brasileira, especificamente nos incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º (Brasil, Constituição, 1988).

Além das duas categorias citadas, Nunes (2014, p. 37) aponta outra hipótese em que há a transformação de pretensões morais justificadas (dimensão ética ou moral) em normas jurídicas constitucionais (dimensão jurídica), que são as normas jurídicas constitucionais jurisprudenciais. Trata-se de normas jurídicas derivadas das decisões judiciais, ou seja, quando são reconhecidos, por meio da reinterpretação e da reaplicação das normas jurídicas, novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Nesse caso, de acordo com o autor em tela (2014, p. 38), cabem aos cidadãos e organizações pressionarem e provocarem o poder estatal para que se positivem tais pretensões morais que já estão justificadas ("moralidade crítica").

---

53 Nunes (2014, p. 31) explica que, nesse caso, os direitos fundamentais "poderiam ter hierarquia constitucional, como defendem Piovesan e Cançado Trindade, ou supraconstitucional, segundo Celso Albuquerque de Melo".

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

55 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: tomo IV: direito fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

Em relação à dimensão social dos direitos fundamentais, Nunes (2014, p. 38) esclarece que esta diz respeito à eficácia e efetividade indispensáveis à realização integral do direito. Explica, ainda, que a eficácia refere-se à aplicabilidade jurídica, ou seja, à "capacidade ou possibilidade de serem aplicados aos casos concretos, irradiando efeitos jurídicos, ligada à 'concretização' constitucional" – eficácia jurídica. A efetividade, por sua vez, refere-se à eficácia social, "com sua ocorrência e aplicação no plano dos fatos, ou desempenho concreto de sua função social, vinculada à 'realização' constitucional, sendo a eficácia o seu pressuposto". Nunes afirma que ambas, eficácia e efetividade, podem ser facilitadas com a positivação do direito, porém não deixam de ser condicionadas por fatores extrajurídicos, como os fatores econômicos, sociais e culturais. Como se percebe, a dimensão social dos direitos fundamentais se refere à promoção de ações concretas.

No caso da eficácia jurídica, Nunes (2014, p. 40) explica que a "possibilidade técnica de exercício de sua garantia é pressuposto para que um determinado direito seja considerado direito fundamental". Além disso, ao citar vários doutrinadores, coloca em pauta a necessidade de proteção jurídica dos direitos fundamentais. Ainda sobre a eficácia jurídica de tais direitos, Nunes chama a atenção para outra característica prevista no § 1º do art. 5º da Constituição brasileira:

> 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata', significando que os direitos fundamentais são capazes de produzir efeitos mesmo na falta de uma obrigatória intervenção legislativa, tendo um *caráter principiológico* (como mandado de otimização)[56] que reforça a presente dimensão social. Mesmo na hipótese de omissão legislativa, há a previsão constitucional de poder supri-la via mandato de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão, e pelos critérios de integração previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei n. 4.657, de 1942). Esta eficácia abrange todas as espécies de direitos fundamentais, mas não todas as outras normas constitucionais, não ficando restrita aos direitos individuais e coletivos, enaltecendo a força normativa da Constituição. (Nunes, 2014, p. 44-45, grifo nosso)

Em relação à efetividade, Nunes (2014, p. 46-51) expõe que esta contempla os meios (potenciais e ou reais) de se concretizar, na vida real, um direito ou de protegê-lo. Citando diversos autores,[57] deixa claro que a

56 O caráter principiológico dos direitos fundamentais e o conceito de mandato de otimização serão abordados com detalhes no subcapítulo "Regras e princípios".

57 SEM, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; SALERT, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reim. Coimbra: Edições Almedina, 2007; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La terceira generación de derechos humanos*. Cizur Menor (Navara): Aranzadi, 2006; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais*: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: PINHEIRO, Ernanne et. al. (orgs.). *Ética, justiça e direito*: reflexões sobre a reforma do judiciário. Petrópolis: Vo-

efetividade envolve fatores extrajurídicos, tais como: meios de comunicação; educação para a cidadania; campanhas e debates públicos; conduta/ação social; conhecimento e conscientização; atuação de grupos organizados da sociedade; capacidade e desenvolvimento econômico e social; cultura e estilo de vida; convenções sociais, éticas, filosóficas e religiosas; vontade e envolvimento político da sociedade e das autoridades; políticas públicas desenvolvidas e implantadas; recursos humanos, materiais e financeiros; entre outros. A efetividade relaciona-se, então, ao desenvolvimento de condições que permitem construir uma realidade social favorável aos direitos fundamentais (além do simbolismo e da formalidade), buscando superar possíveis obstáculos como os de ordem econômica, social e cultural.

Ao se propor a abordar as vantagens dos direitos fundamentais, Nunes (2014, p. 67) reforça que:

> Chegar à conclusão de que um determinado direito é um direito fundamental, distingue-o beneficamente, a começar pelas suas três citadas dimensões, que refletem a sua força nos campos da moral (valores), do direito positivo (normas) e da realidade social (fatos), pois: a) é uma pretensão moral justificada ou fundamentada; b) é positivada constitucionalmente, com máxima hierarquia no ordenamento jurídico estatal; e c) goza de possibilidade técnica de ter eficácia e efetividade.

Ao especificar as vantagens dos direitos fundamentais, Nunes (2014, p. 71) elenca algumas características desses direitos na doutrina,[58] a saber:

> a) historicidade (estão sempre surgindo novos direitos fundamentais, que exigem novas garantias); b) irrenunciabilidade (não são renunciáveis voluntariamente); c) inalienabilidade (intransferíveis); d) inviolabilidade (responsabi-

---

zes, 1996; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm. Acesso em: 14 maio 2017; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998; GARCIA, Marcos Leite. "Novos" direitos fundamentais: características básicas. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 14 maio 2017.

58 LEITE, Carlos Henrique Bezerra *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Viena e programa de ação*; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Proclamação de Teerã*, de 1968; ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). *Teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1 (Coleção doutrinas essenciais); SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais*: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

> lização do infrator); e) imprescritibilidade (não se perdem pelo não uso no tempo); f) universalidade (no sentido de abranger todos os seres humanos); g) indivisibilidade, interdependência, inter-relação, sobreposição, sistematicidade e complementaridade (a interpretação deve levar em conta, simultaneamente, todos os direitos fundamentais, pois a garantia de um é condição de observância dos demais); e h) relatividade ou restringibilidade.

Segundo o autor em tela (2014, p. 67-68), ao se questionar sobre o "para quê?" dos direitos fundamentais, a doutrina jurídica aponta para as seguintes funções: a) defesa ou liberdade; b) prestação (obrigação positiva do Estado); c) não discriminação; d) garantia perante outros indivíduos; e) garantia institucional (em sentido amplo); f) ampliação da participação política (com compartilhamento do poder político, econômico, social e cultural).

Nesse ponto da análise, é importante mencionar que o direito de acesso à informação possui relações diretas e/ou indiretas com todas essas funções elencadas acima. Os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, a seu turno, só não possuem relações diretas e/ou indiretas com a última função elencada.

Nunes (2008, p. 68) destaca que tais funções estão abrangidas no texto da Constituição brasileira de 1988, em especial nos quatro primeiros capítulos do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a saber: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (que contempla o direito de acesso à informação – incisos XIV e XXXIII do art. 5º – e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem – inciso X do art. 5º), Capítulo II – Dos Direitos Sociais, Capítulo III – Da Nacionalidade e Capítulo IV – Dos Direitos Políticos.

Nunes (2014, p. 68-69) também descreve as duas perspectivas simultâneas dos direitos fundamentais: objetiva e subjetiva.[59] Esclarece que, na perspectiva subjetiva, o enfoque é o indivíduo (seu significado visa o indivíduo-titular), ao passo que, na objetiva, o enfoque é a norma (seu significado visa a coletividade). Baseado na sua revisão de literatura,[60]

---

59 Os direitos fundamentais como direitos subjetivos serão abordados com mais detalhes no subcapítulo "Direitos fundamentais como direitos subjetivos".

60 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Meirelles, 2008; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011; GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação

o autor em análise explica que "os direitos fundamentais funcionam como direitos subjetivos, posições jurídicas fundamentais de seus titulares em relação aos seus objetos, em face de seus destinatários, com as devidas garantias". Além disso, "os direitos fundamentais [também] representam uma ordem objetiva de valores com eficácia em todo [*sic*] o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes e impulsos ao Estado e outros indivíduos". No caso da perspectiva objetiva, ele complementa que:

> os desdobramentos da sua normatividade constitucional são, exemplificadamente: a) tratamento como normas-princípios ou normas-regras; b) eficácia irradiante dos direitos fundamentais na aplicação, interpretação e validade material de todo o direito interno; c) eficácia horizontal, direta e imediata do direitos fundamentais, abrangendo as relações privadas, sem necessidade de intermediação legislativa; d) funcionamento como garantias institucionais; e) criação de deveres fundamentais de proteção atribuídos ao Estado, como obrigação de fazer possível para realizá-los ou protegê-los contra lesões de quem quer que seja; e f) criação de parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para procedimentos. (Nunes, 2014, p. 69)

Diante do exposto, *registra-se que o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem serão tratados neste trabalho enquanto direitos fundamentais*, uma vez que possuem I) tanto a dimensão ética ou moral, por se relacionarem à legitimação/fundamentação axiológica, II) quanto a dimensão jurídica, por estarem positivados na Constituição brasileira (incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º), compondo um sistema aberto, flexível e integrado com os demais dispositivos constitucionais, bem como a dimensão social, por contemplarem a promoção de ações e meios potenciais ou reais de se concretizarem na vida real e por merecerem proteção.

Direitos fundamentais: normas, enunciados normativos, regras e princípios

Ao apresentar sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 51) declara que "normas de direitos fundamentais são normas. Por isso, o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma". Ao abordar a polêmica do conceito semântico de norma, baseando-se em diversos autores como Kelsen (1960),[61] Luhmann (1972),[62] Austin (1873),[63] Geiger (1964),[64] Wró-

afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 151, p. 129-152, jul./set. 2001; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La terceira generación de derechos humanos*. Cizur Menor (Navara): Aranzadi, 2006.

61 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Deuticke, 1960.

62 LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Reinbek: Rowohlt, 1972.

63 AUSTIN, John L. *Lectures on jurisprudence or the phylosophy of positive law*. 4 ed. London: Murray, 1873. v. 1.

64 GEIGER, Willi. Das Menschenbild des Grundgesetzes. In: BÖHME, Wolfgang (org.). *Was halten wir für Recht?* (Herrenalber Texte). Struttgart: Evangelisches Verlagswerk, 1981. P. 9-23.

blewski (1979)[65] e Hart (1961),[66] Alexy (2011, p. 52) observa que a fundamentação de tal conceito varia conforme se compreende norma como

> o 'sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta' ou uma 'expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada', como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social.

Para Alexy (2011, p. 53, grifo do original), o ponto de partida para se compreender o conceito semântico de norma "consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*". No entanto, o autor comenta que tal diferenciação é feita por diversos autores, porém "a terminologia é vacilante" e consequentemente revela uma série de diferenças, seja na própria fundamentação de tal diferenciação, seja nas consequências advindas de tais fundamentações. Prosseguindo, o autor (2011, p. 54) explica que a necessidade de se diferenciar norma e enunciado normativo se deve ao fato de uma norma poder ser expressa em diferentes enunciados normativos.

Considerando a abordagem do autor em questão, pode-se citar a norma segundo a qual é inviolável *a intimidade das pessoas*. Essa norma pode ser expressa por meio de vários enunciados, tais como: é inviolável a intimidade das pessoas; é proibido violar a intimidade das pessoas; a intimidade das pessoas não pode ser violada; a violação da intimidade das pessoas não é permitida; não é permitido violar a intimidade das pessoas; quem violar a intimidade das pessoas será punido; deve-se manter inviolável a intimidade das pessoas; deve-se punir aqueles que violarem a intimidade das pessoas; é permitido punir quem violar a intimidade das pessoas; será garantida a intimidade das pessoas; será preservada a intimidade das pessoas e será protegida a intimidade das pessoas.

Cabe ressaltar, ainda, que um enunciado também pode ser expresso por meio de outros idiomas. Nesse sentido, Alexy (2011, p. 54-55) recomenda que "os critérios para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo". Ele explica que tais critérios podem ser formulados com o auxílio de "modalidades deônticas", das quais destaca as modalidades básicas que expressam o dever, a proibição e a permissão.

> Toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo. Como já foi demonstrado, é possível expressar uma norma de diversas maneiras. Dentre estas diversas formas, é conveniente que uma delas seja distinguida. Essa forma ocorre, por exemplo, quando a norma segundo a qual é proibido extraditar um alemão é expressa por enunciados como (1) 'nenhum alemão pode ser extraditado', (1') 'é proibido extraditar alemães' ou (1") 'alemães não podem ser extraditados'. *Enunciados como estes são caracterizados pelo uso de expressões*

65 WRÓBLEWSKI, Jerzy. The problem of the meaning of the legal norm. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy (org.). *Meaning and truth in judicial decision*. Helsinki: Juridica, 1979. p. 1-26.

66 HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Claredon, 1961.

> *deônticas como 'permitido', 'proibido' e 'devem'. Por essa razão devem eles ser chamados de 'enunciados deônticos'. Uma outra expressão deôntica é a expressão 'tem direito a [...]'*. (Alexy, 2011, p. 56, grifo nosso)

Na concepção de Alexy (2011, p. 57), enunciados imperativos, como *jamais a intimidade das pessoas será violada!*, e enunciados indicativos sem as expressões deônticas, como *a intimidade das pessoas* é inviolável, não são enunciados deônticos.[67] Nesse caso, de acordo com o autor em análise, quando tais enunciados expressam normas é possível transformá-los em enunciados deônticos capazes de expressar a norma em questão. Sobre isso, esclarece que "nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico". Nesse ponto, ressalta que tais observações não devem ser subestimadas, uma vez que "é possível construir formas padrão para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas".

Dando prosseguimento em suas explanações a respeito de norma e enunciado normativo, o referido jurista (2011, p. 57-58) tece uma relação destes com afirmação e enunciado afirmativo. Explica que afirmação e enunciado afirmativo podem ser julgados verdadeiros ou falsos, o que não ocorre com as normas e os enunciados normativos. Alexy esclarece essa diferenciação complementando que:

> Para compreender essa diferenciação, é suficiente dizer que com enunciados afirmativos se expressa que algo é, enquanto que com enunciados normativos se expressa que algo é devido, proibido etc. *Se resumirmos as diferentes modalidades deônticas ao conceito de dever-ser, é possível dizer que enunciados afirmativos expressam algo que é, enquanto enunciados normativos expressam algo que deve-ser*. (Alexy, 2011, p. 58, grifo nosso)

Alexy (2011, p. 62) descreve que "aquele que sustenta que uma norma é válida, ou que cria uma norma, realiza uma ação". Citando Austin (1962),[68] menciona que essa ação pode ser chamada de "ato linguístico". Também afirma que "quando se analisam atos de asserção sobre normas e de criação de normas, abandona-se o âmbito da semântica e adentra-se o da pragmática". Porém, observa que, ao considerar apenas o conteúdo da expressão, nem sempre é possível reconhecer se se refere a um ato de asserção sobre normas e de criação de normas ou criação normativa. Por exemplo: Se alguém pergunta "*posso ler este documento?*" e alguém responde "*você pode ler este documento*", o respondente pode ter informado a quem perguntou sobre uma situação jurídica, ou seja, sobre uma norma válida, como também pode ter criado uma norma ao dar autorização para ler um documento de sua propriedade ou sobre sua responsabilidade.

---

67 Em alguns momentos de sua obra, Alexy (2011) utiliza o termo "deotológico" no lugar do termo "deôntico" em contraposição a termos como "axiológico".

68 AUSTIN, John L. *How to do things with words.* London: Oxford University Press, 1962.

Nesse caso destacado, para se saber o que realmente aconteceu, é preciso verificar a situação concreta, ou seja, o contexto.[69] Alexy (2011, p. 62-63) explicita que, em um caso como esse, se se trata de uma informação sobre uma situação jurídica, "então, o que foi expresso deve ser entendido como um enunciado sobre o que é permitido de acordo com a ordem jurídica vigente, ou seja, sobre qual norma é válida". Segundo o autor, "enunciados que têm por objetivo informar quais normas são válidas devem ser chamados de '*enunciados sobre validade normativa*'". Em situações como essa, Alexy (2011, p. 63) explica que tais enunciados não dizem respeito à obediência fática das regras ou à sanção, nem às obrigações ou permissões a partir de considerações racionais, mas "àquilo que é determinado, no âmbito do ordenamento jurídico pressuposto – e em geral eficaz –" em relação à questão do contexto.

Diante das explicações e considerações de Alexy (2011) apresentadas, optou-se por considerar, no âmbito deste trabalho, o seguinte: os critérios de identificação das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro e que expressam o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, focos desta pesquisa, serão buscados na norma, e não nos enunciados normativos. Dessa forma**,** *os enunciados normativos serão transformados, ao longo deste estudo, em enunciados deônticos, utilizando-se as expressões "permitido", "proibido", "devem" e "tem direito a", de modo a expressar aquilo "que deve ser" e não aquilo "que é"*. Essas decisões se justificam porque se pretende compreender as estruturas lógicas das normas que expressam os direitos em questão, principalmente quando em colisões, tendo em vista a sua aplicabilidade nos casos concretos, ou seja, no âmbito da pragmática.

Diferente de outros autores, que consideram normas de direitos fundamentais apenas aquelas que foram expressas em um texto constitucional, Alexy (2011, p. 73) defende que tais normas podem ser divididas em dois grupos, a saber: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional (que possuem uma referência ao texto constitucional) e as normas de direito fundamental atribuídas (estabelecidas indiretamente). Segundo ele (2011, p. 72), as expressas diretamente no texto constitucional compreendem, em sua concepção, os "enunciados normativos de direitos fundamentais" ou "disposições de direitos fundamentais" expressos em uma Constituição, como, por exemplo, as normas dispostas nos incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º da Carta Magna brasileira (Brasil, Constituição, 1988). Em relação às normas de direitos fundamentais atribuídas, tal estudioso argumenta que elas também possuem uma relação com a Constituição e não se trata de uma relação casual. Para ele, tais normas são necessárias quando as normas expressas diretamente no texto constitucional

69 A necessidade de se considerar o contexto também será abordada na seção destinada ao princípio da proveniência.

precisam ser aplicadas a casos concretos. É o que ocorre com os dispositivos da Lei de Acesso à Informação, que tem como objetivos, entre outros,[70] regulamentar as normas previstas no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (Brasil, Constituição, 1988).

Alexy (2011, p. 72, grifo do original) argumenta, ainda, que, se as normas de direito fundamental atribuídas não fossem aceitas, "não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, um acordo com a norma por ele diretamente expressa)". Ele considera que esse tipo de relação entre normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional e normas de direito fundamental atribuídas é denominada "relação de refinamento". Também defende que existe "uma *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que a refina". Nesse sentido, o autor (2011, p. 74) deixa claro que: "uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais", nesse caso, "estabelecendo argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais".

Regras e princípios

Farias comenta que:

> os princípios atualmente atravessam uma 'idade de ouro'. Com efeito, os princípios constituem tema que se encontra no centro das discussões da filosofia jurídica contemporânea, despertando, assim, grande interesse para os constitucionalistas. Para a teoria da argumentação jurídica, os princípios constituem subsídios importantes para fundamentar racionalmente decisões judiciais. [...] os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, controlando-se, assim, a discricionariedade do intérprete-aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. *Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação*. Além disso, os princípios são úteis ainda para colmatação de lacunas de lei, desenvolvimento do direito, resolução de conflitos de normas [...], etc. Os princípios passam a ter uma importância destacada no campo do direito constitucional. (Farias, 2008, p. 28, grifo nosso)

Em relação à teoria dos princípios, Farias (2008, p. 29, grifo do original) também explica que "a análise da estrutura das normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo revela que as *normas jurídicas* (gênero) são de duas espécies: *princípios e regras jurídicas*". Destaca que a distinção entre essas duas espécies normativas possui, no mínimo, duas concepções que podem ser denominadas "concepção forte dos princípios" e "concepção débil dos princípios".

70 A LAI também altera a lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Brasil, Presidência da República, 1990b); revoga a lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005 (Brasil, Presidência da República, 2005), e dispositivos da lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (Brasil, Presidência da República, 1991); e dá outras providências.

> A *concepção forte dos princípios* parte do ponto de vista de que entre princípios e regras há uma distinção lógica e qualitativa, enquanto normas jurídicas que apresentam entre si clara e radical distinção estrutural. [...]. A *concepção mais débil dos princípios*, por seu turno, considera que não existe uma distinção clara entre princípios e regras. Se os princípios possuem certas características de generalidade, fundamentalidade do sistema, etc., eles não as possuem à maneira de tudo ou nada, senão em certa medida.

Em outras palavras, para a primeira concepção, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e, para a segunda, tal distinção se dá apenas no plano de grau.

Feitas as devidas considerações a respeito das teorias que tratam da distinção entre regras e princípios, Farias (2008, p. 30) considera que entre "as contribuições de estudos contemporâneos que obtiveram larga repercussão sobre o tema dos princípios" se destacam os trabalhos de Ronald Dworkin,[71] Robert Alexy e Letizia Gianformaggio, que, por sua vez, são representantes da teoria forte.

A teoria de Dworkin usa como argumento a ideia do "peso ou importância" dos princípios. Na teoria de Gianformaggio,[72] os princípios são compreendidos como "juízo de concorrência". Já a teoria de Alexy, de interesse neste trabalho, considera os princípios enquanto "mandatos de otimização". Vale ressaltar que Farias (2008, p. 33) aponta que os argumentos utilizados pelo jurista alemão Robert Alexy são "originais para a teoria contemporânea dos princípios".

A respeito da distinção entre regras e princípios, Alexy argumenta que:

> Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. *Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico*. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos de proteção, a organização e procedimento e a prestação em sentido estrito. [...]. *A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais*. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos com o título fundamentais. (Alexy, 2011, p. 85-86, grifo nosso)

---

71 DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Obra publicada originalmente em inglês com o título *Taking rights seriously* em 1977.

72 GIANFORMAGGIO, Letizia. L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, v. 62, n. 1, p. 65-103, gen./mar. 1985.

Freitas (2007, p. 28), apoiando-se em Lopes,[73] compartilha do pensamento de Alexy:

> a distinção entre princípios e regras constitui-se na mais importante distinção a ser efetivada, porque nela justamente se assenta a base da fundamentação jusfundamental de molde a viabilizar uma teoria adequada dos limites, das colisões e do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Ao apresentar os critérios distintivos entre regras e princípios, Alexy (2011, p. 87) destaca que na literatura encontra-se uma pluralidade em relação a esse tema, de modo que tais critérios geram polêmicas e uma ausência de clareza. Explica que, em algumas situações, percebe-se que tais distinções acabam por considerar norma e princípio ou norma e máxima, ao invés de regra e princípio. Assim, esclarece que, em sua concepção, tanto as regras quanto os princípios são reunidos sob o conceito de norma; ou seja, ambos são normas, uma vez que "ambos dizem o que deve ser" e "podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição". Declara que regras e princípios compreendem "razões para juízos concretos de dever-ser", porém de espécies diferentes. Dessa forma, considera que "a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas". *Destaca-se que, neste trabalho, serão consideradas essas duas espécies tendo como referência as concepções de Alexy (2011)*.

Ao abordar os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios, Alexy (2011, p. 87-89) aponta que, provavelmente, o critério utilizado com mais frequência na doutrina é o da generalidade, segundo o qual os princípios compreendem normas com um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras compreendem um grau de generalidade relativamente baixo. Além desse critério, também destaca os seguintes: a determinabilidade dos casos de aplicação; a forma de surgimento (normas "criadas" e normas "desenvolvidas", por exemplo); o caráter explícito do conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; a importância para a ordem jurídica; com base no fato de serem razões para regras ou serem regras; e com base no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

Porém, esse autor (2011, p. 90, grifo do original), após analisar e discorrer sobre três teses[74] acerca de tais distinções, advoga que "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas

---

73 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 81.

74 Sobre as três teses, Alexy (2011, p. 89-90) faz as seguintes descrições: "A primeira sustenta toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. [...]. A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que normas possam ser dividas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. [...]. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*". O mesmo autor considera a terceira tese correta.

que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Ele argumenta que os princípios consistem em "*mandamentos de otimização*,[75] que *são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados* e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas" (Alexy, 2011, p. 90, grifo nosso).

Nesse caso, esclarece que o âmbito das possibilidades jurídicas se determina por intermédio dos princípios e regras colidentes.

Em relação às regras, Alexy (2011, p. 91, grifo nosso) considera que "*são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas*. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que se exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível".

Apresentadas suas definições para regras e princípios, Alexy (2011, p. 91) reafirma que "toda norma é ou uma regra ou princípio" e defende a tese de que "a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau".

Freitas comungando da abordagem de Alexy, observa que:

> Disso resulta que, para Alexy, a distinção entre princípios e regras é de qualidade, e não de intensidade, é dizer, é uma distinção forte. Neste sentido, os princípios estabelecem obrigações *prima facie, que podem ceder gradualmente* e argumentos em sentido contrário, enquanto as regras instituem obrigações definitivas que são ou não integralmente aplicadas conforme se verifiquem seus pressupostos. (Freitas, 2007, p. 29, grifo nosso)

A partir da tese de Alexy e após consultar e contrapor outros autores brasileiros,[76] Freitas também conclui que:

> Contudo, verdade é que enquanto princípios definem fins a serem atingidos sem apresentarem esclarecimentos acerca dos procedimentos a serem adotados neste desiderato, regras estabelecem meios, determinando comportamentos a eles adequados de modo mais preciso e definido. Por isso que *a aplicação dos princípios sempre demanda juízo de ponderação*, sem embargo de que a concretização de regras também possa importar em tal necessidade em determinados casos concretos. (Freitas, 2007, p. 31, grifo do orignal)

Retomando a abordagem de Alexy a respeito da distinção entre regras e princípios, é importante mencionar que o referido autor (2011, p. 92) acrescenta que tal diferença torna-se mais clara quando se observa os casos de colisões entre os princípios e os casos de conflitos entre as regras, uma vez que também são

75 O autor em questão considera o conceito de mandamento em um sentido amplo, incluindo as permissões e as proibições.

76 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

distintas as formas de solução para ambos os casos. Segundo Alexy (2011, p. 94), "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso".

Os conflitos entre regras e as colisões entre princípios serão abordados com mais detalhes no subcapítulo "Conflitos entre regras, colisões entre princípios e sopesamentos". Porém, antes, julgou-se importante abordar os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, além dos conceitos de 1) direito a algo, tendo como foco a ação negativa e a ação positiva do Estado, 2) liberdade e 3) competência.

Direitos fundamentais como direitos subjetivos

Ao discorrer sobre as perspectivas dos direitos fundamentais, Freitas comenta que:

> Apesar de que a Constituição da República Federativa do Brasil não diga expressamente a tal respeito, os direitos fundamentais nela estatuídos são, de um lado, *direitos subjetivos* atribuíveis aos cidadãos e pessoas jurídicas nacionais, além de o serem relativamente aos estrangeiros, residentes ou não no território brasileiro em situações peculiares, frente ao Estado no sentido de reconhecer e proteger âmbitos de liberdades ou prestações que devem ser outorgados. Simultaneamente, os direitos fundamentais se caracterizam como elementos essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional, sendo, como tais, constitutivos de uma específica ordem de convivência humana, daí advindo o reconhecimento de sua *dimensão objetiva*, eis que não apenas compõem a estrutura básica como também definem e condicionam cada um dos ramos que integram o sistema jurídico. [...] da dimensão lógica que contemporaneamente se tem da inserção dos direitos fundamentais em uma determinada ordem jurídica, decorre, pois, a eles ser atribuída uma dupla dimensão: tanto subjetiva quanto objetiva. (Freitas, 2007, p. 33-34, grifo do original)

A respeito dos direitos fundamentais, sob a ótica da perspectiva subjetiva, que interessa ao presente trabalho, Alexy (2011, p. 180) também apresenta suas considerações. Todavia, antes, adverte que a "discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso". Aponta ainda que no cerne de tais discussões são suscitadas diversas questões, das quais é possível diferenciar três tipos: 1) questões normativas, 2) questões empíricas e 3) questões analíticas.

Em relação às questões normativas, o autor destaca as questões ético-filosóficas e as questões jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas. As primeiras estão relacionadas ao "por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm", enquanto as segundas estão relacionadas a "se, em um determinado sistema jurídico, um sujeito de direito tem determinado direito subjetivo" (Alexy, 2011, p. 181). Ele explica que "a diferença entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas está no fato de que estas últimas dizem respeito àquilo que é válido no sistema jurídico, enquanto as primeiras podem ser suscitadas independentemente desse sistema" (Alexy, 2011, p. 181).

No que se refere às questões jurídico-dogmáticas, o doutrinador em tela (2011, p. 181-182) ressalta que duas situações são relevantes. A primeira situação acontece quando não se tem dúvidas de que uma norma (*N*), quando

aplicada ao caso de um sujeito (*a*), confere a este um direito, porém tem-se dúvida se *N* é realmente aplicável; ou seja, "se, diante das condições presentes, ela confere a *a* um direito subjetivo". Já a segunda situação se dá quando não há nenhuma dúvida de que a norma é aplicável ao caso de um sujeito, porém, tem-se dúvida se *N* garante algum direito subjetivo ao sujeito em questão. Frente às situações apresentadas, Alexy (2011, p. 182) afirma que: "saber quando uma norma jurídica confere direitos subjetivos é uma questão que tem importância prática sobretudo sob o aspecto processual". Ressalta, ainda, que "saber se uma norma confere ou não um direito subjetivo é um problema normativo" e que "esse problema surge quando o texto normativo deixa essa questão em aberto".

Em relação às questões empíricas,[77] o mesmo autor (2011, p. 183) declara que elas são perceptíveis no âmbito dos argumentos históricos e teleológicos, que têm como objetivo determinar o sentido da norma adaptando sua finalidade às novas exigências sociais, e apresenta os seguintes exemplos:

> Nesse sentido, a criação de determinado direito subjetivo *R*, no momento t_1, para evitar a situação *Z*, considerada como negativa, e o fato de *R* ter evitado, com sucesso, essa situação são fortes argumentos para a manutenção de *R*, desde que *R* continue a ser, no momento t_2, adequado para evitar *Z* e que *Z* continue a ser avaliado como algo negativo. Em sentido semelhante, o fato de que um determinado direito subjetivo *R*, a partir da interpretação *I*, ou leva à consequência fática *K* ou tem a função social *F*, é um forte argumento para interpretar *R* no sentido de *I*, desde que *K* e *F* sejam avaliadas como algo positivo. (Alexy, 2011, p. 183-184)

Em relação às questões analíticas, Alexy (2011, p. 184) declara que são de grande importância na teoria estrutural dos direitos fundamentais. Também explica que, "para o tratamento analítico dos direitos subjetivos, a diferenciação entre norma e posição é de importância basilar". No tocante à norma, esclarece que esta representa "aquilo que um enunciado normativo expressa". Nesse caso, pode-se utilizar, como exemplo, o disposto no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira: "é assegurado a todos o acesso à informação [...]". Seguindo as concepções de Alexy (2011), o enunciado normativo citado expressa uma norma universal,[78]

---

77 Em se tratando da dimensão empírica da dogmática jurídica, Alexy (2011, p. 34) explica que esta pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: "em relação à cognição do direito positivo válido" e "em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica". Sobre o primeiro ponto de vista (destacado na obra em questão pelo autor), ele discorre que: "Aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do direito positivo válido tem que pressupor conceitos amplos e polifacetados de direito e validade. A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não só direito legislado, mas também direito jurisprudencial". No entanto, o mesmo autor (2011, p. 35) alerta que: "não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida".

78 De acordo com Alexy (2011, p. 87-88) as normas universais "se referem a *todos* os indivíduos de uma classe aberta". O mesmo autor esclarece que "o oposto de norma universal é a norma individual" e que "toda norma é sempre ou universal ou individual". Na sua concepção, o conceito de universalidade distingue-se do conceito de generalidade, uma vez que "a generalidade, ou seu oposto, a especialidade, é um problema de grau".

por se referir a todos os indivíduos brasileiros, e garante um direito em face do Estado, que nos permite formular a seguinte norma individual: *a* tem, em face do Estado, o direito de acessar informação. Em casos como esse, segundo o mesmo autor (2011, p. 184-185), se a norma individual expressa é válida, "então, *a* encontra-se, em face do Estado, em uma posição que consiste exatamente no direito que *a* tem, em face do Estado", ou seja, de acessar informação.

> Se a *norma* individual, segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*, então, *a* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a *G* que ele tem em face de *b*; e se uma *posição* jurídica de *a* consiste no fato de *a* ter, em face de *b*, um direito a *G*, então, é válida a norma individual segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. (Alexy, 2011, p. 185, grifo do original)

De acordo com Alexy (2011, p. 185, grifo do original), o conceito de posição "parte da perspectiva que se interessa pelas *características normativas* de pessoa e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações". O autor considera que as normas, de forma geral, referem-se a qualificações de pessoas ou ações e podem ser expressas por meio de um "predicado monádico complexo", como: "alguém ao qual é proibido fazer *h*". Nesse caso, tem-se a característica jurídica de "ser alguém ao qual é proibido fazer *h*". Todavia, quando não se trata mais de características, mas de relações, que podem ser expressas por predicados diáticos como "... tem um direito a *G* em face de..." ou predicados triádicos como "... tem em face de ... um direito a ..." a noção de posição se faz relevante.

Partindo dos pressupostos acima, Alexy (2011, p. 193) considera que "a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como 'direitos' em 1) direitos a algo, 2) liberdades e 3) competências".

É importante mencionar que as tentativas de classificação dos direitos fundamentais, em sua dimensão subjetiva, são diversas. Sobre isso, Farias descreve o seguinte:

> Os direitos fundamentais, além de complexos em sua *estrutura interna*, denotam uma pluralidade de tipos. São inúmeras as tentativas de classificações destes com a utilização de diversos critérios: 'quanto à titularidade e aos sujeitos, quanto ao conteúdo ou ao objecto [*sic*], quanto à estrutura, quanto ao regime'. Porém, nem sempre os critérios utilizados conseguem fazer conhecer a complexidade e a variedade dos direitos fundamentais existentes. (Farias, 2008, p. 92, grifo do original)

Feita essa constatação, Farias (2008, p. 92) explica que "um critério bastante difundido para a classificação dos direitos fundamentais é a teoria dos quatro *status* de Giorgio Jellinek".[79] Essa teoria é considerada por Alexy (2011,

79 Farias (2008, p. 93) explica que: "Segundo Jellinek, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava com este uma pluralidade de relações denominadas *status*. A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a subordinação ao Estado, 'que forma a base de toda atividade estatal'. Esta é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status passivo* (*der passive Stattus*) ou *status subiectionis*. A segunda relação é estabelecida em função da afirmação constante do valor da pessoa humana, o que conduz à redução da extensão do

p. 254) de enorme importância histórica, mas também "como um exemplo de uma grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais". Porém, como o próprio Farias (2008, p. 94) observa, na concepção de Alexy, a referida teoria apresenta uma debilidade, uma vez que compreende "abstrações de posições elementares" e não ficam claras as relações entre tais posições e os status elencados por Jellinek, assim como também não ficam claras as relações que "sucedem entre as diferentes posições elementares". Nesse sentido, Alexy (2011), com o objetivo de superar essa fraqueza, apontada por ele, da "teoria dos status" de Jellinek, propõe a sua "teoria das posições jurídicas fundamentais" (constituída pela tríplice divisão das posições: direitos a algo, liberdades e competências), as quais serão consideradas neste trabalho.

Direitos a algo

Na perspectiva do autor em questão (Alexy, 2011, p. 193-194), "a forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é a seguinte: 1) *a* tem em face de *b*, um direito a *G*". Nesse caso, o enunciado é capaz de expressar de forma clara que "um direito a algo pode ser compreendido como uma relação triádica, na qual *a* se refere ao titular ou "*portador*" do direito, *b* ao "*destinatário*" do direito e *G* ao "*objeto*" do direito. Alexy (2011, p. 194) representa esquematicamente tal relação triádica por meio da expressão *RabG* e pontua que:

> Desse esquema decorrem coisas diversas, dependendo do que se coloque no lugar de *a*, *b* e *G*. São extremamente importantes, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, as diferenças entre as relações obtidas se se insere como *a* – o titular do direito – uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; ou como *b* – o destinatário – o Estado ou um particular; ou como *G* – o objeto – uma ação positiva ou uma abstenção.

Freitas (2007, p. 66) cita que um exemplo de tal situação na Constituição Federal brasileira é a liberdade de informação (art. 5º, XIV).

Dando prosseguimento, Alexy (2011, p. 194) afirma que "o objeto de um direito a algo é sempre uma *ação* do destinatário", caso contrário,

---

status passivo e, com isso, à limitação do poder estatal pelos cidadãos. 'O membro do Estado pertence, por isso, a um *status* no qual é senhor absoluto; uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*' (*der negative Status*) ou *status libertatis*. A terceira relação resulta do fato de que a atividade é realizada de acordo com o interesse dos cidadãos. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado 'reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal seja adotado em seu interesse; enquanto lhe faculta beneficiar-se das instituições estatais; enquanto em uma palavra concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas'. Esta esfera, 'que se apresenta como fundamento do complexo das prestações estatais no interesse individual', equivale ao *status positivus* (*der positive Status*) ou *status civitatis*. A quarta e última relação decorre da circunstância da atividade estatal só tornar-se possível através da ação dos cidadãos: 'o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promovendo-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa'. Esta é a esfera em que ao cidadão é reconhecido o direito de participar na formação da vontade política do Estado e diz respeito ao *status activus* (*Staud der aktiven Zivität*) ou *status civitatis*. Assim, com base nessa exposição de Jellinek (1912), os direitos fundamentais são classificados em *direitos de defesa, direitos a prestações, direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo".

"não faria sentido incluir o destinatário na relação". Todavia, Alexy (2011, p. 194-195) destaca que "a referência a uma ação e à estrutura triádica não são diretamente expressas por meio das diferentes disposições de direitos fundamentais", uma vez que "freqüentemente é conveniente falar em direitos como relações entre um sujeito de direito e um objeto". Nesse caso, pode-se usar como exemplo o disposto no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira: "é assegurado a todos o acesso à informação", caso em que o portador do direito são todos, o objeto é o acesso à informação e o destinatário não se encontra expresso no enunciado, podendo ser interpretado como o Estado. Já o enunciado do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Magna brasileira, como pode ser observado abaixo, expressa claramente a estrutura triádica.

> XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]. (Brasil, Constituição, 1988)

No exemplo acima, *todos* se referem aos titulares ou "*portador"* do direito, "órgãos públicos" compreendem os "*destinatários*" do direito e "*receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral* trata-se do "*objeto*" do direito.

Prosseguindo, Alexy (2011, p. 195) também explica que os *direitos a algo* podem ser divididos, de acordo com seus objetos, em: 1) *direitos a ações positivas*, e 2) *direitos a ações negativas*. Nesse caso, no exemplo citado acima referente ao inciso XIV, se considerarmos a perspectiva do autor e o Estado como destinatário, tem-se tanto o estabelecimento de uma ação negativa (*abstenção*) do destinatário (o Estado) em relação ao objeto, quanto o estabelecimento de uma ação positiva (*um fazer*) em relação ao objeto, a saber: 1) *a* tem, em face do Estado (*b*), um direito a que este não o impeça de acessar informação – ação negativa; e 2) *a* tem, em face do Estado (*b*), um direito a que este garanta seu acesso à informação – ação positiva.

O mesmo ocorre com o exemplo referente ao inciso XXXIII: 1) *a* tem, em face dos órgãos públicos – ou seja, do Estado – (*b*), um direito a que estes não o impeça de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral[80] – ação negativa; e 2) *a* tem, em face dos órgãos públicos – ou seja, do Estado – (*b*), um direito a que estes garantam que *a* receba informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral – ação positiva.

Também se pode citar, como exemplo, o disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal brasileira: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". Se considerado o Estado como destinatário, têm-se as seguintes situações:

80 Idem à nota anterior.

1. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este não viole a sua intimidade – ação negativa;
2. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este garanta a inviolabilidade da sua intimidade – ação positiva;
3. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este não viole a sua vida privada – ação negativa;
4. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este garanta a inviolabilidade da sua vida privada – ação positiva;
5. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este não viole a sua honra – ação negativa;
6. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este garanta a inviolabilidade da sua honra – ação positiva;
7. a tem, em face do Estado (b), um direito a que este não viole a sua imagem – ação negativa; e
8. a tem, em face do Estado (*b*), um direito a que este garanta a inviolabilidade da sua imagem – ação positiva.

De acordo com o autor em questão (2011, p. 195-196), "os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de 'direitos de defesa'", ao passo que "os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de 'direitos a prestações'".

Os direitos a ações negativas ou direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado são classificados por Alexy em três grupos:

> O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito [*direitos ao não embaraço de ações*]; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito [*direitos à não afetação de características e situações*]; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito [*direitos à não eliminação de posições jurídicas*]. (Alexy, 2011, p. 196, grifo nosso)

Ao tratar sobre o primeiro grupo dos direitos a ações negativas ou direitos de defesa dos cidadãos, os direitos ao não embaraço de ações, Alexy (2011, p. 196-197, grifo do original) apresenta a distinção entre impedimento e dificultação, além de explicar porque recorre ao conceito de *embaraço*. Segundo ele, "o *impedimento* de uma ação de *a* por parte de *b* ocorre quando *b* cria circunstâncias que tornam faticamente impossível para *a* realizar a ação",[81]

81 É relevante aqui destacar que Alexy (2011, p. 196-197) tece algumas advertências em relação ao conceito de impedimento e dificultação, a saber: 1) "uma concepção completamente diferente do conceito de impedimento é obtida se se leva em consideração não a situação de *a*, mas o êxito da ação dificultadora de *b*"; 2) "a partir do ponto de vista da impossibilidade

enquanto "é possível falar de *dificultação* de ação de *a* por parte de *b*, se *b* cria circunstâncias que podem deter a ação de *a*". Acrescenta, ainda, que "existem *espécies* muito distintas de impedimentos e dificultações, e as dificultações podem ter *intensidades* muito diferentes" e que "os limites entre o impedir e o dificultar são fluidos" (apesar de não constituir um argumento contra a distinção entre ambos os conceitos). Mediante tais constatações, o autor recomenda o uso do conceito de *embaraço* sempre que não forem necessárias diferenciações adicionais em relação às diversas espécies de impedimentos e dificultações.

Feitas as considerações apresentadas acima, Alexy (2011, p. 198) demonstra que se pode expressar o enunciado de um direito ao não embaraço de ações por intermédio da seguinte fórmula padrão: "*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*". Dessa forma, seguindo as concepções do autor em questão, podem-se dar, utilizando os incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição, os seguintes exemplos:

1. *a* tem, em face do Estado (b), um direito a que este não o embarace (dificulte e/ou impeça) na realização da ação de acessar informação; e
2. a tem, em face dos órgãos públicos, ou seja, do Estado (b), um direito a que estes não o embarace (dificulte e/ou impeça) de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral.

Quanto ao segundo grupo dos direitos a ações negativas ou direitos de defesa dos cidadãos, os direitos à não afetação de características ou situações, Alexy (2011, p. 199) o descreve como "constituído pelos direitos a que o Estado não afete determinadas características e situações do titular do direito". Demonstra que se pode expressar o enunciado de tais direitos mediante a seguinte formulação padrão: "*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* (a situação *B*) de *a*". Nesse caso, citando Jellinek (1905, p. 83),[82] considera que "em si mesmas, vida, saúde, liberdade, honra etc. não são objetos [ou bens] que o ser humano tem, mas características que definem sua existência concreta".

Freitas (2007, p. 68) comenta que os exemplos dados por Alexy compreendem, no caso da Constituição brasileira, os localizados nos caputs dos artigos 5º e 6º e nos incisos X, XI, XII e XLIX do art. 5º. Utilizando como exemplo o disposto no inciso X, têm-se as seguintes situações:

---

fática, uma proibição jurídica não representa um impedimento, mas apenas uma dificultação", uma vez que "*a* pode aceitar os riscos ligados a uma violação da lei e, a despeito da proibição, realizar a ação proibida" – "por outro lado, se se pressupõe a fidelidade de *a* ao direito, então, a proibição não apenas dificulta a realização da ação proibida, ela a impede".

82 JELILINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Retche*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1905.

1. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a intimidade de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da intimidade (características) de *a* e/ou a condição/modo de intimidade (situação) em que se encontra *a*;
2. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a vida privada/privacidade de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da privacidade (características) de *a* e/ou a condição/modo de privacidade (situação) em que se encontra *a*;
3. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a honra de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da honra (características) de *a* e/ou o conceito perante à sociedade (situação) em que se encontra *a*;
4. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a imagem de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da imagem (características) de *a* e/ou a condição/modo como a imagem (situação) de *a* é representada para a sociedade.

Em relação ao terceiro grupo dos direitos a ações negativas ou direitos de defesa dos cidadãos, os direitos a não eliminação de posições jurídicas, Alexy (2011, p. 201) descreve que "a existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derrogue determinadas normas".

Mediante o exposto, ressalta-se o disposto no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira: "§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]. IV – os direitos e garantias individuais." Dessa forma, as disposições dos incisos X, XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à respeito do acesso à informação, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem não podem ser abolidos, uma vez que integram o Título II da Carta Magna cujo enunciado é "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Trata-se de normas universais (dirigidas a todos) válidas, que garantem posições jurídicas, não podendo ser derrogadas.

Dando prosseguimento, Alexy (2011, p. 198) também demonstra que é possível expressar o enunciado de um direito a não eliminação de posições jurídicas utilizando-se a seguinte formulação padrão: "*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica *RP* de *a*". Dessa forma, utilizando os exemplos anteriores (incisos X, XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira), é possível expressá-los da seguinte maneira:

1. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito de acesso à informação;
2. *a* tem, em face dos órgão públicos, ou seja, do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular

do direito de receber informações de seu interesse particular ou interesse coletivo ou geral;

3. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à intimidade;
4. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à vida privada;
5. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à honra; e
6. *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à imagem.

Alexy (2011, p. 201) classifica os direitos a ações positivas ou direitos a prestações em dois grupos: 1) direitos cujo objeto é uma ação fática; 2) direitos cujo objeto é uma ação normativa. Ao distinguir ambos os grupos, o autor descreve que:

> A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. Direitos a ações positivas *normativas* são direitos a atos estatais de criação de normas. [...]. Quando se fala em 'direitos a prestações' faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas, que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como *direitos a prestações em sentido amplo*.[83] (Alexy, 2011, p. 202-203, grifo do original)

Alexy (2011, p. 203) descreve que tanto o direito à ação positiva fática quanto o direito à ação positiva normativa abarcam coisas muito diversas, porém apresenta as suas estruturas mais básicas: "*a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática h_f"; e "*a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa h_n".

Freitas (2007, p. 70-71) descreve que, diferente dos direitos de defesa, cujos efeitos são no sentido de evitar uma ação, os direitos a prestações "oportunizam ao seu titular a condição de obter do destinatário da norma uma ação positiva" e, nesse caso, "se vinculam à ideia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e o implemento das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício de tais liberdades". O mesmo autor também explica que:

83 O conceito de direitos a prestações em sentido amplo será tratado com mais detalhes no subcapítulo "Direitos a ações positivas do Estado".

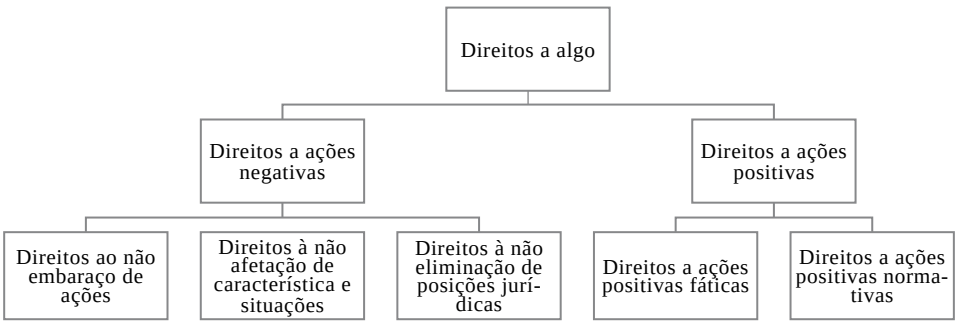
> Para alguns doutrinadores, têm esses direitos como principal objetivo assegurar tanto aos indivíduos, quanto aos grupos em que se inserem, a participação na vida política, econômica, social e cultural. Suas características mais marcantes seriam, do ponto de vista objetivo, o de se constituírem em um conjunto de normas através das quais o Estado se desincumbe de sua tarefa de equilibrar as desigualdades sociais; e, do ponto de vista subjetivo, de serem faculdades atribuídas a indivíduos e grupos de participarem dos benefícios da vida em comunidade, que correspondem a direitos a prestações diretas e indiretas pelo poder público. Bem, por isso Alexy define os direitos a prestações como sendo todos os direitos fundamentais a um ato positivo, uma ação do Estado, identificando-os como a contrapartida exata ao conceito de direitos de defesa. (Freitas, 2007, p. 71)

Em relação ainda aos direitos a prestações dispostos na Constituição Federal brasileira, Freitas (2007, p. 71-72, grifo nosso) destaca que:

> De notar-se, por relevante, que *assim como dentre os denominados direitos individuais e coletivos alinhados nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal se encontram não somente direitos a prestações negativas* [direito de defesa] *como também direitos a prestações positivas* – tais como [...] *o direito a informações de interesse particular, coletivo ou geral* (XXXIII) [...].

Diante do exposto sobre os direitos a algo em face do Estado, é possível representá-los conforme a figura a seguir:

Figura 5 Direitos a algo



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 203).

Ressalta-se que, conforme demonstrado nos exemplos utilizados, tem-se as seguintes situações:

1. o direito de acesso à informação consiste em um direito à ação negativa (direitos de defesa) e integra tanto o grupo dos direitos ao não embaraço de ações, quanto o grupo de direitos à não eliminação de posições jurídicas; e
2. os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem também consistem em direitos a ações negativas (direitos de defesa), que, por sua vez, integram tanto o grupo dos direitos à não afetação de características e situações, quanto o grupo de direitos à não eliminação de posições jurídicas.

Ademais, conforme pode ser observado em Freitas (2007), os direitos sob análise, por compreenderem incisos do artigo 5º da Constituição Federal, também consistem em direitos a ações positivas (direitos a prestações).

Registra-se que a temática dos direitos a prestações será retomada adiante[84] com maior profundidade, todavia, antes, julgou-se importante abordar os conceitos de liberdades e competências.

Liberdades

Feitas as devidas classificações dos direitos a algo tendo em vista seus objetos, Alexy (2011, p. 204) os relaciona aos conceitos de dever e de liberdade. Para tanto, retoma as modalidades deônticas básicas.[85] Conforme mencionado anteriormente, as modalidades deônticas básicas envolvem os conceitos de dever, de proibição e de permissão e, segundo o autor em questão (2011, p. 204), podem ser expressas utilizando os seguintes enunciados padrões:

1. É obrigatório que *a* faça;
2. É proibido que *a* faça; e
3. É permitido que *a* faça.

Tal pesquisador (2011, p. 206) explica que os três operadores deônticos podem ser definidos reciprocamente, por exemplo:

a. ser obrigatório que *a* faça significa que não é permitido que *a* não faça; e

b. ser proibido que *a* faça significa que não é permitido que *a* faça.

Diante de tais explicações, Alexy (2011, p. 206) considera que "a possibilidade de definição recíproca dos conceitos deônticos básicos faz com que fique claro que não seria necessário utilizar todos eles. Apenas um deles, não importa qual, seria suficiente".

O autor também menciona que "para a teoria dos direitos fundamentais o conceito de permissão tem especial interesse. Se se aceitam as definições apresentadas, que correspondem ao sistema padrão da lógica deôntica, então, a permissão consiste na negação da proibição" (Alexy, 2011, p. 206).

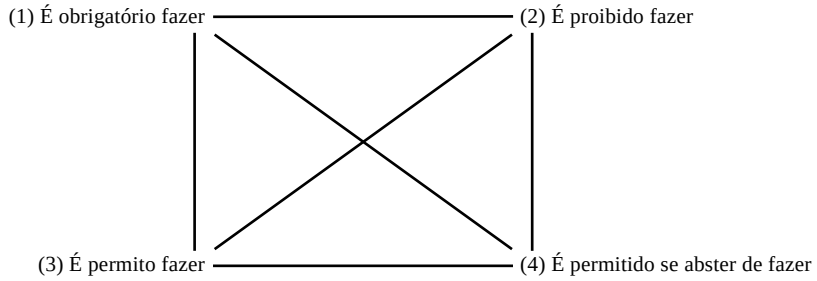
Porém, Alexy (2011, p. 206, grifo nosso) declara que o conceito de permissão é um conceito relativamente fraco, uma vez que não abarca a ausência da proibição e da obrigação, simultaneamente. Ou seja: "o que é permitido no sentido de *não proibido* pode ser *não obrigatório*" e, nesse caso, também é permitido se abster de fazer.

Sob essa perspectiva, com o objetivo de demonstrar as relações entre as posições demonstradas acima, o autor as ilustra utilizando o chamado quadro deôntico (figura 6).

84 Subcapítulo "Direitos a ações positivas do Estado".

85 Conforme abordado no subcapítulo "Direitos fundamentais: normas, enunciados normativos, regras e princípios".

Figura 6 Quadro deôntico



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 207).

Alexy (2011, p. 207) explica que, como pode ser observado na figura 6, as posições demonstradas, (1), (2), (3) e (4), configuram as seguintes relações:

a. (1) e (2) são *contrários* e logicamente *incompatíveis*, porém um não decorre da negação do outro. Ou seja: se não é obrigatório fazer, não significa necessariamente que é proibido fazer; da mesma forma que se não é proibido fazer, não significa necessariamente que é obrigatório fazer;

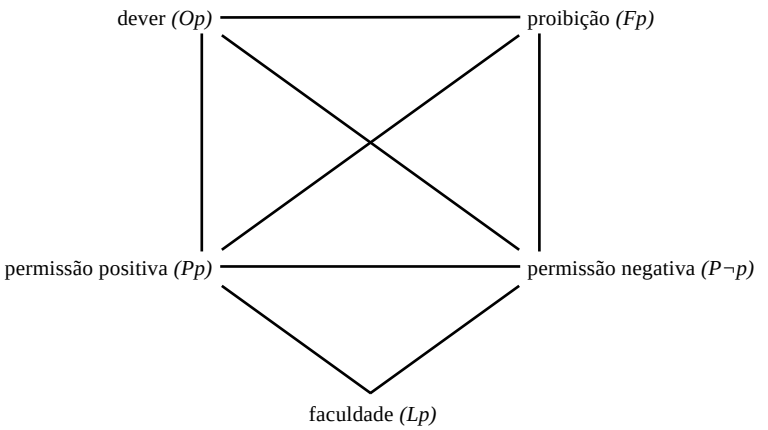
b. (1) e (4) e (2) e (3) são *contraditórios*, uma vez que (4) e (3) decorrem, respectivamente, da negação de (1) e (2). Ou seja: se não é obrigatório fazer, é permitido se abster de fazer; da mesma forma que, se não é proibido fazer, é permitido fazer;

c. (1) e (3) e (2) e (4) são *subalternos*, uma vez que (3) e (4) decorrem, respectivamente, de (1) e (2). Ou seja: se é obrigatório fazer, consequentemente, significa que é permitido fazer; da mesma forma que, se é proibido fazer, consequentemente, é permitido se abster de fazer;

d. (3) e (4) são *subcontrários* e logicamente *compatíveis*, uma vez que um decorre da negação do outro. Ou seja, se não é permitido fazer, consequentemente, é permitido se abster de fazer; da mesma forma que, se não é permitido se abster de fazer, consequentemente é permitido fazer.

Nos casos em que a permissão se refere à negação de uma proibição (a permissão de um fazer), Alexy (2011, p. 207) sugere que seja denominada "permissão positiva"; e, naqueles em que se refere à negação do dever (a permissão de uma abstenção), ele sugere que seja denominada "permissão negativa". Complementando, o autor explica que "da conjunção das permissões positiva e negativa resulta uma posição composta, que pode ser designada por 'faculdade'", a qual tem um papel importante na análise da liberdade. Além disso, apresenta os conceitos deônticos básicos com o complemento do conceito de faculdade da seguinte forma:

Figura 7 Quadro deôntico completado com o conceito de faculdade



Fonte: Alexy (2011, p. 208).

Com o objetivo de abordar a relação entre conceito de direito a algo e outros conceitos, como dever e liberdade, tendo como base as modalidades deônticas, Alexy (2011, p. 208) passa a considerar o *caráter relacional* de tais conceitos. Para tanto, confirma a relação triádica que deve ser concebida aos direitos a algo: a relação entre um titular (*a*), um destinatário (*b*) e um objeto (*G*). Feito o devido destaque, o autor explica que:

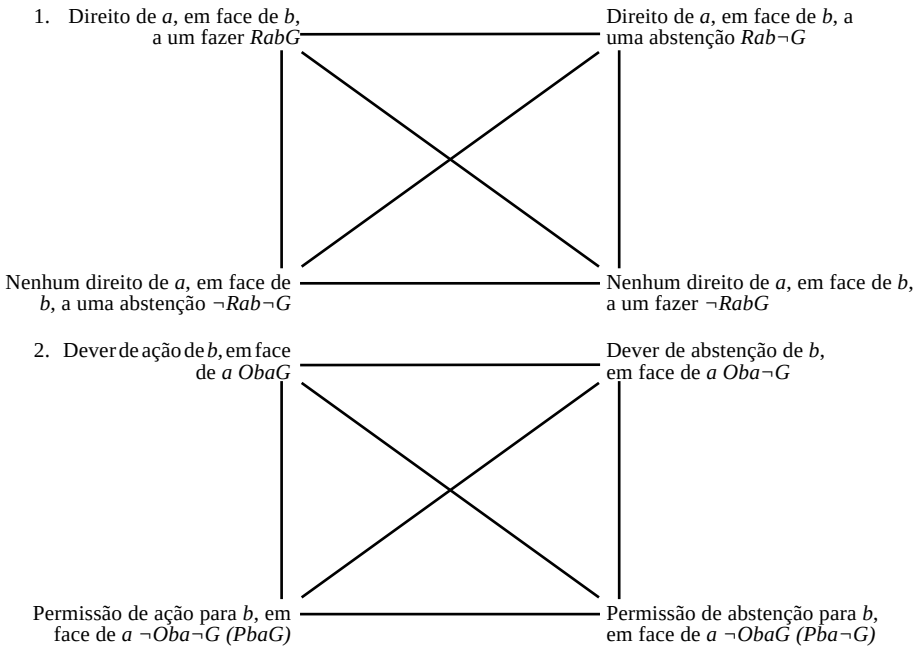
> A chave para a análise da correspondência entre direito e obrigação está na equivalência lógica entre a relação triádica dos direitos e uma relação triádica das obrigações ou deveres. De: (1) *a* tem, em face de *b*, um direito a que *b* o ajude decorre: (2) em face de *a*, *b* está obrigado a ajudá-lo, e vice versa. (2) expressa uma obrigação relacional. [...] enunciados sobre direitos a algo e enunciados sobre obrigações relacionais descrevem a mesma coisa, de um lado, a partir da perspectiva de *a* e, de outro, da perspectiva de *b*. (Alexy, 2011, p. 208-209)

Prosseguindo, Alexy (2011, p. 215) adapta a teoria de Hohfeld[86] a respeito das "relações jurídicas estritamente fundamentais *sui generis*"[87] e as correspondências lógicas entre elas, apresentando um esquema duplo, no qual "a ação e a abstenção são sempre uma ação e uma abstenção de *b*" (Figura 8).

86 HOHFELD, Wesley N. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. In: HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptios as aplied in judicial reasoning and others legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923.

87 De acordo com Alexy (2011, p. 210), Hohfeld (1923) considera que existem oito "relações jurídicas estritamente fundamentais *sui generis*". "Ele as designa com as expressões 'direito' (*right*), 'dever' (*duty*), 'não direito' (*no-right*), 'privilégio' (*privilege*), 'poder' (*power*), 'sujeição' (*liability*), 'incapacidade' (*disability*) e 'imunidade' (*immunity*). Os quatro primeiros dizem respeito ao âmbito dos direitos a algo; os quatro últimos, ao das competências". A teoria de Hohfeld também foi mencionada no capítulo 6 O significado da expressão "ter um direito" e a prevalência dos direitos.

Figura 8 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica dos direitos e a relação triádica das obrigações ou deveres



Fonte: Alexy (2011, p. 215).

Segundo Alexy (2011, p. 216), as posições no interior dos dois esquemas parciais apresentados representam uma relação de equivalência, porém em sentidos ou direções opostas (denominada por Alexy "relação conversa"[88]). Nesse caso, tal estudioso esclarece e demonstra que, conforme dito anteriormente, está correta a tese da redução, a qual considera que apenas um conceito deôntico básico é suficiente no âmbito do direito a algo.[89]

> visto que todas as posições no esquema parcial relativo aos direitos são equivalentes a posições no esquema parcial relativo aos deveres podem ser expressas com o auxílio do operador deôntico triádico de mandamento, então *todos os enunciados sobre direitos a algo podem ser transformados em enunciados sobre obrigações relacionais formuladas com o auxílio do operador deôntico triádico de mandamento*. (Alexy, 2011, p. 216, grifo nosso)

Todavia, o autor em questão faz um alerta:

> Mas isso mostra apenas a possibilidade de redução ao operador deôntico triádico de mandamento. É necessário indagar como este se relaciona com o operador monádico do sistema padrão. Isso depende da interpretação dos enunciados formados por operadores monádicos. [...]. As relações entre modalidades relacionais e não relacionais são [...] complexas. Ainda assim, fica claro que as modalidades

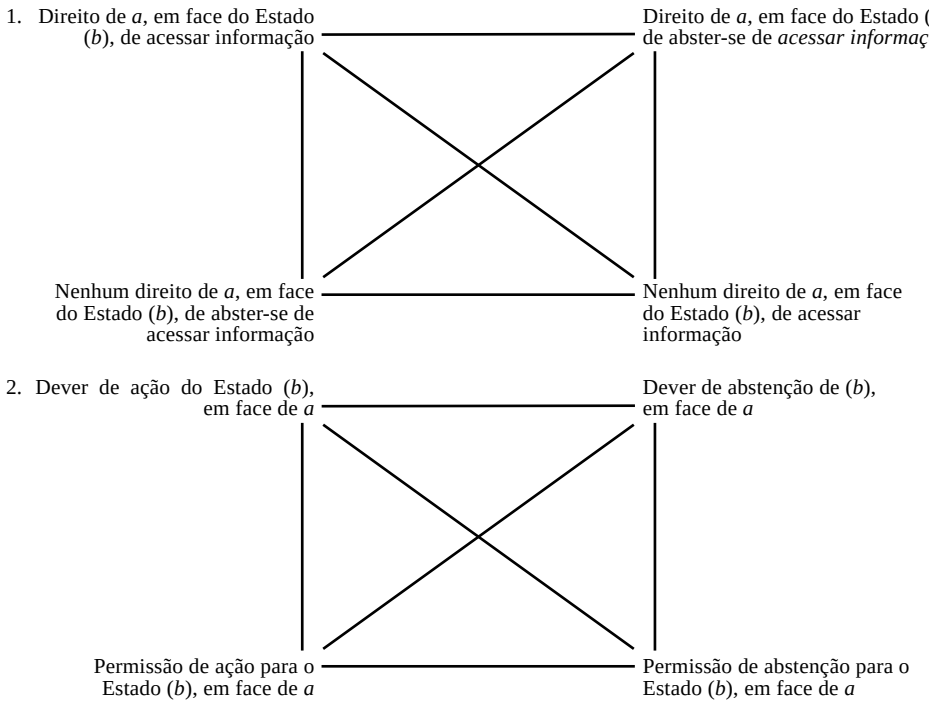
88 A título de esclarecimento, têm-se como exemplo de "relação conversa" as seguintes situações: 1) *b* é o proprietário de *Z* e 2) *Z* pertence a *b*; (1) *c* é pai de *d* e (2) *d* é filho de *c*. O que muda é o ponto de partida ou o ângulo considerado.

89 Conforme mencionado no início do subcapítulo "Liberdades".

> relacionais não podem ser substituídas pelas não relacionais e, nesse sentido, ser a elas reduzidas. Tudo aquilo que pode ser dito com o auxílio de modalidades não relacionais pode também o ser com o auxílio das modalidades relacionais. Com isso, fica clara a correção da tese da redução. A redução a uma modalidade deôntica é possível; é certo que essa modalidade deve ser internamente diferenciada (relacionada), mas isso não requer nenhum conceito normativo adicional. Para o âmbito dos direitos a algo demonstrou-se, portanto, que existe aquilo que se pode chamar de 'unidade do dever-ser'. (Alexy, 2011, p. 216)

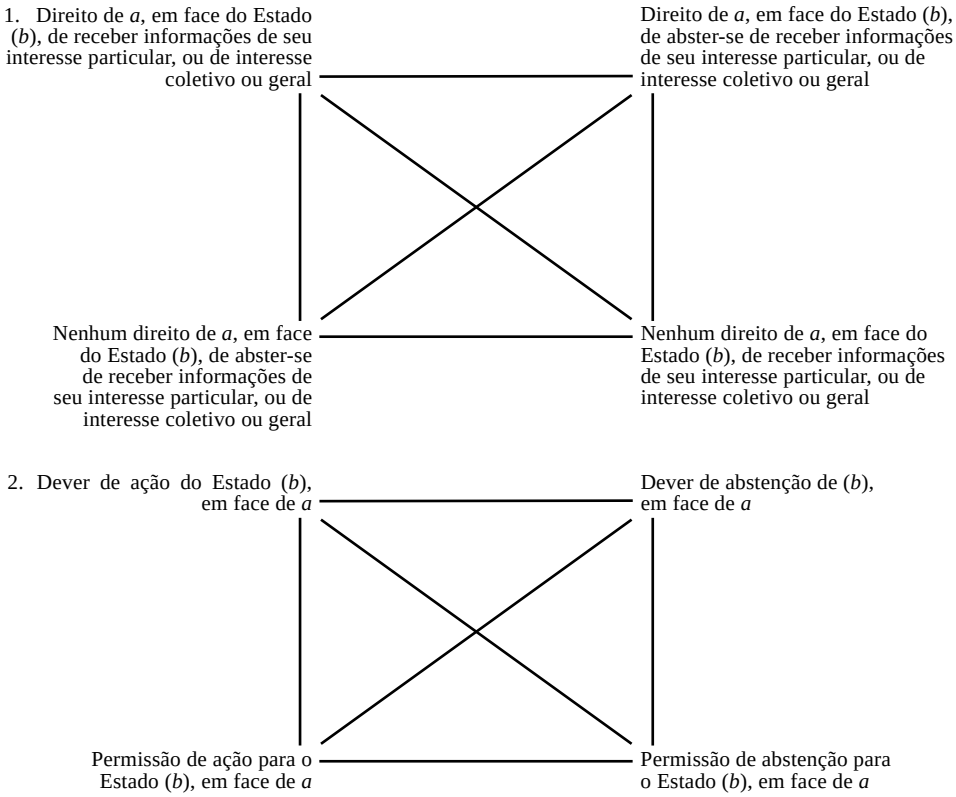
Seguindo a concepção de Alexy (2011), pode-se representar o direito de acesso à informação (disposto nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição) e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, que, conforme relatado anteriormente, consistem em direitos a algo, fazendo uso dos esquemas duplos seguintes (Figuras 9 a 14).

Figura 9 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito de acesso à informação (inciso XIV) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



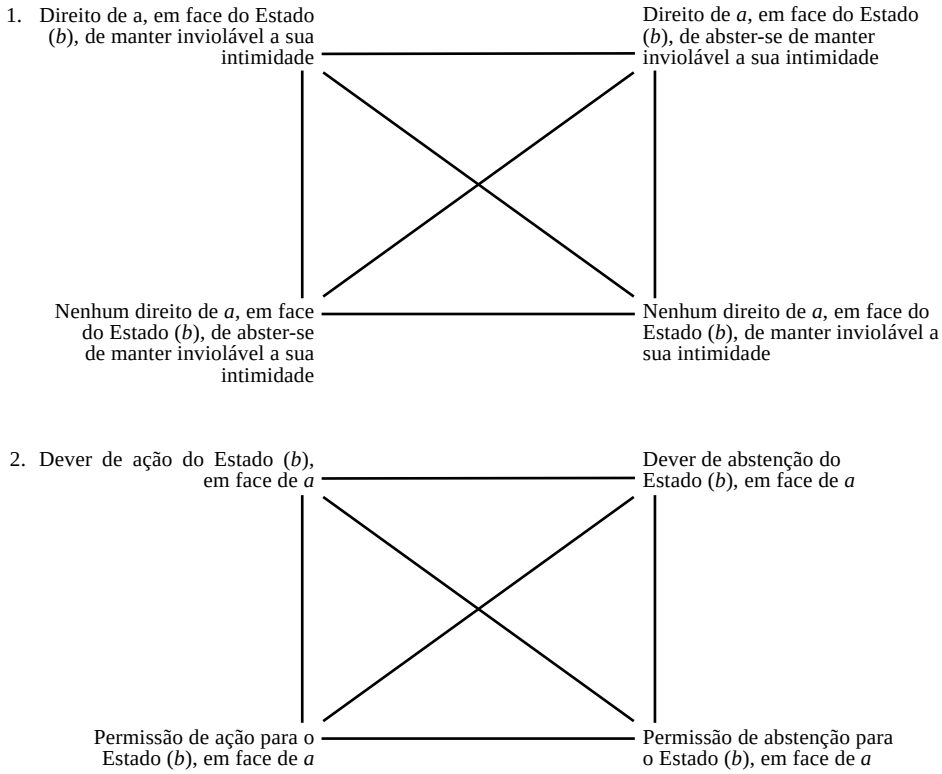
Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Figura 10 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito de acesso à informação (inciso XXXIII) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



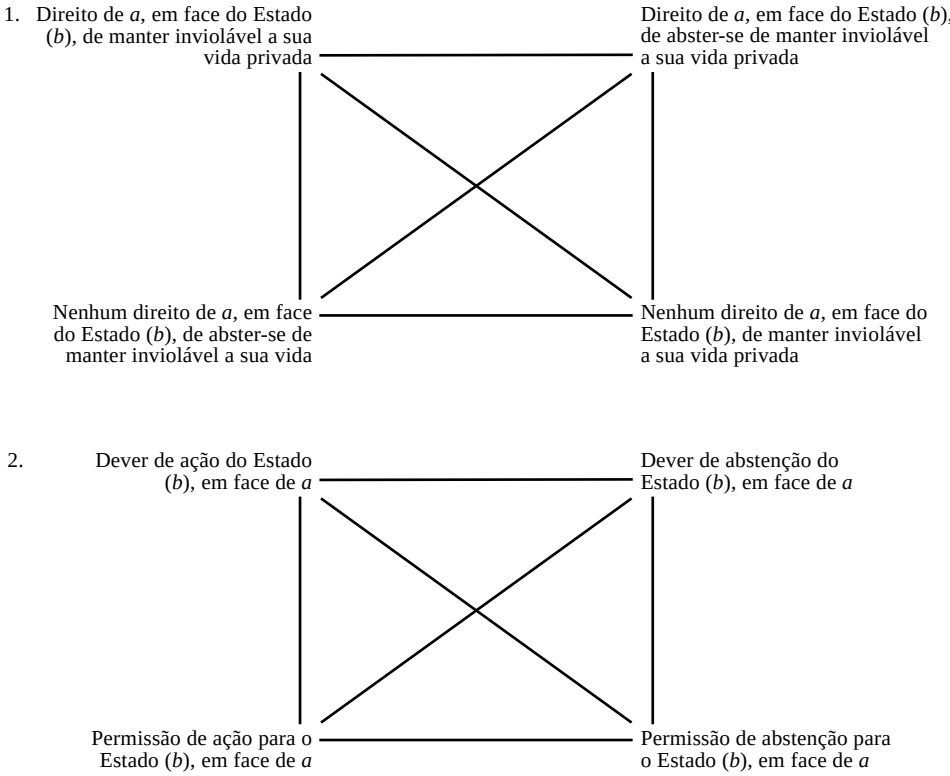
Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Figura 11 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito à intimidade (inciso X) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



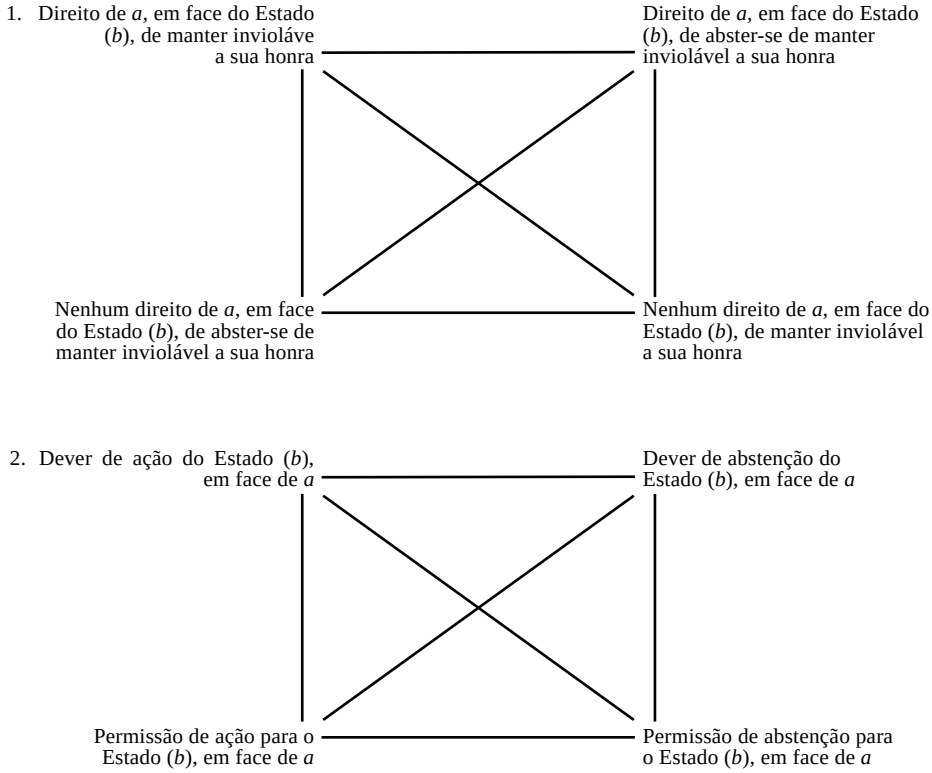
Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Figura 12 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito à vida privada (inciso X) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



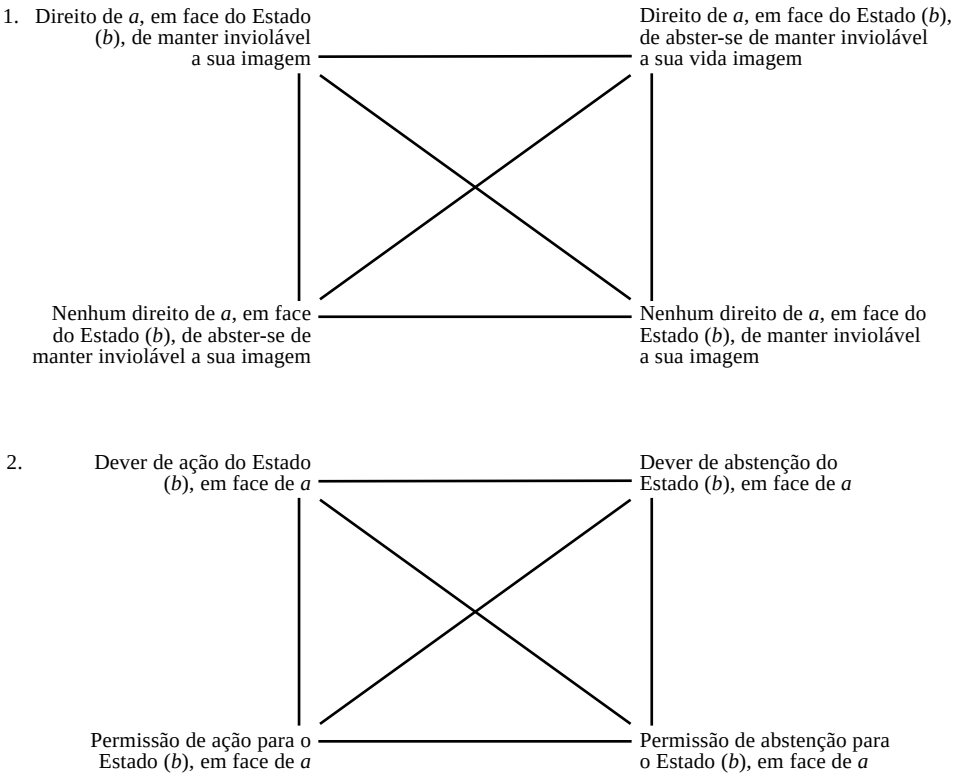
Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Figura 13 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito à honra (inciso X) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Figura 14 Esquema duplo sobre a equivalência lógica entre a relação triádica do direito à imagem (inciso X) e a relação triádica das obrigações e deveres do Estado



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 215).

Ainda em relação ao esquema duplo (Figuras 9 a 14), Alexy (2011, p. 217) afirma que ele "pode ser visto como uma explicação do conceito de direito a algo no âmbito de um sistema lógico que, embora elementar, em geral é suficiente para fins práticos". Porém, também admite que "é certo que os conhecimentos que dele se extraem [...] não conduzem a uma decisão em casos polêmicos [...] já que, para tanto, são imprescindíveis valorizações e conhecimento empírico". Mas explica que, mesmo assim, tais conhecimentos "constituem a base necessária para uma argumentação jurídica racional que tenha pretensões de um máximo de clareza". Destaca, inclusive, que "isso vale em medida muito especial para o segundo grupo das posições jurídicas fundamentais, o grupo das liberdades".

Em relação ao conceito de liberdade, Alexy (2011, p. 218), de imediato, faz a seguinte observação: "é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade".

Nesse sentido, ele se atém ao conceito de liberdade jurídica, buscando fundamentá-lo a partir do conceito de permissão jurídica. Entendendo o cerne do conceito de liberdade como a ausência de obstáculos, de restrições e/ou re-

sistências, Alexy (2011, p. 220) acrescenta que as concepções de liberdade normalmente estão associadas a pessoas, porém "também é possível designar outras coisas como 'livres', como, por exemplo, uma ação ou a vontade". Porém, segundo ele, "isso não implica uma objeção contra a concepção de liberdade relacionada a pessoas, pois enunciados sobre liberdade de ações ou da vontade podem ser facilmente reduzidos a enunciados sobre a liberdade de pessoas".

Mediante tais argumentos, Alexy defende que "a base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade". Prosseguindo, apregoa que "se se parte desse pressuposto, então há uma diferença decisiva se o objeto da liberdade é *uma alternativa de ação* ou somente *uma ação*". Mas, como se propõe a se concentrar no conceito de liberdade jurídica, ele (2011, p. 222, grifo do original) esclarece que, em tal caso, o objeto é uma alternativa de ação. Também explica que, quando o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, trata-se de uma "liberdade *negativa*".

No que tange ao conceito de liberdade negativa, o autor em referência assim a define:

> Uma pessoa é livre no sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. O conceito negativo de liberdade nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; ele diz apenas algo sobre possibilidades de fazer algo. O conceito mais amplo de liberdade, do qual a liberdade jurídica é uma manifestação especial, é, por isso, uma relação triádica, cujo terceiro elemento é uma *alternativa de ação*. [...] a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto que no caso da segunda ele consiste em uma alternativa da ação. Esses conceitos de liberdades positiva e negativa não coincidem sob todos os aspectos com seu uso na linguagem corrente. O conceito de liberdade negativa aqui fixado é mais amplo que o habitual, enquanto o conceito de liberdade positiva é mais restrito. (Alexy, 2011, p. 222, grifo do original)

O autor (2011, p. 223, grifo do original) ressalta, ainda, que se a transformação de uma situação de não liberdade em uma situação de liberdade tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, "então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal *positiva*". Ao passo que, "quando se trata da criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação *negativa*". Dessa forma, ele afirma que "para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa".

Alexy (2011, p. 222) descreve que um enunciado de liberdade pode assumir ou ser reduzido à seguinte forma padrão: "*x* é livre (não livre) de *y* para fazer *z* ou para não fazer *z*", sendo que *x* representa o titular da liberdade (ou da não liberdade), *y* o obstáculo à liberdade e *z* a ação cuja realização ou não realização é o objeto da liberdade. Retomando o conceito de liberdade jurídica, contudo, o autor destacado (2011, p. 225-226) substitui o enunciado anterior pelo seguinte: *a* está livre de proibições jurídicas para

um fazer ou não fazer[90] que equivale a: é (juridicamente) permitido que *a* realize *h*, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de realizar *h*. Segundo o citado estudioso (2011, p. 226, grifo do orignal), o enunciado equivalente "expressa a liberdade jurídica da forma mais simples e clara". Além disso, explica que a substituição acima "é possível porque entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade existe uma relação *analítica*" e "a proibição jurídica é exatamente a proibição do objeto da liberdade".

Seguindo as elucidações de Alexy (2011), pode-se representar os direitos sob análise por intermédio das seguintes formulações padrões que expressam liberdades:

1. é (juridicamente) permitido que *a* acesse informação, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de acessar informação;
2. é (juridicamente) permitido que *a* receba informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral;
3. é (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua intimidade inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua intimidade inviolável;
4. é (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua vida privada inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua vida privada inviolável;
5. é (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua honra inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua honra inviolável;
6. é (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua imagem inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua imagem inviolável.

Relativamente às liberdades não jurídicas, Alexy (2011, p. 226, grifo do original) explica que "a questão é mais complicada", uma vez que "entre o obstáculo e o objeto existe apenas uma relação *empírica*". Considerando essas diferenças, ele comenta que "é essa especificidade da liberdade jurídica que possibilita que a análise do conceito de liberdade jurídica se baseie diretamente no conceito de permissão, em vez de baseá-la na relação triádica geral de liberdade". Também menciona que, apoiando-se e aparando-se do conceito de liberdade jurídica, pode-se estabelecer um conceito de liberdade *fática*, que, segundo ele, torna-se importante nas análises jurídicas enquanto um conceito

90 Na ocasião utiliza o seguinte exemplo: "*a* está livre de proibições jurídicas para expressar ou não expressar opinião" e "é (juridicamente) permitido que *a* expresse sua opinião, e é (juridicamente) permitido que a deixe de expressar sua opinião" (Alexy, 2011, p. 225-226).

contraposto ao conceito de liberdade jurídica: "em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido".

Na sequência de sua abordagem das liberdades jurídicas, Alexy (2011) discorre sobre as liberdades jurídicas *protegidas* e *não protegidas*, levando em conta a conexão entre os conceitos de liberdade jurídica e de permissão de negação de deveres e proibições.

Em relação às liberdades jurídicas *não protegidas*, o autor (2011, p. 227), de imediato, declara que elas podem ser totalmente reduzidas às permissões no sentido de negação de deveres e proibições e afirma que "pode ser definida como uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer", ou seja, refere-se ao que foi definido anteriormente como faculdade. Ele também explica que "a negação da liberdade não protegida é a *não liberdade*" e, "nesse sentido, um sujeito de direito *a* não é juridicamente livre [...], no que diz respeito a uma determinada ação, se a abstenção [...] *ou* a realização dessa ação lhe é juridicamente obrigatória" (Alexy, 2011, p. 227-228, grifo do original).

O referido autor menciona, ainda, que as liberdades não protegidas podem ser absolutas e relativas tanto em relação a pessoas, quanto a objetos. No que toca às pessoas, é absoluta quando em face de todos os sujeitos de direito; e é relativa quando não existe em face de alguns (no mínimo, um sujeito de direito, o Estado, por exemplo, ou uma determinada pessoa privada). Em relação a objetos, é absoluta "se se a *a* é permitido, em face de *b*, realizar ou não realizar toda e qualquer ação" e é relativa "se a ele é permitido, em face de *b*, realizar ou não pelo menos uma ação" (Alexy, 2011, p. 228-229).

A respeito da definição de liberdade não protegida tendo como base a relação entre permissão de um fazer e a permissão de um não fazer, o autor destaca que "torna claro que a liberdade não protegida consiste na mera ligação da permissão positiva com a permissão negativa", as quais "nada mais são que a negação dos deveres [...] e proibições [...] correspondentes". Sob tal perspectiva, Alexy declara que:

> Isso significa duas coisas. Em primeiro lugar, que a introdução do conceito de liberdade não protegida não significa a introdução de uma categoria independente em relação ao dever-ser no sentido de um mandamento. Do ponto de vista lógico, liberdades não protegidas nada mais são que uma determinada combinação de negações do dever-ser.[91] [...] em segundo lugar, que as liberdades não protegidas não implicam o direito de não ser embaraçado no gozo dessas liberdades. Um tal direito é um direito a algo e se distingue fundamentalmente de uma combinação de permissões. Se esse direito estiver presente, a liberdade não protegida transforma-se em liberdade protegida. (Alexy, 2011, p. 229-230)

91 Cabe aqui ressaltar que, em se tratando da relação entre os conceitos de liberdade e dever-ser, Alexy (2011, p. 229) não toma partido "na disputa sobre se, em ordenamentos normativos, o conceito primário é a liberdade, a qual é restringida pelo dever-ser, ou se o conceito primário é o dever-ser, o qual cria a liberdade por meio de não deveres e não proibições".

Considerando que "uma liberdade não protegida existe caso tanto uma ação quanto a abstenção correspondente são qualificadas como permitidas", o autor em tela (2011, p. 230) explica que tal qualificação pode ocorrer por duas razões: "pode basear-se em uma norma permissiva expressa ou ela poder ser fundamentada por meio da inexistência, no sistema jurídico, de normas mandatórias ou proibitivas no âmbito das quais se enquadrasse a ação ou a abstenção em questão".

No primeiro caso, de acordo com o mesmo autor (2011, p. 231), trata-se de uma "permissão *explícita"*, e, no segundo caso, de uma "permissão *implícita*". Porém, ele ressalta que "normas de direitos fundamentais são, na medida em que por meio delas algo é permitido, *normas permissivas explícitas*". Sobre o conceito de normas permissivas no âmbito dos direitos fundamentais, após relatar os problemas e objeções existentes, Alexy (2011, p. 231-232, grifo do original) as define como:

> Normas de direitos fundamentais permissivas são normas de hierarquia constitucional, ou seja, normas do mais alto nível hierárquico. [...] no âmbito da estrutura do ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais permissivas têm a importantíssima função de estabelecer 'os limites do dever-ser' em relação às normas de nível inferior.[92] [...]. Da perspectiva do titular de um direito fundamental as normas de direitos fundamentais apresentam-se, dentre outras, como normas que outorgam permissões.

Finalizando seu entendimento a respeito do conceito de liberdade jurídica não protegida, Alexy (2011, p. 232-233, grifo do original) sintetiza que tais liberdades consistem na permissão de se fazer algo e de se abster de fazê-lo, mas não contemplam, em si, uma proteção por meio de normas e direitos garantidores das mesmas. Em que pese isso, no caso das liberdades jurídicas de nível constitucional, "isso não significa uma desproteção total", uma vez que "são inconstitucionais as normas infraconstitucionais que ordenam ou proíbem algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixa de fazer". Adverte, contudo, que "a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso", ou seja, na inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, tal proteção pode ser ampliada por intermédio da constituição de "um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida". Nesse caso, quando se associa a proteção de liberdade a um direito e/ou uma norma, então "ela é uma *liberdade protegida*". Ressalta-se que esse é o caso do direito de acesso à informação e dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem no cenário brasileiro.

---

92 De acordo com Alexy (2011, p. 232), "essa função não pode ser realizada por meio da mera ausência de normas mandatórias ou proibitivas. Ela pode, contudo, ser realizada por meio de normas permissivas de proteção, ou seja, por meio de normas que proíbem ao Estado ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competências que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações". Para mais detalhes, sugere-se consultar o item "2.2.1.3 Normas constitucionais permissivas" da obra do autor (2011, p. 230-232).

Quanto ao conceito de liberdade protegida, o citado autor complementa que "toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado", e, dessa forma, conclui que:

> *Toda liberdade que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo por um direito, garantido direta*[93] *e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre*. Se se combinam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não protegida e um direito ao não embaraço de ações. (Alexy, 2011, p. 234, grifo nosso)

Diante do exposto, Alexy (2011, p. 234) declara que as liberdades protegidas podem ser representadas por intermédio do seguinte enunciado padrão: "A *a* é facultado, em relação ao Estado (*s*), realizar *h*, e *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace em relação à alternativa de ação *h*/¬*h*[94]". Sob essa perspectiva, utiliza-se, como exemplo, a questão do direito de acesso à informação:

1. A *a* é facultado, em relação ao Estado (*s*), acessar informação, e *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace em relação à alternativa de (1) acessar informação e (2) se abster de acessar informação;

2. A *a* é facultado, em relação ao Estado (*s*), receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, e *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace em relação à alternativa de (1) receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral e (2) se abster de receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

Em relação à temática que se analisa, Alexy (2011, p. 234, grifo do original) descreve que "o direito ao não embaraço é um direito a uma ação negativa", ou seja, direitos a ações negativas correspondem a proibições dessas ações. Dessa forma, "proteções por meio de proibições podem ser chamadas de '*proteções negativas*'". Assim, ele explica o seguinte:

> Quando se fala em direitos fundamentais como "direitos de defesa", quer-se, em geral, fazer referências aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Esses direitos estão ligados à *competência* para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições – uma *liberdade jurídica*, um *direito* contra o Estado a um não embaraço e uma *competência* para questionar judicialmente a violação desse direito –, é possível falar em um *direito negativo de liberdade* em face do Estado que seja totalmente desenvolvido. (Alexy, 2011, p. 234, grifo do original)

---

93 Considerou-se que não era relevante abordar aqui os conceitos de "liberdade protegida *diretamente*" e "liberdade protegida *indiretamente*", tendo em vista a possibilidade de se perder o foco. Para mais informações sobre os referidos conceitos, sugere-se consultar o item "2.2.2.1 Sobre a estrutura básica da proteção" em Alexy (2011, p. 233).

94 Na expressão, o termo "ação h/¬h" equivale a: ação de fazer *h* ou de se abster de fazer *h*.

O conceito de competência será abordado a seguir, mas já se pode inferir que o direito de acesso à informação (direito a não embaraço[95]), no cenário brasileiro, é um *direito negativo de liberdade*, que se encontra protegido no ordenamento jurídico brasileiro, em normas que compõem a Constituição Federal (incisos XIV e XXXIII do art. 5º) e em normas infraconstitucionais (as que compõem a Lei de Acesso à Informação, por exemplo).

Competências

Antes de iniciar sua abordagem a respeito do conceito de competências, Alexy (2011, p. 335) menciona que "os direitos a algo e as liberdades representam apenas uma parcela das posições que são chamadas de direitos e que, além desses dois grupos, existe um terceiro". Este último grupo, que, de acordo com o autor, não é menos importante que os dois primeiros, contempla "as posições que são designadas por termos ou expressões como 'poder' ou 'poder jurídico' (*power*), 'competência' (*competence*), 'autorização', 'capacidade', 'direito formativo' e 'capacidade jurídica'". Porém, o autor opta por utilizar o termo competências para designar todas essas posições que contemplam o terceiro grupo.[96]

Feitas as devidas considerações em relação à terminologia, Alexy (2011, p. 236, grifo do original) expõe que uma competência envolve a alteração de uma situação jurídica por meio de uma ação. Esta pode ser descrita de duas formas: 1) por intermédio da "criação de *normas* individuais ou gerais, as quais sem essa ação não seriam válidas"; e 2) através da "alteração das *posições* jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma". No entanto, adverte que o conceito de competência diverge do conceito de permissão. Segundo ele,

> Ainda que uma ação que seja o exercício de uma competência seja, em geral, também permitida, uma ação que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, o que é perceptível pela diversidade de ações permitidas que não implicam alteração de uma situação jurídica. A diferença entre as permissões e as competências manifesta-se também em suas negações. A negação de uma permissão é uma proibição; a negação de uma competência, uma não competência. (Alexy, 2011, p. 236-237)

Seguindo essa linha de pensamento, o autor esclarece que uma permissão existe independentemente de uma ação e não acrescenta nada à capacidade de ação. Ou seja, é possível executar uma ação independentemente de ela ser permitida ou proibida. Normalmente, as pessoas só fazem quando é permitido e não proibido, como, por exemplo, buzinar no trânsito. A ação de buzinar é a mesma e pode ser executada por qualquer indivíduo, a diferença é que, em determinadas circunstâncias, é proibido. A competência acrescenta algo à capacidade de ação do indivíduo que este naturalmente não possui. Além disso, "as disposições que dizem respeito

95 Conforme demonstrado no subcapítulo "Direitos a algo".

96 Alexy (2011, p. 235) justifica sua opção pelo termo competências. Segundo ele, "'poder' ou 'poder jurídico' apontam para algo fático, 'capacidade' está muito próxima da permissão, 'direitos formativos' são apenas um segmento do âmbito das competências e 'capacidade jurídica' seria adequada, mas é um termo muito trabalhoso.

à validade de atos e de negócios jurídicos estabelecem uma capacidade jurídica atribuída expressamente pelo ordenamento jurídico" (Alexy, 2011, p. 238).

Como exemplo, um indivíduo pode se locomover (ação) livremente pelas vias de um município, mas só pode se locomover conduzindo um veículo motorizado (acréscimo à capacidade de ação) aqueles que cumprirem determinadas condições previstas no ordenamento jurídico brasileiro, condições estas que os tornam habilitados em âmbito nacional (alteração da *posição* ou *situação* – capacitados/habilitados para se locomoverem conduzindo um veículo motorizado). É permitido se locomover conduzindo um veículo motorizado, desde que o indivíduo tenha adquirido competência conforme previsto no ordenamento jurídico. Como se percebe, nesse último exemplo, o cerne da questão não está no fato de ser proibido ou não, mas no fato de ter ou não ter competência para tanto.

Tendo em vista o disposto a respeito da diferença entre ação, permissão e competência, conclui-se que o disposto no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, a saber, "é assegurado a todos o acesso à informação", envolve uma permissão. O mesmo acontece com o disposto no inciso XXXIII: é permitido receber informações. Já o caso do inciso X revela uma não permissão: não é permitido violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Ainda a respeito do critério da alteração da situação jurídica mencionado acima, é importante ressaltar a seguinte advertência de Alexy (2011, p. 238):

> O critério da alteração da situação jurídica é adequado para a distinção entre a competência e a permissão, mas é inadequado para a distinção entre a capacidade fática e a competência. Nem toda ação por meio da qual se produz uma alteração de posições jurídicas pode ser considerada como exercício de uma competência. Quando *a* realiza um ato delituoso contra *b*, tanto a posição de *a* quanto a de *b* são modificadas. A partir desse momento, *a* está obrigado, em face de *b*, a compensá-lo pelos danos, e *b* tem, também, a partir daquele momento, um direito correspondente contra *a*. No entanto, a realização do ato delituoso não é considerada como o exercício de uma competência.

Em relação a tal ressalva do autor, pode-se utilizar, como exemplo, o disposto no inciso X do art. 5º da Constituição brasileira: "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". Ou seja, se *a* viola a intimidade ou a vida privada ou a honra ou a imagem (atos delituosos) de *b*, tanto a posição de *a* quanto a de *b* são modificadas. A partir da violação de *b*, *a* está obrigado, em face de *b*, a compensá-lo pelos danos, e *b* tem, também, a partir do momento da violação, um direito correspondente contra *a*. Considerando a advertência de Alexy (2011), por se tratarem de atos delituosos, a violação da intimidade ou da vida privada ou da honra ou da imagem não pode ser considerada exercício de competências por alterarem as posições dos envolvidos, mas delitos.

Alexy (2011, p. 239) descreve que:

> Um problema central do conceito de competência é, portanto, o de responder à questão sobre como diferenciar as ações que são o exercício de uma competência das ações que, ainda que alterem situações jurídicas, não constituem o exercício de uma competência.

Porém, de acordo com o mesmo autor (2011, p. 239), "a resposta é: ações que constituem o exercício de uma competência são ações institucionais", as quais compreendem ações que "podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constituídas". Segundo ele (2011, p. 240), essas regras jurídicas constituídas podem ser denominadas "normas de competência" e estão contrapostas ao que pode ser denominado "normas de conduta". Ainda a respeito da diferença entre normas de competência e normas de conduta, ele explica que as primeiras "criam a possibilidade de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas"; as segundas, por sua vez, "não criam alternativas de ação [...]; elas apenas qualificam ações, ao estabelecer obrigações, direitos a algo e liberdades". Alexy (2011, p. 241) complementa que:

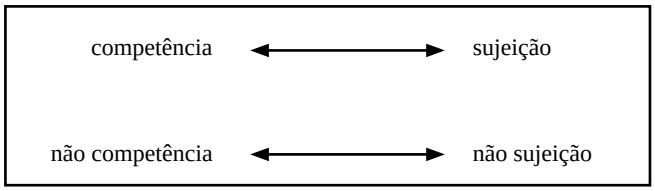
> A diferença entre normas de conduta e normas de competência é especialmente clara nos casos de seu descumprimento. O descumprimento de uma norma de competência não implica a ilegalidade, mas a nulidade ou a deficiência do ato. Se uma conduta que é o descumprimento de uma norma de competência é, ainda assim, classificada como ilegal, isso ocorre porque se pressupõe que, ao lado da norma de competência, há uma norma de conduta que obriga o correto exercício da competência.

Além disso, Alexy (2011, p. 242) correlaciona os conceitos de competência, sujeição, não competência e não sujeição. Porém, examina apenas a posição em que "um sujeito de direito (*a*) tem quando ele pode alterar a posição jurídica de outro sujeito de direito (*b*) sem que, para isso, sejam necessárias ações de outros sujeitos". Considerando esse ponto de análise, o autor esclarece que "o fato de *a* poder alterar a posição jurídica de *b* significa que *a*, por meio de um ato seu, pode criar uma posição jurídica de *b*, a qual, em iguais circunstâncias, não existiriam sem esse ato" (Alexy, 2011, p. 242-243). Dessa forma, descreve que a posição de *a* pode ser representada no seguinte enunciado: "*a* tem, em face de *b*, a competência para criar uma posição jurídica *RP* de *b*" (Alexy, 2011, p. 243). Considerando tal representação esclarece que:

> *RP* pode simbolizar uma posição jurídica de qualquer natureza, como, por exemplo, uma simples obrigação não relacional [...], um direito a algo [...] ou uma liberdade [...], mas pode simbolizar também competências de nível inferior. (Alexy, 2011, p. 243)

Diante do exposto, o autor relata que "da mesma forma que ocorre nos casos de direitos a algo, também no caso das competências é possível construir relações conversas [relações de equivalência]". Nesse caso, a relação conversa à competência é denominada por ele de *sujeição*, que pode ser representada por meio do seguinte enunciado padrão: "se *a* tem, diante de *b*, a competência para alterar a posição jurídica de *b*, *b* encontra-se, em face de *a*, e no que diz respeito a essa posição, em uma relação de sujeição, e vice-versa". E, se "*a* não tem, em face *b*, uma competência em relação *a RPb* [posição jurídica de *b*]", então "essa posição deve ser denominada de *não competência*." Além disso, se "*b*, em face de *a* e em relação a *RPb* [posição jurídica de *b*], não se encontra em uma relação de sujeição", então "essa posição deve ser denominada de não sujeição" (Alexy, 2011, p. 243) – Figura 15.

Figura 15 Relações entre competência, sujeição, não competência e não sujeição



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 244).

Prosseguindo, Alexy (2011, p. 244) afirma que "o conceito de competência é imprescindível para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais", independentemente se as competências são do cidadão ou do Estado.

No que se refere às competências do cidadão, para explicá-las, Alexy (2011, p. 246) as relaciona com os direitos a algo e as liberdades. Declara que "o direito a uma competência é associado tanto ao conceito de garantia de institutos[97] quanto ao conceito de liberdade". Também expõe, tendo em vista essa relação de competências e liberdades, que "quanto mais individualista for uma teoria normativa dos direitos fundamentais, mais direitos a competências ela reconhecerá". Segundo ele, o ponto central na relação em questão é o fato de "por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida". A respeito dessa expansão ele menciona que:

> Uma expansão das competências do indivíduo significa – desde que se pressuponha que o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido – um aumento da sua liberdade jurídica. Por essa razão, o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz. Ele faz com que o objeto da liberdade (realizar ou não realizar o ato jurídico) seja eliminado por razões *conceituais*. *A liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência de fazê-lo.* (Alexy, 2011, p. 246, grifo nosso)

Diante do exposto, entende-se que as liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, acessar informação e deixar de acessar informação, receber informação e deixar de receber informação, manter a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem invioláveis e deixar de manter a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem invioláveis, pressupõem necessariamente as competências de fazê-los.

97 Alexy (2011, p. 245) explica que: "O núcleo dogmático da teoria de institutos, criada por Martin Wolf, desenvolvida por Carl Schmitt [...] é uma proibição, endereçada ao legislador, contra a eliminação ou a alteração substancial de determinados institutos jurídicos de direito privado. Institutos jurídicos de direito privado são complexos de normas formados essencialmente por normas de competência. Portanto, a garantia de institutos é, sobretudo, uma proibição endereçada ao legislador, contra a eliminação de determinadas competências dos cidadãos. Se essa proibição não corresponde a nenhum direito, então, a proteção é (*meramente*) objetiva. A teoria das garantias de institutos restringe-se à alegação de que existe uma tal proteção objetiva. Se à proibição correspondem direitos dos cidadãos, então, a proteção é (também) *subjetiva*".

Ainda sobre essa relação entre a competência e a liberdade jurídica, Alexy (2011, p. 246-247) destaca outro ponto: o comportamento do ordenamento jurídico em relação às alternativas de ação. Segundo ele, o ordenamento se comporta de forma passiva, no caso de uma liberdade jurídica, pois "se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado"; e "se comporta de forma ativa no caso de uma competência", pois cria uma alternativa de ação.[98]

Enfim, Alexy (2011, p. 247) apresenta as competências do Estado (ou de seus órgãos) como o contraponto às competências dos cidadãos, uma vez que as normas de direitos fundamentais representam normas negativas de competência, as quais são definidas por ele da seguinte maneira:

> Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência. É possível também dizer que normas negativas de competência introduzem cláusulas de exceção nas normas positivas de competência. Dessa forma, elas colocam o Estado em uma posição de não competência, e o cidadão em uma posição de não sujeição. [...]. *Quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito da não sujeição*. A esse direito corresponde uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não competência, definido pelas normas de direitos fundamentais. (Alexy, 2011, p. 247-248, grifo nosso)

Entendidos os conceitos de liberdade jurídica e de competência (tanto dos cidadãos, quanto do Estado) e a relação entre eles, é importante retomar, conforme prometido anteriormente, o conceito de direitos a ações positivas.

Direitos a ações positivas do Estado

Retomando o conceito de direito a prestação (direito a ação positiva), cabe aqui destacar que, em sua obra, Alexy (2011, p. 433, grifo do original) faz a seguinte observação:

> De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são 'destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado'. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo,

98 A respeito do comportamento ativo do ordenamento jurídico, Alexy (2011, p. 247) faz a seguinte observação: "O reconhecimento de competências, sejam elas de direito privado (por exemplo: aquisição da propriedade), sejam elas de direito público (por exemplo: direito de votar), é apenas uma das três formas por meio das quais o ordenamento jurídico pode ativamente ampliar a margem de ação – e, com isso, a liberdade negativa – de um indivíduo. As outras duas são a criação de normas de proteção, sobretudo aquelas do direito penal, que zelam para que terceiros não embaracem o exercício de alternativas de ação, e a concessão de direitos a prestações positivas em sentido estrito, que devem assegurar a possibilidade fática do exercício de alternativas de ação. Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele cria também sempre – direta ou indiretamente – não liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, não direitos e não competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas proíbem; e a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação. É certo que isso em nada altera o fato de as liberdades ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da *correta* distribuição das liberdades".

> mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito.

Todavia, o autor em questão aponta outra linha de pensamento, a de um conceito amplo de prestação. Ele considera que se adotado tal conceito "todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direito a prestações em sentido amplo". Seguindo essa linha de pensamento, Alexy (2011, p. 442) afirma que:

> Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direto a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, uma abstenção estatal.

Para ele (2011, p. 442), as ações positivas do Estado compreendem tanto 1) a proteção do cidadão contra outros cidadãos via normas de direito penal, quanto 2) o estabelecimento de normas organizacionais e 3) as prestações em dinheiro e outros bens.[99] Nesse sentido, apresenta a seguinte divisão para os direitos a prestações (em sentido amplo): "(1) direitos a proteção (que será abordado e considerado aqui); (2) direitos a organizações e procedimento[100]; e (3) direitos a prestações em sentido estrito[101]" (Alexy, 2011, p. 444). Porém, adverte que: "os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos *subjetivos* e de *nível constitucional*". A esse respeito, explica que:

> Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular de direito fundamental,[102] o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação* a *a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, *o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.* [...]. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como 'perfeita', é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, *natureza de princípios*. (Alexy, 2011, p. 445-446, grifo nosso)

---

99 Alexy (2011, p. 442) explica que: "Esse conceito de direito a prestações é mais amplo que o usual. Na maioria das vezes a expressão 'direito a prestações' é associada à ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente".

100 Para detalhes a respeito do conceito de "direitos a organização e procedimento", sugere-se consultar o item "III – Direitos a organização e procedimento" da obra de Alexy (2011, p. 470-499).

101 Para detalhes a respeito do conceito de "direito a prestação em sentido estrito", sugere-se consultar o item "IV – Direitos a prestação em sentido estrito (direitos fundamentais sociais)" da obra de Alexy (2011, p. 499-519).

102 É importante deixar registrado aqui que, apesar de considerar essa atribuição de direitos a prestações a dispositivos de direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 446) reconhece que "é possível recorrer a inúmeros e variados argumentos contra e a favor". Mesmo diante dessa questão, optou-se por adotar aqui a linha de pensamento do autor em questão.

Mediante o exposto, parte-se do pressuposto de que os cidadãos, enquanto titulares do direito de acesso à informação e dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, ou seja, titulares de direitos fundamentais, têm direitos em face do Estado relacionados à realização por este de ações positivas, no sentido de proteger e garantir os direitos fundamentais citados. Partindo desse primeiro pressuposto e considerando que essa relação entre Estado e cidadão tem natureza constitucional, entende-se, como segundo pressuposto, que os titulares dos direitos fundamentais em tela têm a competência de exigi-los judicialmente.

Dando prosseguimento, quanto ao conceito de direitos a proteção, Alexy assim os define:

> Por 'direitos a proteção' devem ser aqui entendidos *os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros*. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. [...]. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, *a dignidade, a liberdade*, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. *Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas*. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção *são direitos subjetivos a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direitos de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação*. A delimitação das esferas dos sujeitos de direitos de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação, é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica. [...]. Direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si. (Alexy, 2011, p. 450-451, grifo nosso)

Vale ressaltar que, de acordo com o inciso X do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, Constituição, 1988), entende-se que nem ao Estado, nem a terceiros é permitido violar a intimidade, a honra e a imagem de um indivíduo. Caso a lesão a tais direitos ocorra, está previsto no mesmo inciso outro direito, que objetiva garantir a proteção dos primeiros, qual seja: "o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Destaca-se, ainda, que o direito de acesso à informação (inciso XXXIII do art. 5º da Constituição) também possui vínculo direto com a dignidade e a liberdade, havendo proteção a esses direitos, pois, segundo o texto constitucional, tais informações deverão ser "prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade". Além disso, os direitos fundamentais em questão não estão dispostos apenas na Carta Magna, mas também se encontram protegidos e explícitos em normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, como no Código Penal brasileiro e na Lei de Acesso à Informação.

Apresentada a definição de direito a proteção, Alexy (2011, p. 451) defende que, na análise de tais direitos, deve-se considerar "três problemas intimamente relacionados", a saber: 1) a existência; 2) a estrutura; e 3) a justiciabilidade desses direitos.

Sobre o primeiro problema, a existência de direitos a proteção, Alexy (2011, p. 451) chama a atenção para dois aspectos: um substancial e um estrutural. O substancial está relacionado "ao que deve ser protegido e como o deve". Segundo ele, "fornecer resposta para essa pergunta é uma tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais". Em relação ao aspecto estrutural, o autor aponta duas questões:

> A primeira diz respeito a saber se existem direitos subjetivos a proteção ou apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo. Essa questão diz respeito, portanto, ao conhecido problema: direito *subjetivo* ou (mera) norma *objetiva*. A segunda questão é: caso os direitos a proteção existam, sua natureza é, de fato, distinta da dos direitos de defesa de tipo clássico? Essa questão diz respeito à distinção entre *direitos de defesa* e *direitos a proteção*. (Alexy, 2011, p. 451, grifo do original)

Em relação à primeira questão, Alexy (2011, p. 455) esclarece que "a subjetivação dos deveres de proteção pode ser fundamentada por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais", porém, "como ocorre com todos os direitos baseados em princípios, o conteúdo definitivo dos mesmos depende das possibilidades fáticas e jurídicas". Nesse sentido, ele defende que:

> Como é o caso dos direitos fundamentais, também no caso dos direitos a proteção é necessário distinguir claramente entre posições *prima facie* e posições definitivas. Somente a subjetivação dos deveres de proteção faz justiça ao 'sentido original e permanente dos direitos fundamentais' como direitos individuais. Ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, ou direitos a prestações em sentido estrito, os direitos a proteção inserem-se inteiramente na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais. (Alexy, 2011, p. 455)

No que tange à segunda questão, Alexy (2011, p. 456) afirma que direitos à proteção, por serem direitos a ações positivas, são contrapostos aos direitos de defesa, já que estes são direitos a ações negativas, apesar da discordância de alguns teóricos. Nesse sentido, defende que:

> *O primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham*. A diferença entre o dever de se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada. (Alexy, 2011, p. 456, grifo nosso)

Prosseguindo com sua argumentação a respeito das diferenças entre os direitos de defesa e direitos de proteção, Alexy discorre sobre a estrutura e justiciabilidade de ambos:

> Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental diferença teórico-estrutural. *Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo*. (Alexy, 2011, p. 461, grifo nosso)

Seguindo essa concepção, entende-se que o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, enquanto direitos de defesas, representam proibições de destruir, afetar ou

embaraçar negativamente tais liberdades dos cidadãos. Já enquanto direitos a prestações são, para seus destinatários, obrigações, por parte do Estado, de proteger e/ou fomentar tais liberdades.

Porém, complementando o exposto acima, o autor em tela adverte que:

> Se é *proibido* destruir ou afetar negativamente algo, então, *toda e qualquer ação* que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é *obrigatório* proteger ou fomentar algo, *nem toda* ação que represente ou produza uma proteção ou fomento será obrigatória. (Alexy, 2011, p. 461-462, grifo do original)

Para ilustrar os argumentos anteriores, o referido autor recorre ao seguinte exemplo:

> Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma boia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é *ou* a primeira, *ou* a segunda *ou* a terceira ação. (Alexy, 2011, p. 462)

Todavia, Alexy (2011, p. 462), com base no exemplo acima destacado, faz a seguinte observação: "Mas isso significa que, se não houver motivos restritos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma *discricionariedade*, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever". Nesse ponto, destaca que, no caso das justiciabilidade dos direitos a ações positivas, o termo "discricionariedade" é decisivo.

Vale ressaltar que Alexy (2011, p. 462-463, grifo do original) refuta a possibilidade de se tentar fundamentar a distinção referida acima como argumento para o fato de os direitos a ações positivas, ao contrário dos direitos a ações negativas, estarem ligados a relações meio/fim:

> essa não é uma explicação satisfatória. Da mesma forma que um direito a proteção exige a utilização de ao menos um *meio* de proteção, o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer *meio* de destruição ou afetação negativa. O fundamento da distinção é mais profundo. Ele consiste na constatação de que a abstenção de cada uma das ações de destruição ou afetação negativa é uma condição necessária, e que somente a abstenção de todas as ações de destruição ou afetação negativa comporia uma condição suficiente para a satisfação da proibição de destruição e de afetação negativa e, com isso, para a satisfação do direito de defesa; já para a satisfação do dever de proteção ou de fomento – como para a satisfação dos direitos a prestações em geral – basta a realização de uma única ação adequada de proteção ou de fomento. Se mais de uma ação de proteção ou de fomento é adequada, nenhuma delas é, em si mesma, necessária para a satisfação do dever de proteção ou de fomento; necessário é que alguma delas seja adota. Apenas se houver somente uma ação adequada de proteção ou fomento é que se pode dizer que ela é necessária para a satisfação do direito a prestação. Nesse caso, a estrutura do direito a prestação é igual à do direito de defesa.

Em relação ao que foi elencado até aqui, o autor deixa claro, nos argumentos que se seguem, que, na prática, busca-se decidir quais medidas de proteção seriam apropriadas e obrigatórias para se garantir uma real proteção. Assim, têm-se duas proposições: "(1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso haja apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adotá-la" (Alexy, 2011, p. 463).

Dando prosseguimento à questão suscitada, o autor toma como foco o grau de efetividade dos meios de proteção, que, segundo ele, podem ser: efetivos, não efetivos e mais ou menos efetivos. Como fator complicador, Alexy (2011, p. 463-464, grifo nosso) observa que: "os deveres de proteção têm natureza de princípio" e, portanto, "exigem uma proteção mais ampla possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes", o que significa que "*eles podem colidir com outros princípios*". Frente a tais circunstâncias, ou seja, da possibilidade de diferentes graus de efetividade e de possíveis colisões, Alexy destaca que:

> Em si mesma considerada, a discricionariedade a que se fez menção até aqui – que pode ser classificada como *discricionariedade estrutural* – não suscita qualquer problema grave no que diz respeito à questão da justiciabilidade. Esses problemas surgem a partir da associação da discricionariedade estrutural com questões ligadas ao sopesamento[103] e questões de efetividade.[104] A discricionariedade estrutural está ligada a dois tipos distintos de discricionariedade: a *discricionariedade cognitiva* ligada aos problemas normativos do *sopesamento* e a *discricionariedade cognitiva* ligada aos problemas empíricos da *efetividade*. O problema da efetividade diz respeito sobretudo aos efeitos futuros de medidas presentes, ou seja, a questões de prognósticos. Uma avaliação do problema da justiciabilidade depende, portanto, do papel que os problemas ligados ao sopesamento e aos prognósticos desempenham no âmbito dos direitos de proteção. [...] sopesamentos não são incomuns no direito constitucional. No caso dos direitos de defesa eles são inevitáveis. Se os problemas do sopesamento, no âmbito dos diretos a proteção, supostamente fazem com que tais direitos sejam menos justificáveis que os direitos de defesa, então, o sopesamento tem que ter alguma característica especial no âmbito desses direitos. (Alexy, 2011, p. 465, grifo do original)

Feita essa observação, o mesmo autor (2011, p. 466, grifo nosso) explica que a "estrutura triádica (direitos de *a*/interesses coletivos/direitos

---

103 No âmbito do direito, utiliza-se o sopesamento nos casos de colisão de princípios. Utiliza-se o sopesamento para se verificar os interesses contemplados pelos princípios. Considera-se que um princípio precede o outro se houver razões suficientes ao se avaliar as condições presentes no caso concreto. O conceito de sopesamento será explorado com mais detalhes no subcapítulo "Conflitos entre regras, colisões entre princípios e sopesamentos".

104 Alexy (2011, p. 464) dá o seguinte exemplo para ilustrar a problemática em questão: "Um exemplo simples pode fazer com que fique claro como isso deve ocorrer. Vamos supor que existam cinco meios para satisfação do dever de proteção P_1, a saber, M_1 _ M_5, e que exista também um princípio colidente P_2. M_5 é totalmente ineficiente e, por isso, deve ser excluído, mesmo com base no modelo básico. M_1 e M_2 são igualmente efetivos e o mesmo ocorre com M_3 e M_4. Assim, isoladamente considerado, P_1 exige M_1 ou M_2. Por isso, se se parte apenas de P_1, então, a discricionariedade no modelo básico existe somente em relação a M_1 e M_2. Ocorre que a realização do princípio contraposto P_2 é afetada por meio da adoção de todas as quatro medidas ainda relevantes, mas de forma mais intensa por M_1 e M_2 e, se esse não for o caso, se ao menos a adoção de M_3 ou M_4 é justificada. Se nenhuma das duas alternativas for verdadeira, a escolha de qualquer uma das medidas adequadas para a satisfação do dever de proteção *prima facie* é definitivamente vedada; caso não sejam ambas as alternativas possíveis, porque ao menos a adoção de M_3 ou M_4 pode ser justificada à luz de P_1 em face de P_2, então, no modelo básico, a discricionariedade existe em relação a M_3 e M_4. Mas mesmo essa discricionariedade pode facilmente encolher, pois embora M_3 e M_4 possam ser igualmente efetivas em relação a P_1, M_4 pode afetar P_2 de forma mais intensiva que M_3, de modo que significa que, como meio mais suave em relação a P_2, apenas a adoção de M_3 é justificada. Assim, deixa de existir uma discricionariedade para a realização de P_1, ainda que haja vários meios eficazes para essa realização, alguns deles, inclusive igualmente eficazes".

de b_1, b_2...) está por trás de *todo problema de direitos fundamentais*" e, em se tratando dos direitos de defesa e direitos a proteção, como é o caso do direito de acesso à informação e dos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, Alexy descreve as seguintes situações:

> Assim, uma intervenção na liberdade jurídica, a ser mensurada a partir de direitos de defesa, pode ser justificada não apenas por meio de referência à sua exigibilidade para a proteção de interesses coletivos, mas também por meio de uma referência à sua exigibilidade para a proteção de posições individuais de terceiros. No sentido oposto, a não garantia de proteção é justificável não somente por meio de uma referência à sua exigibilidade para o respeito de posições individuais de terceiros, mas também por meio de uma referência à sua exigibilidade para a proteção de interesses coletivos. (Alexy, 2011, p. 466)

Tendo como referência os argumentos apresentados e considerando que tanto o direito de acesso à informação, quanto os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem compreendem direitos de defesa e direitos à proteção, são possíveis as seguintes situações em casos de colisões entre eles:

1. Uma intervenção na liberdade jurídica *direito de acesso à informação*, a ser mensurada a partir de direitos de defesa, pode ser justificada por meio de uma referência à sua exigibilidade para a *proteção de posições individuais de terceiros* enquanto titulares dos *direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem*. No sentido oposto, a não garantia de proteção ao *direito de acesso à informação* é justificável por meio de uma referência à sua exigibilidade para a defesa de posições individuais de terceiros enquanto titulares dos *direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem*.

2. Uma intervenção nas liberdades jurídicas *direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem*, a serem mensuradas a partir de direitos de defesa, pode ser justificada por meio de uma referência à sua exigibilidade para a proteção de posições individuais de terceiros enquanto titulares do *direito de acesso à informação – informação de interesse particular*. No sentido oposto, a não garantia de proteção aos *direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem* é justificável por meio de uma referência à sua exigibilidade para a defesa de posições individuais de terceiros enquanto titulares do *direito de acesso à informação – informação de interesse particular*.

3. Uma intervenção na liberdade jurídica *direito de acesso à informação*, a ser mensurada a partir de *direitos de defesa*, pode ser justificada por meio de referência à sua exigibilidade para a *proteção de interesses coletivos – direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem*. No sentido oposto, a *não garantia de proteção* ao *direito de acesso à informação* pode ser justificada por meio de uma referência à sua exigibilidade para a *proteção de interesses coletivos – direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem*.

4. Uma intervenção nas liberdades jurídicas *direito à intimidade ou à vida privada ou à honra ou à imagem*, a serem mensuradas

> a partir de *direitos de defesa*, pode ser justificada por meio de referência à sua exigibilidade para a *proteção de interesses coletivos – direito de acesso à informação* de interesse coletivo ou geral. No sentido oposto, a *não garantia de proteção* aos *direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem* pode ser justificada por meio de uma referência à sua exigibilidade para a *proteção de interesses coletivos – direito de acesso à informação* de interesse coletivo ou geral.

Tomemos como exemplo o caso de um paciente com doença grave, rara e contagiosa que teve contato direto com familiares, vizinhos e colegas de trabalho. O seu nome, a idade, os costumes e hábitos, o estado clínico, os lugares que frequentou, o comportamento e atitudes nos últimos dias, as companhias e os sintomas compreendem informações relativas à sua intimidade, vida privada, honra e imagem, que, inclusive, podem gerar constrangimentos. Na situação 1, pode-se, por exemplo, negar o acesso a tais informações a um cidadão curioso tendo como justificativa o fato de tais informações violarem a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem do paciente. Na situação 2, pode-se, por exemplo, conceder o acesso a determinadas informações a um familiar, vizinho ou colega de trabalho, com vistas a iniciar um processo de prevenção e tratamento em função do contato direto que tal pessoa manteve com o paciente. Na situação 3, caso membros da sociedade, jornalistas, solicitem o acesso a tais informações, é possível que estas sejam negadas por questão de segurança pública (interesse coletivo), pois podem gerar pânico e/ou atitudes de descontrole na população e, até mesmo, revolta coletiva. Na situação 4, seria interessante repassar tais informações a membros do governo e pesquisadores na área de saúde pública, para a elaboração de um plano emergencial de prevenção de possível epidemia.

Ainda sobre as questões acima suscitadas a respeito da discricionariedade, é importante ressaltar que Alexy (2011, p. 469, grifo nosso) menciona que: a amplitude da discricionariedade "só pode ser definida se se leva em consideração o princípio atingido, e que ela *depende decisivamente do peso desse princípio no caso a ser decidido*". Mediante tais circunstâncias ele conclui que:

> o problema do sopesamento ligado à discricionariedade de prognósticos surge, em igual medida, tanto no caso de direitos de defesa como no de direitos a proteção. É certo que no caso dos direitos a proteção o problema do sopesamento tem um peso maior, em razão da sua referência especial ao futuro; mas isso implica simplesmente uma diferença de grau. (Alexy, 2011, p. 469-470)

Mais detalhes sobre a colisão entre princípios e a aplicabilidade do sopesamento serão abordados no subcapítulo que se segue. No entanto, antes de prosseguir com tais questões, é importante destacar que uma vez compreendidos os conceitos de direito a algo, liberdade e competência e, considerando os dispositivos constitucionais brasileiros referentes ao direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º da CF), pode-se visualizar o seguinte quadro geral (Quadro 9):

Quadro 9 Direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem: direitos a algo, liberdades e competências

Direitos do ordenamento jurídico brasileiro em análise	Direitos a algo				Liberdades jurídicas	Competências	
	Direitos de defesa (ação negativa do Estado)			Direitos à proteção (ação positiva do Estado)*		Dos cidadãos	Do Estado (normas negativas de competência)
	Direito ao não embaraço	Direito a não afetação	Direito a não eliminação				
Direito à informação (Inciso XIV do art. 5º da CF)	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace (dificulte e/ou impeça) na realização da ação acessar informação	---	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito de acesso à informação	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito de acesso à informação, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* acesse informação, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de acessar informação	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, acessar e deixar de acessar informação pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito de acesso à informação

Direitos do ordenamento jurídico brasileiro em análise	Direitos a algo				Liberdades jurídicas	Competências	
	Direitos de defesa (ação negativa do Estado)			Direitos à proteção (ação positiva do Estado)*			
	Direito ao não embaraço	Direito a não afetação	Direito a não eliminação			Dos cidadãos	Do Estado (normas negativas de competência)
Direito à informação (Inciso XXXII do art. 5º da CF)	*a* tem, em face dos órgãos públicos, ou seja, do Estado, um direito a que este não o embarace (dificulte e/ou impeça) de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral	---	*a* tem, em face dos órgão públicos, ou seja, do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* receba informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, receber e deixar de receber informação de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito de receber informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral
Direito à intimidade (Inciso X do art. 5º da CF)	---	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a intimidade de *a*; não afete os traços, qualidades e propriedades da intimidade (características) de *a* e/ou a condição/modo de intimidade (situação) em que se encontra *a*	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à intimidade	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito à intimidade, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua intimidade inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua intimidade inviolável	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, manter e deixar de manter sua intimidade inviolável pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito à intimidade

Direitos do ordenamento jurídico brasileiro em análise	Direitos a algo					Competências	
	Direitos de defesa (ação negativa do Estado)			Direitos à proteção (ação positiva do Estado)*	Liberdades jurídicas		
	Direito ao não embaraço	Direito a não afetação	Direito a não eliminação			Dos cidadãos	Do Estado (normas negativas de competência)
Direito à vida privada (Inciso X do art. 5º da CF)	---	*a* tem, em face do Estado (*b*), um direito a que este não afete a vida privada/ privacidade de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da privacidade (características) de *a* e/ou a condição/modo de privacidade (situação) em que se encontra *a*	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à vida privada	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito à vida privada, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua vida privada inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua vida privada inviolável	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, manter e deixar de manter sua vida privada inviolável pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito à vida privada
Direito à honra (Inciso X do art. 5º da CF)	---	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a honra de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da honra (características) de *a* e/ou sua reputação perante à sociedade (situação) em que se encontra *a*	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à honra	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito à honra, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua honra inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua honra inviolável	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, manter e deixar de manter sua honra inviolável pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito à honra

Direitos do ordenamento jurídico brasileiro em análise	Direitos a algo				Liberdades jurídicas	Competências	
	Direitos de defesa (ação negativa do Estado)			Direitos à proteção (ação positiva do Estado)*			
	Direito ao não embaraço	Direito a não afetação	Direito a não eliminação			Dos cidadãos	Do Estado (normas negativas de competência)
Direito à imagem (Inciso X do art. 5º da CF)	---	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a imagem de *a*, não afete os traços, qualidades e propriedades da imagem (características) de *a* e/ou a condição/modo como a imagem (situação) de *a* é representada para a sociedade	*a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição de *a* de agente portador/titular do direito à imagem	O Estado tem, em face de *a*, o dever de proteger a posição de *a* de agente portador/titular do direito à imagem, inclusive contra intervenções de terceiros	É (juridicamente) permitido que *a* mantenha sua imagem inviolável, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de manter sua vida imagem inviolável	As liberdades jurídicas de realizar os atos jurídicos, manter e deixar de manter sua imagem inviolável pressupõem necessariamente as competências de fazê-los. Sempre que houver uma relação constitucional entre um titular de direito fundamental e o Estado (*a* tem, em face do Estado, um direito a que o Estado realize uma ação), o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.	O Estado não tem, em face de *a*, competência para alterar a posição de *a* de agente portador/titular do direito à imagem

* Considerando o conceito de direito a prestação em sentido amplo.

Fonte: elaborado pelo autor.

> Aquele que quiser obter uma imagem completa dos direitos fundamentais não pode deixar um deles de lado apenas porque ele já foi satisfeito. Como a satisfação de um direito fundamental freqüentemente implica a não satisfação parcial de outro direito fundamental, o direito fundamental satisfeito continua a ter importância como fundamento constitucional dessa não satisfação. Mas, acima de tudo, é possível afirmar que da satisfação de um direito no passado ou no presente não se pode inferir sua satisfação no futuro. (Alexy, 2011, p. 449).

A respeito dos conceitos de regras e princípios, Alexy (2011, p. 91-92, grifo nosso) explica que:

> *A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras*. Comum às colisões entre princípios e conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

No caso de conflito entre regras, Alexy (2011, p. 92) explica que a solução é a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas com o objetivo de eliminar o conflito ou, se não for possível, pelo menos uma das regras precisa ser declarada inválida.

Já no caso de colisões entre princípios, o mesmo autor (2011, p. 93) comenta que um deles terá que ceder, todavia isso não significa que o princípio cedente deva ser considerado inválido, assim como não é necessária a inclusão de uma cláusula de exceção. Quando aplicados em casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes e têm precedência aquele com maior peso.[105] "Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta". Na prática, em uma colisão entre dois princípios (do direito à informação e do direito à intimidade, por exemplo), ambos são válidos e continuarão válidos,[106] assim como, abstratamente, estão no mesmo nível (não existe uma precedência *a priori* e nenhum dos princípios pretende uma precedência geral). Para tanto, o caso deve ser resolvido por intermédio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, considerando as configurações/circunstâncias/condições/contextos do caso concreto, ou seja, estabelecendo uma "relação de precedência condicionada".

---

105 Ressalta-se que segundo Alexy (2011, p. 97), tendo em vista o uso da metáfora do peso (sopesamento), "é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em 'pesos'", haja visto que determinados interesses e situações não são quantificáveis.

106 Alexy (2011, p. 94) afirma que "só princípios válidos podem colidir".

Alexy (2011, p. 96-97) esquematiza as possibilidades de decisão em casos de colisões entre princípios da seguinte maneira:

1. P_1 **P** P_2
2. P_2 **P** P_1
3. (P_1 **P** P_2) C
4. (P_2 **P** P_1) C

Nas possibilidades acima, P_1 e P_2 compreendem os princípios colidentes, os quais, quando considerados isoladamente, levam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Nenhum deles é inválido, nem tem precedência absoluta sobre o outro. **P** compreende a relação de precedência e *C* as condições sob as quais um princípio tem precedência em relação a outro. Assim posto, 1 e 2 representam "relações incondicionadas de precedência", também denominadas precedências "abstratas" ou "absolutas", nas quais os interesses contemplados por um princípio prevalecem. Nesse caso, os princípios não estariam no mesmo nível, uma vez que existe uma precedência *a priori*. 3 e 4 representam "relações condicionadas de precedência", também denominadas precedências "concretas" ou "relativas", nas quais em determinadas condições um princípio deve preceder e o outro deve ceder. Utiliza-se o sopesamento entre os interesses contemplados pelos princípios, ou seja, um princípio precede o outro se houver razões suficientes ao se avaliar as condições presentes no caso concreto.

Quando se trata da relação de precedência condicionada, no caso de colisões entre princípios relativos a direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 98), utilizando exemplos da Constituição da Alemanha, demonstra a possibilidade de um enunciado normativo, que compreende um princípio, que, por sua vez, apresenta uma consequência jurídica limitada[107] (*R'*), por exemplo, tem-se P_1, porém, se uma ação *h* preenche a condição *C*, então *h* é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Nesse caso, segundo este autor, o enunciado conduz a uma questão importante da teoria da relação de precedência condicionada, uma vez que, em casos como esse, não se tem uma determinação de prioridade, mas uma condição sob a qual se verifica uma violação ao direito fundamental. Ou seja, tem-se uma ação, que, do ponto de vista do direito, é proibida. Nesse sentido, o autor destaca que "aquilo que é denominado como 'condição de precedência', e identificado pela letra '*C*', desempenha um duplo

107 Nessa situação, Alexy (2011, p. 98) explica que se trata de decidir se uma "consequência jurídica resultante de um princípio P_1 deve ser realizada em toda a sua extensão, ou não. Pode haver casos nos quais seja necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente. Neste caso, P_1 tem precedência em relação a P_2 sob as condições do caso (*C*) apenas em relação a uma consequência jurídica limitada (*R'*), o que pode ser simbolizado por (P_1 **P** P_2) *C*, *R'*". Este autor também explica que: "A questão da precedência em relação a uma consequência jurídica limitada deve ser distinguida dos problemas da adequação e da necessidade, [...] os quais dizem respeito às possibilidades de realização fática do princípio".

papel": (I) nas possibilidades listadas anteriormente de número 3 e 4, *C* representa uma condição de precedência; e (II) na formulação de um limite a um princípio, ou seja, em que seja necessário excluir parte da consequência jurídica dele, *C* compreende "um pressuposto do suporte fático de uma regra".

Nesse ponto, é importante apresentar o conceito de suporte fático, que, de acordo com Coutinho (2007), é aplicável em qualquer ramo do direito[108] e compreende a previsão, por norma jurídica, de uma hipótese fática condicionada à existência de um fato jurídico. Ele explica que: "o suporte fático é um fato, seja evento ou conduta, que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica". O mesmo autor descreve que "somente depois da concretização dos seus elementos (ocorrência no mundo dos fatos) é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico". Coutinho também aponta que há duas conotações relacionadas ao conceito em questão: 1) "suporte fático hipotético ou abstrato", enunciado lógico da norma jurídica (a hipótese prevista pela norma); e 2) "suporte fático concreto", quando materializado no mundo fático (concretização da hipótese). Cabe ressaltar que Alexy (2011) considera uma teoria ampla do suporte fático, a qual será retomada mais adiante.[109]

Retomando a relação de precedência abordada acima e o segundo papel de *C*, Alexy (2011, p. 99) explica que "de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente".

Consideradas as possibilidades acima elencadas, Alexy (2011, p. 99) apresenta a "lei de colisão" (K), a qual aborda as relações de preferências condicionadas e regras, compreendendo um dos fundamentos da teoria dos princípios, além de refletir a natureza dos princípios como "mandamentos de otimização", a saber:

> (K) Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições *C*: (P_1 **P** P_2) *C*, e se do princípio P_1, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: *C* ➔ *R*. Uma formulação menos técnica seria: (K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Por exemplo, na lei federal n. 12.527/2011, consta o seguinte:

> Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. [...]. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o

108 Coutinho (2007) observa que tal conceito é também aplicado por meio de outras denominações, tais como: "pressuposto de incidência, tipificação legal, tipo legal ou hipótese de incidência".

109 Subcapítulo "Direitos fundamentais e suas restrições".

> intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância (Brasil, Presidência da República, 2011).

Nesse caso, o princípio de direito de acesso à informação tem precedência em face dos princípios de direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, diante da seguinte condição: *quando se tratar de uma ação voltada* à *recuperação de fato histórico de maior relevância*, da qual resulta que *a restrição de acesso não poderá ser invocada*. A condição *ação voltada à recuperação de fato histórico de maior relevância* compreende um suporte fático e a decorrência *restrição de acesso não poderá ser invocada* compreende uma consequência jurídica. Ou seja, essa condição sob a qual o direito de acesso à informação tem precedência em face dos princípios de direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem constitui o suporte fático da regra disposta no § 4º do art. 31 da Lei de Acesso à Informação.

Dando prosseguimento, para Alexy (2011, p. 99), essa "lei de colisão" reflete a natureza dos princípios como "mandamentos de otimização" porque ressalta a inexistência de relação absoluta de precedência e faz referência a ações e situações que não são quantificáveis.

Ressalta-se que, retornando aos conceitos de normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pela Constituição e normas de direitos fundamentais atribuídas, Alexy (2011, p. 102) destaca que uma norma de direito fundamental atribuída compreende uma norma em cuja atribuição "é possível uma correta fundamentação de direitos fundamentais". Assim, ela é uma norma de direito fundamental e, ao mesmo tempo, uma regra, à qual podem ser incluídos "os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva". Nesse caso, de acordo com o autor, é possível afirmar que:

> como resultado do sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso concreto pode ser subsumido. Neste sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que [...] não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com estrutura de regras. (Alexy, 2011, p. 102)

Diante do exposto, considera-se que a lei federal n. 12.527/2011 (Brasil, Presidência da República, 2011) contempla normas com estruturas de regras a respeito dos direitos fundamentais de acesso à informação e dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Ressalta-se o exemplo citado referente ao § 4º do art. 31 da lei em questão.

A respeito do caráter *prima facie*[110] das regras e princípios, Alexy (2011) também os diferencia. Em relação aos princípios menciona que:

110 Aqui entendido como uma obrigação que deve ser cumprida, a menos que ela entre em conflito, numa situação específica, com uma outra obrigação de igual ou maior porte.

> Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (Alexy, 2011, p. 103-104, grifo do original)

Assim, tanto o princípio do direito de acesso à informação, quanto os princípios do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, dispostos nos incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, exigem que o acesso à informação e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem *sejam realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*. Esses princípios não contêm, em si, mandamentos definitivos, mas *prima facie*. O princípio do direito de acesso à informação, conforme mencionado na seção anterior, contempla razões que podem ser afastadas em função de causas fundamentadas nos princípios do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; e vice-versa.

Já em relação às regras, o autor em questão discorre que o caso é totalmente diverso:

> Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (Alexy, 2011, p. 104)

É o caso, por exemplo, de vários dispositivos da Lei de Acesso à Informação brasileira, por compreenderem mandamentos definitivos, ou seja, determinações da extensão de seu conteúdo (relativo ao direito de acesso à informação e aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem) no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Considerando tais circunstâncias em relação ao caráter dos princípios e das regras, Alexy (2011, p. 104) menciona que algumas pessoas podem ser levadas a compreender que os princípios teriam sempre um mesmo caráter *prima facie*, enquanto as regras teriam um mesmo caráter definitivo. Mas ressalta que tal modelo[111] é simplista, razão pela qual apresenta um modelo decorrente da possibilidade, por exemplo, do estabelecimento de uma exceção a uma regra em virtude da decisão de um caso. Segundo o referido autor, se isso vier a acontecer, "a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo". Além disso, menciona que uma exceção a

111 Modelo este que, segundo Alexy, parece se concretizar em Dworkin, quando "ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão". (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Duckworth, 1978, p. 24 e 26 apud ALEXY, 2011, p. 104).

uma regra também pode ser estabelecida em função de um princípio. Desse modo, Alexy (2011, p. 104-105, grifo nosso) afirma que "*nunca é possível ter certeza que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção*". Feitas tais considerações, o jurista explica que:

> As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que a sustenta. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados 'princípios *formais*'. Em um ordenamento jurídico, quando mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (Alexy, 2011, p. 105)

Nos casos mencionados, segundo o mesmo autor, tem-se um enfraquecimento do caráter definitivo das regras. Porém, em determinadas circunstâncias, também pode ocorrer casos em que há um fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios. Sobre essa última questão, Alexy (2011, p. 105-106) observa que tal caráter pode ser fortalecido por uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou classes de princípios, *como, por exemplo, uma carga argumentativa a favor dos princípios que atendem aos interesses coletivos em relação aos princípios que atendem aos interesses individuais*, argumento este muito utilizado quando em colisão o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Todavia, para o autor em referência, mesmo diante de casos em que há 1) o enfraquecimento do caráter *prima facie* das regras (ao perder seu caráter definitivo estrito) e/ou 2) o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios (em função de uma carga argumentativa), "o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte" (Alexy, 2011, p. 106).

Mediante o exposto, Alexy (2011, p. 106-108) defende que princípios e regras compreendem razões de naturezas distintas, sendo que os primeiros abrangem razões *prima facie*, quando considerados isoladamente, e as segundas, razões definitivas, *desde que não haja o estabelecimento de alguma exceção*. Nesse sentido, esclarece que:

> O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definiti-

> va para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. Esser[112] provavelmente tinha essas conexões em mente quando afirmava que o 'princípio [...] não é, ele mesmo diretiva'; e seria também a isso que Kant[113] se referia quando afirmava que 'seria perfeitamente possível haver *duas razões* para a obrigação (*rationes obligandi*), em um sujeito e na regra que ele prescreve a si mesmo, das quais, no entanto, ou uma ou a outra não é suficiente para obrigá-lo (*rationes obligandi non obligantes*); mas, nesse caso, um deles não é dever'. (Alexy, 2011, p. 108)

Alexy (2011, p. 108-109) explica que os princípios, normas relativamente gerais, possuem uma importância substancial para o ordenamento jurídico uma vez que compreendem razões decisivas para se estabelecer um *sistema diferenciado de regras*, na medida em que passam a se relacionar com os limites dos mundos fático e normativo.

Feitas as devidas considerações, o mesmo autor relaciona a teoria dos princípios à máxima da proporcionalidade.[114] Ele considera que a relação entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade é estreita, uma vez que a natureza dos primeiros implica na segunda e vice-versa.

> Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três parciais [1] da *adequação*, [2] da *necessidade* (mandamento do meio menos gravoso) e [3] da *proporcionalidade em sentido estrito* (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (Alexy, 2011, p. 116-117, grifo nosso)

Em relação à terceira parcial, máxima da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy (2011, p. 117) explica que princípios são mandamentos de otimização tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas, ao passo que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) é decorrente da relativização diante das possibilidades jurídicas. Nesse sentido, ele justifica que:

> Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei da colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (Alexy, 2011, p. 117-118)

---

112 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3. ed. Türbingen: Mohr, 1974, p. 51.

113 KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten (Kant's gesammelte Schriften)*. V. VI. Berlin: Reimer, 1907/1914, p. 224.

114 No âmbito do direito, os critérios de proporcionalidade são compreendidos como uma máxima, ou seja, um parâmetro valorativo que permite aferir a conveniência e a adequação de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial.

Dando prosseguimento, Alexy (2011, p. 118) afirma que, se de um lado, "a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é decorrente do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas", por outro lado, as máximas da necessidade e da adequação (primeira e segunda parciais da proporcionalidade, citadas anteriormente) "decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas".

Para demonstrar a relação decorrente da máxima da necessidade, exigência de que determinado objetivo não pode ser igualmente realizado por meio de outra medida, que seja menos gravosa ao sujeito, e a natureza dos princípios, Alexy descreve que, na presença de dois princípios e de dois sujeitos, o Estado e um cidadão, por exemplo, pode-se visualizar a seguinte estrutura:

> o Estado fundamenta a persecução do objetivo *Z* com base no princípio P_1 (ou *Z* é simplesmente idêntico a P_1). Há pelo menos duas medidas, M_1 e M_2, para realizar ou fomentar *Z*, e ambas são igualmente adequadas. M_2 afeta menos intensamente que M_1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P_2 – exige. Sob essas condições, para P_1 é indiferente se escolhe M_1 ou M_2. Nesse sentido, P_1 não exige que se escolha M_1 em vez de M_2, nem que se escolha M_2 em vez de M_1. Para P_2, no entanto, a escolha entre M_1 e M_2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. (Alexy, 2011, p. 119)

Nesse contexto, pode ser dado o seguinte exemplo: O Estado fundamenta a persecução do objetivo *observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção* com base no *princípio direito de acesso à informação* e/ou no *princípio da publicidade* (nesse último caso, o objetivo é idêntico ao princípio). Suponha-se que há duas medidas igualmente adequadas para se realizar tal objetivo: 1) disponibilizar os documentos arquivísticos em que as informações foram registradas integralmente e oficialmente; e 2) disponibilizar um estrato parcial ou um resumo das informações registradas nos documentos arquivísticos em questão por intermédio de uma certidão. Nenhuma das medidas afetam a realização daquilo que no ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre o princípio de direito de acesso à informação. Sob essas condições, para garantir o princípio de direito de acesso à informação, é indiferente, para o Estado, a escolha da medida 1 ou 2. Nesse sentido, o princípio de direito de acesso à informação não exige que se escolha 1 em vez de 2, nem que se escolha 2 em vez de 1.

Mas, se, em uma certa ocasião, parte de informações do Estado trata da vida privada de determinado cidadão, coloca-se em pauta o princípio do direito à vida privada. Nessa ocasião, a escolha entre 1 e 2 não é indiferente. Em função do princípio do direito à vida privada, faz-se necessário uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, o

princípio do direito à vida privada pode ser garantido se se escolhe 2 em vez de 1, uma vez que é possível proporcionar o acesso à parcela das informações (extrato das informações) que não diz respeito ao cidadão em questão, por meio de uma certidão. Mediante essas últimas circunstâncias, o Estado pode concluir que a medida 2 é permitida e a medida 1 não é adequada. Cabe destacar que o exemplo a respeito da máxima da necessidade e da natureza dos princípios é passível de se concretizar, no cenário brasileiro, tendo em vista as regras dispostas nos seguintes trechos da lei federal n. 12.527/2011:

> Art. 3º Os procedimentos previstos nesta lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção [...]. Art. 7º O acesso à informação de que trata esta lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...]. II – informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; [...]. § 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

Complementando sua demonstração em relação à máxima da necessidade e da natureza dos princípios, Alexy destaca que a interrelação entre as possibilidades jurídicas e as possibilidades fáticas pode também ser esclarecida da seguinte estrutura:

> Se tanto M_1 quanto M_2 embaraçam a realização de P_2 – o que é sempre o caso quando há motivo para um exame de necessidade – e M_2, o faz em menor escala que M_1, então, M_1 e M_2 não esgotam o campo das possibilidades *fáticas* para a realização de P_2, nem mesmo se se parte da suposição de que M_1 e M_2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo *Z*, exigido pelo princípio P_1. Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 nem M_2 são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M_2 em face de M_1. Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame de necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento. (Alexy, 2011, p. 119-120)

Cabe ressaltar que Alexy (2011, p. 118) observa que, nos casos em que tem-se mais de dois princípios e/ou mais de dois sujeitos envolvidos, a máxima da necessidade também não permite nenhuma decisão. Nesse caso, executa-se a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). Também adverte que, nesses problemas mais complexos, é preciso verificar a extensão da discricionariedade para fazer prognósticos (conferida ao legislador e à administração no âmbito do exame de necessidade) e a definição de medidas alternativas.

Ao demonstrar a relação decorrente da máxima da adequação, primeira parcial da máxima da proporcionalidade, e a natureza dos princípios, Alexy (2011, p. 120), seguindo a estrutura apresentada anteriormente, discorre que esta não constitui um problema. Segundo ele:

> Se M_1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P_1 ou é idêntico a ele –, então, M_1 não é exigida por P_1. Para P_1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M_1, ou não. Se, sob essas condições, M_1 afeta negativamente a realização de P_2, então, a adoção de M_1 é vedada por P_2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas.

O autor (2011, p. 120) afirma que a situação acima descrita "vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas", de maneira que a máxima da adequação "também decorre do caráter principiológico das normas de direito fundamentais".

Como se percebe, ao considerar as normas de direitos fundamentais e as colisões e/ou conflitos entre elas, Alexy parte de uma fórmula geral que pressupõe uma análise cuidadosa de cada situação acompanhada de um "sopesamento dos respectivos interesses", no qual importa sobretudo "as circunstâncias de cada caso particular". Mas não considera um "modelo puro de princípios", nem um "modelo puro de regras",[115] e sim um "modelo misto" ou "modelo combinado", o qual, segundo ele (2011, p. 135), "surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras".

Ao iniciar sua abordagem sobre o nível de princípios, o autor (2011, p. 136) reforça que um princípio é relevante e válido frente a uma decisão de direito fundamental "quando ele pode ser utilizado *corretamente* a favor ou contra uma decisão nesse âmbito". Todavia, a solução correta para casos específicos de direitos fundamentais envolve o sopesamento ou precedências concretas. Destaca também que:

> Entre princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos *prima facie*, mas também aqueles que contêm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles.

Vale ressaltar que o princípio do direito de acesso à informação contempla tanto interesses individuais quanto coletivos. A esse respeito, destaca-se o disposto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição brasileira: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral" (Brasil, Constituição, 1988).

Ainda sobre essa questão e com objetivo de demonstrar o "modelo combinado" suscitado por Alexy (2011) e apresentado anteriormente, é importante destacar aqui as regras dispostas no art. 31 da Lei de Acesso à Informação (grifo nosso):

> Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às *liberdades e garantias individuais*. § 1º As informações pessoais,

115 Não se pretende trabalhar aqui o "modelo puro de princípios" e o "modelo puro de regras". Para mais detalhes a respeito dos modelos em questão, sugere-se a leitura de Alexy (2011, p. 121-135).

> a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: [...]. II – poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. [...]. § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º *não será exigido quando as informações forem necessárias*: [...]. II – *à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral*, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; [...]. IV – *à defesa de direitos humanos*; ou V – *à proteção do interesse público e geral preponderante*. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa *não poderá ser invocada* com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como *em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância*. (Brasil, Presidência da República, 2011)

Como pode ser observado no art. 31 da LAI, o princípio do direito de acesso à informação tem precedência em relação aos princípios de direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, em virtude das condições expressas nas regras acima destacadas (mandamentos definitivos ou determinações da extensão do conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas). Tais condições integram os interesses coletivos contemplados pelo princípio do direito de acesso à informação.

Dando prosseguimento, após apresentar diversas considerações a respeito dos princípios relacionados aos direitos coletivos e da atribuição de princípios às disposições constitucionais, Alexy (2011, p 138) explica que é possível realizar uma distinção entre as hierarquias constitucionais de primeiro grau e de segundo grau. Em se tratando da hierarquia constitucional de primeiro grau,[116] um princípio a possui "se puder restringir um direito fundamental garantido sem reserva",[117] enquanto a hierarquia constitucional de segundo grau é característica do princípio "se puder restringir um direito fundamental somente com o apoio de uma norma de competência estabelecida em uma disposição de reserva". Contudo, nessa última situação, os aspectos substancial e formal (competência) "devem se reforçar reciprocamente para que uma restrição seja justificada". Esse autor também esclarece que tal visão do nível dos princípios demostra uma diversidade entre eles, a saber:

> mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real.

116 Em sua obra, Alexy (2011) considera apenas a hierarquia constitucional de primeiro grau.

117 No âmbito do direito, uma disposição constitucional com reserva legal (ou reserva de lei) permite ao legislador infraconstitucional restringir a área de proteção do direito. Há uma reserva legal simples, também conhecida como plena ou absoluta, quando a Constituição indica que o direito em questão será exercido "na forma da lei" ou nos "termos da lei". Há uma reserva legal qualificada, também denominada limitada ou relativa, quando a Constituição especifica o tipo ou a finalidade da restrição que a lei poderá estabelecer, impondo, neste caso, limites ao próprio legislador.

> Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência. (Alexy, 2011, p. 139)

Diante do exposto, Alexy (2011, p. 139) também explica que:

> As disposições de direitos fundamentais podem – e com isso se adentra no segundo nível [o nível das regras] – ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos.

Assim, de acordo com esse autor, as disposições de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo, pois, de um lado, os princípios são positivados por intermédio delas. E, por outro lado, na medida em que congregam suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados, comportam determinações em virtude das exigências de princípios colidentes. Tais determinações são incompletas, haja vista que não permitem decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. Quando isso acontece, então, por meio de tais disposições não se estabelece apenas um princípio, mas também uma regra. Nesse ponto, Alexy (2011, p. 140) complementa que "se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, ela é, enquanto regra, incompleta. Na medida em que ela for incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas".

Todavia, Alexy (2011, p. 140) justifica que tal circunstância não altera em nada o fato de que as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, presentes no texto constitucional, devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes. Tal exigência, na concepção desse autor, "é uma parte do postulado da vinculação à Constituição". Segundo ele, trata-se de uma parte porque "dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais". Nesse sentido, considera que: 1) "isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis"; e 2) "do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras". A respeito dessa primazia, Alexy complementa que:

> Ainda que o nível dos princípios também seja resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastantes distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios. É claro que, neste ponto, se deve indagar o quão rígida é essa relação de primazia. [...]. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional. (Alexy, 2011, p. 140-141)

Em relação ao caráter duplo das normas de direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 141) esclarece, ainda, que seu fundamento está no "fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas, – as regras e os princípios". Mas "isso não significa ainda que também as *normas* de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter". O autor aponta que tais normas, de início, são ou regras, que normalmente são incompletas, ou princípios. Elas são passíveis de adquirir um caráter duplo se "construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos". Segundo Alexy, isso acontece quando, na formulação de uma norma constitucional, inclui-se uma cláusula de restrição com estrutura de princípios que, nesse caso, estaria sujeita a sopesamentos: "essas normas de caráter duplo surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis" (Alexy, 2011, p. 143).

Segundo Alexy (2011, p. 142-143), a introdução de uma cláusula restritiva exige que: 1) os princípios colidentes tenham *hierarquia constitucional*; 2) seja *necessária* uma intervenção destinada a fomentar os princípios colidentes, o que, por sua vez, inclui a exigibilidade de sua *adequação*; 3) os princípios colidentes, sob as condições do caso, tenham *primazia*. Isso explica a sujeição ao sopesamento, uma vez que "a cláusula – com exceção da exigência de hierarquia constitucional para os princípios coliedentes [...] – expressa nada mais que as três partes da máxima da proporcionalidade".

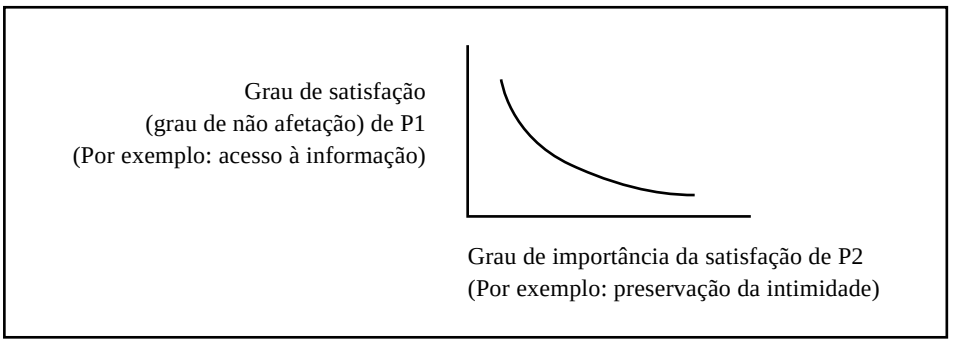
Apresentadas as suas considerações a respeito do caráter duplo das normas de direitos fundamentais e dos níveis da regras e princípios, Alexy (2011, p. 144) abre mão de alguns detalhes que poderiam ser refinados e melhor precisados e afirma que "compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente", defendendo o "modelo misto" ou "modelo combinado" para as disposições de direitos fundamentais: "um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídas tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo" (Alexy, 2011, p. 144).

Lei do sopesamento

Dando prosseguimento na apresentação da teoria dos direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 167-168) aborda a *lei do sopesamento*, válida para todos os tipos de sopesamento de princípios: "a medida permitida de não satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro". Nesse ponto, o autor reforça e faz um contraponto entre esta e a *lei da colisão*, citada anteriormente, ao afirmar que "a lei da colisão expressa em quê consiste a relação entre os princípios colidentes" (aquilo que é exigido em um princípio e aquilo que é exigido pelo princípio colidente) e deixa mais claro que o peso dos princípios, a ser considerado no sopesamento, "não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos". Fazendo uso de ilustrações, ba-

seadas no modelo de curvas de indiferença,[118] Alexy (2011, p. 169) observa que "a lei do sopesamento aponta, em primeiro lugar, para a *importância* da satisfação do princípio colidente e formula, em segundo lugar, um dever". Mas destaca que *o sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere a um princípio ou outro, mas à definição de qual deve ser a* importância *que se deve conferir a ambos os princípios*. Segundo ele, "do ponto de vista do método, o sopesamento diz respeito a uma regra, que prescreve como se deve sopesar", ou seja, "a lei de sopesamento é formulada como uma regra, que prescreve a definição de curvas de indiferença corretas (importâncias relativas corretas)" – como na Figura 16.

Figura 16 Lei de sopesamento ilustrada em uma curva de indiferença



Fonte: adaptado de Alexy (2011, p. 170).

De acordo com Alexy (2011, p. 170),

> Curvas de indiferença fazem com que fiquem claras as ideias que estão por trás da lei do sopesamento. [...]. De acordo com a lei do sopesamento [...], a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base no grau de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação (não afetação/afetação) do outro. Mas esses conceitos são infensos a uma metrificação que possa levar a um cálculo de resultados intersubjetivamente inequívoco. A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio.

O autor em referência (2011, p. 173) explica que o modelo apresentado "evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento". Para ele, tal modelo "faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro de 'forma precipitada'". Ao contrário, "o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante", de forma que "o resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada".

118 Modelos de gráficos (ilustrações) utilizados nas ciências econômicas para representar as preferências dos consumidores.

> Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado *princípio da concordância prática*. (Alexy, 2011, p. 173)

Buscando defender seu modelo fundamentado, Alexy (2011, p. 173-174) refuta algumas objeções, entre elas a que 1) "não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido (fórmula vazia)"; 2) "o sopesamento conduziria a 'decisões particulares'"; e 3) "no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra outra".

Sobre a primeira objeção, o autor argumenta que não procede, uma vez que:

> Ainda que *o sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de *sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei da colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia. (Alexy, 2011, p. 173-174, grifo do original)

Em relação à segunda objeção, o autor (2011, p. 174) também afirma que é "no mínima equivocada", pois:

> Na medida em que as decisões de sopesamento são decisões judiciais, é claro que elas são proferidas, em geral, para solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei de sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade. No modelo aqui defendido, ambos estão associados.

Quanto à terceira objeção, Alexy (2011, p. 174) também a declara improcedente, uma vez que se trata de um princípio contraposto a outro princípio e "a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento".

Vale destacar que, além das objeções anteriores, Alexy (2011) também refuta outras, de natureza filosófica, metodológica e dogmática, referentes à teoria dos princípios e objeções em relação ao conceito de princípios,[119] as quais não foram consideradas relevantes no contexto deste livro.

Direitos fundamentais e suas restrições

Segundo Alexy (2011, p. 281), uma vez aceito que se pode falar em restrição a direitos fundamentais, consequentemente, é importante questionar o que representam tais restrições. Nesse sentido, aponta dois objetos de restrições que possuem relações estreitas: 1) "os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário)"; e 2) "as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais".

119 As objeções referentes ao conceito de princípios são: "a invalidade de princípios", "princípios absolutos" e "a amplitude do conceito de princípio". Para mais detalhes, sugere-se a leitura de Alexy (2011, p. 110-116).

No que tange à relação entre os dois objetos acima mencionados, o referido autor destaca que:

> Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos [...]. Por isso uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: *restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição prima facie de direito fundamental*. (Alexy, 2011, p. 281, grifo nosso)

Ao afirmar que tais restrições compreendem normas, Alexy (2011, p. 281) também aponta que "é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais". Para responder a essa última questão, ele utiliza uma observação geral, a saber:

> *Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição*. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*. (Alexy, 2011, p. 281, grifo nosso)

Porém, de acordo com o autor, os questionamentos não se encerram aqui, uma vez que para se saber o que faz com que normas compatíveis com a Constituição sejam ou não restrições a direitos fundamentais faz-se necessário também diferenciar as diversas espécies de normas. "Importância especial tem a distinção entre normas de competência que fundamentam a competência do Estado para criar normas e normas mandatórias e proibitivas aos cidadãos" (Alexy, 2011, p. 281).

A respeito das normas de competência, o autor (2011, p. 281) descreve que "as mais importantes para a teoria das restrições são estabelecidas por meio das reservas legais constitucionais". Ele explica o seguinte:

> Por meio delas o legislador é autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. A essa competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamentais. É preciso distinguir as competências para a criação de normas que são fundamentadas pelas reservas legais constitucionais – competências diretamente estabelecidas pela Constituição – das competências constitucionais indiretas, que surgem, por exemplo, quando o legislador autoriza a edição de decretos ou quando o poder regulamentar autoriza a edição de atos administrativos. Esses tipos de normas de competência não *restringem* os direitos fundamentais, apenas fundamentam a *restringibilidade*. Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a *possibilidade jurídica* das restrições. Isso pode ser claramente percebido na possibilidade de haver uma competência para estabelecer restrições sem que dela se faça uso. Nesse sentido, é possível dizer que, não importa em que nível do ordenamento jurídico elas se encontrem, as normas de competência que fundamentam a competência para criar normas não são restrições a direitos fundamentais. (Alexy, 2011, p. 281-282, grifo do original)

Porém, Alexy (2011, p. 282) admite que:

> a competência para estabelecer restrições tem algo de restritivo para o titular do direito fundamental. À extensão da competência dos órgãos estatais equivale a extensão de sua sujeição às normas criadas de acordo com essa competência. Mas as competências para estabelecer restrições têm algo de restritivo somente

> porque são restrições cujo estabelecimento está autorizado pelas normas de competência. O caráter restritivo é apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência.

Dando prosseguimento à questão suscitada a respeito das espécies de normas, o referido autor (2011, p. 282) declara que "relevantes não são apenas normas mandatórias e proibitivas, mas também normas que restrinjam ou eliminem competências dos cidadãos". Mas, considerando também poder ser aplicado a outras espécies de normas aquilo que pode ser dito a respeito do caráter restritivo das normas mandatórias e proibitivas, analisa apenas as primeiras e, para tanto, resgata a distinção entre regras e princípios.

A respeito das regras que estabelecem restrições a um direito fundamental, Alexy (2011, p. 283) descreve o seguinte: "uma *regra* (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie*, surge uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo".

Para exemplificar uma regra que estabelece restrição e não direito definitivo, pode ser citado o disposto no § 4º, do art. 31, da lei federal 12.527/2011: "A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância".

Conforme pode ser observado, o disposto no parágrafo destacado compreende uma restrição à proteção garantida no inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, ou seja, uma restrição aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Nesse caso, os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem garantem aos indivíduos direitos *prima facie* a uma ação negativa correspondente a proibições *prima facie* de acessar informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Todavia, na medida em que o § 4º, do art. 31, da lei federal 12.527/2011 (Brasil, Presidência da República, 2011), permite o acesso a tais informações, em casos de processo de apuração de irregularidade em que o titular da informação de apuração estiver envolvido e nos casos de ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância, as proibições *prima facie* são substituídas por permissões definitivas. Nesse sentido, seguindo as concepções de Alexy (2011, p. 283-284), essas permissões equivalem a não direitos definitivos à abstenção de acesso à informação relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoa; e os direitos *prima facies* são, dessa forma, substituídos por não direitos definitivos de igual conteúdo.

Em relação aos princípios que estabelecem restrições a direitos fundamentais, Alexy, inicialmente, faz as seguintes observações:

> Princípios restringidores, por si sós, não são capazes de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivas (não liberdades, não direitos). *Para se alcan-*

> *çar uma restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingidos* [*sic*] *e o(s) princípio(s) que o restringe(m)*. Por essa razão, seria possível imaginar que não são os princípios que podem ser restrições, mas somente as regras que, de acordo com a lei de colisão, expressam o resultado do sopesamento. Em um certo sentido, essa concepção equipararia os princípios às normas de competências, ao encará-los como meros criadores potenciais de restrições. Contra uma tal equiparação há, contudo, um argumento de peso. *Princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios*. Se os princípios colidentes não vigessem ou se não tivessem hierarquia constitucional, essas possibilidades seriam mais amplas. Por isso, *o problema não reside na sua natureza restritiva, mas na definição da extensão em que restringem outros princípios*. (Alexy, 2011, p. 284, grifo nosso)

Feitas essas observações, o autor assim descreve os princípios que estabelecem restrições a um direito fundamental: "Um *princípio* é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo" (Alexy, 2011, p. 284-285).

Dessa forma, pode-se citar, como exemplo, a colisão entre o direito de acesso à informação e os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem.

Tendo como base suas definições a respeito das regras e princípios que estabelecem restrições a direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 285) menciona a seguinte reformulação que se refere tanto às normas restritivas mandatórias e proibitivas quanto a todas as normas restritivas: "restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental".[120]

Pode-se citar, como exemplo de restrição, o disposto no inciso LX que integra o artigo 5º da Constituição Federal: "LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Uma vez compreendido o conceito de restrições a direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 285) passa a abordar as duas espécies, procurando desenvolver, na sua concepção, algumas importantes classificações, tendo sempre como referência a distinção entre regras e princípios e a teoria das modalidades jurídicas. Nesse sentido, assim as classifica: 1) restrições diretamente constitucionais e 2) restrições indiretamente constitucionais.

> Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são restrições *diretamente constitucionais*, e as restrições infraconstitucionais são restrições *indiretamente constitucionais*. (Alexy, 2011, p. 286)

120 De acordo com Alexy (2011, p. 285), o significado dessa restrição é "demonstrado de forma paradigmática por meio das normas mandatórias e proibitivas".

Em relação às restrições diretamente constitucionais, Alexy (2011, p. 286) inicia sua abordagem fazendo distinção entre *restrição* e *cláusula*[121] *restritiva*. A primeira, segundo ele, pertencente à perspectiva do direito e a segunda à perspectiva da norma – "parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido".

Citando um exemplo da Constituição alemã, o autor (2011, p. 287) relata que uma cláusula "pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra" uma vez que é capaz de transformar os direitos *prima facie* decorrentes de um princípio de liberdade, por exemplo, em não direitos definitivos. Mediante essa condição, faz a seguinte observação:

> Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida [...]. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem, nesse sentido, a natureza de regra. Mas, por trás do nível da regra, o nível do princípio mantém sua importância. [...]. Isso mostra que a cláusula nada mais é que uma decisão do constituinte a favor de determinadas razões contra a proteção constitucional. Essas razões contra a proteção constitucional – não importa como estejam individualmente constituídas – pertencem, contudo, ao âmbito das restrições. Se se abre mão dessa forma de compreender a questão, haverá o perigo de que o jogo de razões e contrarrazões fosse substituído por compreensões mais ou menos intuitivas. (Alexy, 2011, p. 287-288)

De acordo com Alexy (2011, p. 288), as cláusulas podem ser apresentadas em parágrafos separados do dispositivo e, nesse caso, são reconhecidas facilmente como restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidas diretamente na Constituição. Porém, uma cláusula também pode ser parte do enunciado que garante o direito fundamental. Nesse caso, fazendo uma analogia aos exemplos citados por ele, pode-se destacar o disposto no inciso XIV, do art. 5º, da Constitucional Federal brasileira de 1988: "XIV – é assegurado a todos o acesso à informação *e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*". Nesse exemplo, o trecho destacado compreende uma cláusula de restrição e, de acordo com o autor (2011, p. 288), cláusulas como essa "devem ser consideradas como expressão de restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidas diretamente na Constituição". As mesmas situações podem ser observadas nos trechos destacados a seguir, que compõem os incisos XXXIII do art. 5º e IV do art. 92 da Constituição de 1988.

> Art. 5º [...]. XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*;
>
> [...]

121 A respeito do conceito de cláusula, Alexy (2011) faz menção a cláusulas escritas e não escritas. Optou-se por abordar aqui apenas as cláusulas escritas, as quais foram consideradas relevantes no âmbito deste estudo.

> Art. 92 [...]. IV – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, *podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*.[122] (Brasil, Constituição, 1988, grifo nosso)

Quanto às restrições indiretamente constitucionais, Alexy (2011, p. 291) as apresenta como "aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer", ou seja, confere competências ao legislador para estabelecer/impor restrições. Segundo ele, "a expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas", ou seja, "disposições constitucionais – ou parte de disposições constitucionais – que expressamente autorizam intervenções e restrições". Contudo, aqui, o autor (2011, p. 292) faz distinção entre reservas simples e qualificadas. Nas primeiras, a competência é "pura e simplesmente garantida"; enquanto nas segundas, "há uma limitação ao conteúdo da restrição". Além disso, complementa que:

> a competência para impor restrições não existe apenas quando a ela se faz menção expressa. Sempre que se faz menção a leis ordinárias como forma de restrição, é estabelecida uma competência para impor restrições. [...]. Na medida em que neles [dispositivos constitucionais] se faz referência a leis ordinárias, esses dispositivos podem ser considerados como 'cláusulas implícitas de reserva'. (Alexy, 2011, p. 292)

Nesse caso, pode-se citar o disposto no inciso II do § 3º do art. 37 da Constituição Federal (Brasil, Constituição, 1988, grifo nosso):

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]. *II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;* [...].

Vale destacar que as disposições que integram o art. 5º da Constituição, citadas no exemplo acima, referem-se à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e ao direito de receber informações de órgão públicos, ressalvadas aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança do Estado e da sociedade, ou seja, as exceções legais de acesso à informação. É importante também ressaltar que o disposto no inciso II do § 3º do art. 37 foi regulamentado pela Lei de Acesso à Informação (Brasil, Presidência da República, 2011).

Ainda a respeito das reservas, Alexy (2011, p. 292) faz a seguinte observação: "O principal problema das reservas é a delimitação. Neste pon-

122 Cabe ainda destacar que, fazendo analogia aos exemplos utilizados por Alexy (2011, p. 288), os termos "todos", "todas" e "a todos" nos exemplos citados acima também representam cláusulas.

to é necessário distinguir entre os aspectos formal e material". Ele explica que o aspecto formal está relacionado à competência para impor restrições, ao procedimento a ser seguido e à forma como isso deve acontecer. Por sua vez, em se tratando do aspecto material, outras condições também estão relacionadas, tais como a máxima da proporcionalidade e, consequentemente, o dever de sopesamento. Nesse ponto, vale destacar que, de acordo com Alexy (2011, p. 296), "uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio fundamental em questão".

Mediante o exposto, Alexy defende uma teoria ampla de suporte fático, ao considerar que:

> *No âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos somente se puderem ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado*. Se esses juízos forem fundamentados de forma independente de um sopesamento, sua correção depende de se saber se o resultado poderia também ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado. (Alexy, 2011, p. 322, grifo nosso)

Nesse sentido, segundo ele,

> Uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito da proteção[123] de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção. A forma pela qual tanto essa inclusão no âmbito de proteção quanto a inclusão no suporte fático ocorrem pode variar muito. Nesse sentido, a teoria ampla contém um feixe de regras que se referem às diferentes formas dessa inclusão. Menciono aqui apenas duas especialmente importantes: 1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes. [...]. 2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas. (Alexy, 2011, p. 322)

Alexy (2011, p. 323) reconhece que a teoria ampla do suporte fático é objeto de várias críticas e objeções,[124] porém apresenta sua defesa:

> entre os casos reais e potenciais não há uma fronteira claramente demarcada. Pelo contrário: entre a completa certeza da proteção ou da não proteção do direito fundamental e a completa incerteza a esse respeito é de se supor a existência de uma escala de graus de certeza e incerteza. *A existência de graus diversos de certeza e incerteza é apenas a face objetiva da questão. A ela se soma uma face subjetiva. Diferentes pessoas inseririam diferentes casos em diferentes posições na escala de certeza e incerteza. [...] a teoria restrita só é adequada para caso em que não há dúvidas acerca da não proteção*. [...] a teoria ampla do suporte fático tem vantagens claras. Ela pode tratar os casos em que não há dúvidas acerca da não proteção como casos meramente potenciais, nos quais uma fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, embora possível, seria totalmente dispensável. Com isso ela evita o risco de um deslocamento excessivo da argumentação jurídica ordinária na direção de uma argumentação constitucional. Além disso, *sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação*

123 De acordo com Alexy (2011, p. 302), "âmbito de proteção", "âmbito de validade" e "âmbito da norma" são usados como sinônimo por alguns autores.

124 Para detalhes, sugere-se consultar Alexy (2011, p. 323-328).

> *substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade*. Com isso, ela evita o risco de um sufocamento da argumentação constitucional pela argumentação jurídica ordinária. A teoria ampla do suporte fático conduz a um *modelo em dois âmbitos*. O primeiro âmbito dos casos *potenciais*; o segundo, o âmbito dos casos *reais*. Sempre que um princípio de direito fundamental for relevante, o caso é pelo menos um caso potencial de direitos fundamentais, não importa com que grau de certeza o princípio em questão possa ser superado por princípios colidentes. [...]. Mas mesmo um caso meramente potencial não deixa de ser um caso de direitos fundamentais. Com isso, o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais. *A maioria das normas do sistema jurídico pertence ao âmbito dos casos meramente potenciais. O âmbito dos casos potenciais forma o substrato do verdadeiro âmbito dos problemas de direitos fundamentais e da argumentação no campo desses direitos: o âmbito dos casos* reais *de direitos fundamentais*. Esse último âmbito, que abarca tudo aquilo que é duvidoso e polêmico, está apoiado naquele primeiro, no qual se inclui a massa daquilo que é livre de dúvidas e consensual. O mais importante no modelo em dois âmbitos é o fato que a inclusão *em um ou outro desses âmbitos não é algo que possa ser decidido de forma definitiva. Se houver alguma dúvida, um caso pode deixar o âmbito do induvidoso, ou seja, o âmbito dos casos potenciais; da mesma forma, o outrora duvidoso pode, por meio de decisão, argumentação e/ou práxis, deixar o âmbito dos casos reais e voltar a ser um caso potencial. A possibilidade de se ultrapassar a fronteira de um lado para outro deve permanecer aberta em ambos os sentidos*. Não se deve evitar, por meio de uma concepção restrita do suporte fático, que um caso se torne um caso real de direitos fundamentais. (Alexy, 2011, p. 327-329, grifo nosso)

Mediante os argumentos de defesa supra-apresentados, optou-se por considerar, aqui, a teoria ampla do suporte fático, uma vez que se parte do pressuposto segundo o qual *entre os casos reais e potenciais que envolvem a aplicação dos direitos fundamentais sob análise, não há uma fronteira claramente demarcada, haja vista que há dúvidas, no cenário brasileiro, acerca da não proteção de tais direitos em determinados casos reais.*

Enfim, entende-se que o disposto nos incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, Constituição, 1988) a respeito do acesso à informação e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem possuem a natureza de princípios, por não compreenderem mandamentos definitivos ou absolutos, mas *prima facie*. Tratam-se de mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Ou seja, contemplam razões que podem ser afastadas ou restringidas em função de razões que são fundamentadas por outros princípios (e vice-versa). No entanto, espera-se que, como princípios, o acesso à informação e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem sejam realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (necessidade de verificação da extensão da discricionariedade). Isso pressupõe uma análise cuidadosa de cada situação concreta (circunstâncias/contexto de cada caso particular), tendo como fundamento o sopesamento dos interesses envolvidos. São normas relativamente gerais, que possuem uma importância substancial e compreendem razões para o estabelecimento de um sistema de regras, como a LAI, por exemplo, compondo ambos (princípios e regras) um "modelo combinado" de direitos fundamentais.

Dito isso, julgou-se importante verificar os conceitos e aplicabilidade dos direitos à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade.

Conceito e aplicabilidade do direito à imagem

> O uso indevido da imagem traz, de fato, situações de prejuízo e constrangimento. No entanto, em cada situação é preciso avaliar se, de fato, há abuso na divulgação da imagem. Nem sempre a simples divulgação de uma imagem é indevida, doutra forma seria inviável noticiário televisivo, jornalístico ou similar. (Venosa, 2007, p. 174[125] apud Araujo, 2013, p. 116)

Walter Moraes,[126] citado por diversos autores que abordam o direito à imagem no Brasil, define o termo imagem, no âmbito do direito, como:

> Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito. *A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa* pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. *Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade*. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se [...] que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. *Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os 'retratos falados' e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade*. Por outro lado, *imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante*, como o teriam sustentado Schneickerfc e Koeni. *Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica*: certas pessoas ficaram famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros. (Moraes, 2011, p. 1, grifo nosso)

Affornalli (2012, p. 23), em obra mais recente, por sua vez, explica que, para o direito, a imagem contempla "toda e qualquer forma de representação da figura humana". Todavia, aponta que não é possível limitar ou enumerar os diversos meios técnicos em que a imagem pode ser apresentada, tendo em vista que em função dos avanços tecnológicos tem-se variados mecanismos e maneiras em que a imagem das pessoas pode ser exibida.

125 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

126 O artigo em questão foi publicado pela primeira vez em 1972: MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 61, v. 444, 1972.

Nesse sentido, argumenta que a trajetória dos meios utilizados no registro da imagem (sejam eles artesanais e/ou mecânicos, que hoje vão desde a pintura à holografia) demonstra um rápido avanço tecnológico que "não permite a segurança de se esgotar as possibilidades". Adverte, inclusive, que:

> o processo de criação de novas técnicas permite que a imagem seja fixada e divulgada mais rápida, fiel, facilmente e para um número maior de pessoas; *na medida em que isso ocorre, crescem as complicações jurídicas pelo uso indevido e indiscriminado da* imago*; multiplica-se os prejuízos do titular do direito*. (Affornalli, 2012, p. 37)

Affornalli (2012, p. 24) descreve que o termo imagem tem como origem a palavra latina *imago*; e, ao citar alguns autores,[127] demonstra que, na atualidade, o termo se refere à expressão formal e sensível da personalidade das pessoas, à exteriorização e percepção da personalidade, à aparência visível de entes (animados e inanimados) e a aspectos característicos da individualidade. Também menciona que, por intermédio da imagem, é possível atribuir qualidade e valores às pessoas.

> A impressão positiva que se tem acerca de alguém deve-se, quase sempre, à boa imagem que ele apresenta, e o inverso também procede. Muitas vezes, ela é o único parâmetro utilizado para atribuir valores às pessoas; dado que começa a ser motivo de questionamento na sociedade moderna. Mas, sem dúvida, possuir uma boa imagem oferece facilidades no percurso da vida social e na colocação profissional. (Affornalli, 2012, p. 25)

Vendruscolo (2016, p. 77), por sua vez, associa o termo imagem a "atributos do ser humano e seu elemento distintivo". O mesmo autor (2016, p. 80) aponta que "modernamente se entende que não existe somente uma imagem, mas sim duas imagens para cada titular, inclusive positivada de forma distinta no texto constitucional". A primeira e mais comum compreende "o conjunto de caracteres físicos da pessoa" (ou "aspecto físico da pessoa"), a qual é denominada "imagem-retrato" e está contemplada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Já a segunda, compreende um "conceito social" da pessoa (como ela é vista socialmente) ou a "exteriorização da personalidade do indivíduo", e se denomina "imagem-atributo" ou "imagem-qualificação", contemplada no inciso V do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, Constituição, 1988).

É importante aqui destacar que, no caso da imagem-atributo, o referido autor adverte que ela "não se confunde com a honra".

> a imagem-atributo, também denominada imagem-qualificação, são certas características de cada um, visto na sociedade; vale dizer: é modo de o indivíduo ser compreendido na sociedade, mas que *nada tem a ver com a sua honra*; como leciona David de Araujo, é o 'conceito social' do indivíduo, que *pode ser tido*

127 MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limogi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977; e TORRES, Patrícia Almeida. *Direito à própria imagem.* 1. ed. São Paulo: LTR, 1998.

> *como um sujeito honrado, mas ter uma imagem de mau profissional*. (Vendruscolo, 2016, p. 84, grifo nosso)

Feitas essa diferenciação entre imagem-retrato e imagem-atributo, Vendruscolo (2016, p. 81-83), ao citar diversos autores[128] que abordam a temática, também procura destacar e demonstrar alguns pontos de vista que são considerados em relação ao conceito de imagem, a saber: a aparência exterior de um indivíduo (projeção de aspectos físicos e visíveis que o individualizam no meio social e integram sua personalidade); a representação do semblante de um indivíduo ou de partes isoladas do seu corpo (nariz, olhos, boca e outros), quando possível a sua identificação[129] (representação que permite reconhecer o indivíduo); os gestos e características particulares de um indivíduo; a tradução para o mundo exterior da personalidade de um indivíduo, que promove nos outros indivíduos uma impressão externa e consequentemente propicia sentimentos como simpatia e antipatia, bem como determina o sucesso ou o insucesso do titular; a forma como um indivíduo é visto pela sociedade em que está inserido (características que o acompanham em seu conceito social; as consequências da sua vida social); características e/ou qualidades que são cultivadas por cada indivíduo e permitem seu reconhecimento social (a soma de seus conhecimentos, habilidades e/ou competências, por exemplo); os conceitos que um indivíduo goza perante outros (assíduo, desorganizado, erudito, responsável, desinibido, tímido, proativo, passivo, por exemplo).

Na mesma linha que os autores citados, ao abordar o conceito de imagem, Araujo (2013) considera que esse deve ser ampliado, não contemplando apenas o aspecto visual do indivíduo ou imagem-retrato (personalidade física – fisionomia, corpo, gestos, indumentárias, entre outros aspectos), mas também as exteriorizações da personalidade do indivíduo ou imagem-atributo (personalidade moral – conceito social, fama, reputação, aura, além de outros elementos). "O conceito mais amplo de imagem, assim, deve prevalecer como não só reprodução visual do homem, mas também extensão de seus característicos de personalidade" (Araujo, 2013, p. 25).

---

128 MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limogi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25; DUVAL, Hermano Duval. *Direito à imagem.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 340-342; BERTI, Silma Mendes. *Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; ARAUJO, Luiz Alberdo David. *A proteção constitucional da própria imagem*: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1; DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

129 Nesse caso Vendruscolo (2016, p. 83) comenta que devem ser protegidos tanto a imagem original – a própria pessoa –, quanto a representação.

A respeito da imagem-atributo, Araujo (2013, p. 27) assim a define:

> A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, que em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. [...]. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característica não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo [...]. A palavra *imagem* não se restringe apenas ao retrato [...]. A imagem tem novo conceito, decorrente do desenvolvimento das relações sociais. O profissional tem uma imagem. O chefe de família tem uma imagem que, como é evidente, não confunde com imagem-retrato. Pode estar havendo violação da imagem profissional de um médico, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à sua imagem-retrato. [...]. A imagem do Poder Judiciário, a imagem do presidente da República, a imagem do líder religioso, a imagem do político. São expressões novas, correntes e incorporadas ao vocabulário nacional, de forma a determinar uma proteção certa e individualizada.

Tal autor (2013, p. 28) também comenta que a imagem-atributo, por sua vez, não se limita apenas às pessoas físicas, também podendo ser consideradas as pessoas jurídicas, incluindo as imagens dos seus produtos e serviços.[130]

Sob essa perspectiva, cabe destacar que, em relação às espécies de imagem, alguns autores citam, além da imagem-retrato e da imagem-atributo, uma terceira espécie, a imagem-científica. Sobre a imagem-científica, Neves descreve que:

> Entretanto, ainda que a doutrina nos aponte apenas duas espécies de imagem, não podemos deixar de citar, como tendência no mundo moderno e em constante desenvolvimento, o surgimento de corrente que sugere a existência de uma terceira espécie de imagem, a científica. Nesse particular, nos valemos dos ensinamentos de Maria Helena Diniz; '*será preciso não olvidar que a Constituição Federal, no art. 5º, V e X, resguarda o direito à imagem; ora, o DNA é a imagem científica da pessoa, e como tal deverá ser preservado'*. No mesmo sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo detaca: '*o DNA traduz a imagem científica dos seres humanos, constituindo a "alma bioquímica do homem" e integrando um dos direitos da personalidade. Com isso, os genes enquanto pedaços de DNA, recebem proteção do ordenamento jurídico por intermédio do art. 5º, X, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade da imagem das pessoas. Dessarte [sic], não podem ser objeto de livre manipulação com finalidades destinadas às atividades empresariais ou assemelhadas*'. (Neves, 2011, p. 155, grifo do original)

Porém, Neves (2011, p. 155) entende que tal imagem científica (o material genético – DNA) "estaria mais ligada ao direito à identidade do que propriamente à imagem do ser humano". Nesse caso, ressalta que, de qualquer forma, o material genético estaria protegido pelo direito da personalidade. Ribeiro (2013, p. 146), por sua vez, reconhece a necessidade de mais precisão teórica a respeito e observa que, para alguns, as informações genéticas integram a vida privada.

> tanto o conceito quanto a denominação 'imagem científica' ainda carecem de maior precisão técnica. Na quinta Jornada de Direito Civil, por exemplo, foi aprovado

130 Alguns doutrinadores questionam a possibilidade de a pessoa jurídica ser titular de um direito a própria imagem. Para mais detalhes a respeito, sugere-se consultar o item "3.3 O direito à imagem e a pessoa jurídica" em Affornali (2012, p. 52-54).

> enunciado que afirma que as informações genéticas são parte da vida privada. A denominação imagem-científica para proteção das informações genéticas é pouco apropriada, pois o que existe é um código genético exclusivo e único de cada um, em que seu conhecimento e cópia violam o segredo de cada ser humano.

Buscando destacar os dados históricos que compõem a importância jurídica da imagem, Affornalli (2012, p. 25-26) relata que, desde tempos remotos, "a imagem sempre serviu como instrumento de comunicação", inclusive menciona que "não raras vezes muitas palavras acabem tendo menor êxito na missão de comunicar que uma imagem de impacto". Nos tempos atuais, a referida autora descreve que esse papel da imagem enquanto instrumento de comunicação adquiriu relevância e dimensões mais acentuadas em função do contexto advindo da era da comunicação e da informação.

> Não se pode negar que, hoje mais do que nunca, vive-se a era da comunicação. O homem contemporâneo é ávido por informação, e neste contexto, a imagem assume grande relevância dentre todos os meios capazes de informar, de comunicar. Com o bombardeio de informações e notícias novas que a cada momento são ventiladas e o escasso tempo que se tem para conhecê-las e incorporá-las no seu ambiente de utilidade, busca-se 'na imagem absorvida rapidamente a informação que o texto escrito, mas denso, mas de absorção mais lenta, não nos pode dar'. A imagem tem o condão de comunicar em um único instante. *Com base em tal constatação torna-se compreensível que a imagem tenha ganhado a dimensão que hoje possui, quando o ser humano vive a era da informação e, por que não dizer, também, da imagem.* (Affornalli, 2012, p. 26, grifo nosso)

Segundo essa autora, em função dessa relação imagem-comunicação e da dimensão que assume diante do contexto de "explosão da informação", justifica-se e torna imprescindível a análise e regulamentação jurídica do tema. No entanto, a autora em tela (2012, p. 27) complementa que, além da seara da publicidade, na qual a imagem é a própria mensagem, também é importante considerar o valor econômico, o valor social e o valor político que a imagem traz em si.

Vendruscolo também aponta o contexto da "explosão da informação" como um fator que justifica a regulamentação do direito à imagem e associa a ela outros fatores, como a globalização, o advento das tecnologias e a conotação econômica sobrelevada.

> Por evidente que o mundo globalizado moderno, em que a troca de informações alcançou velocidades antes nunca imaginadas, tornou a captação e transmissão da imagem algo quase que instantâneo, reclamando uma nova regulamentação do instituto ou a sua correta análise sob o viés constitucional. [...] diante desse aumento tecnológico em progressão geométrica, em que o resguardo privado e a imagem são facilmente agredidos, novos mecanismos de proteção jurídica devem ser construídos na defesa do ser integral, em harmonia com os tempos modernos. A imagem possui, além do valor íntimo, o valor outorgado pela sociedade, e atualmente a sua utilização tem conotação econômica sobrelevada, razão pela qual o seu regramento e sua proteção prevista no ordenamento jurídico são deveras importantes e necessários. (Vendruscolo, 2016, p. 79).

Compreendidas a importância, dimensões e valores que circundam a imagem e as razões e fatores que justificam sua proteção e regulamentação pelo direito, apresenta-se, a seguir, de forma sucinta, como se estabeleceu e desenvolveu o disciplinamento do direito à imagem.

O direito à imagem no ordenamento jurídico

Ao abordar a proteção da imagem no direito comparado, Affornalli descreve que a necessidade de disciplinar essa questão surgiu na primeira metade do século XIX, com o aparecimento da fotografia e da reprodução fotográfica no cinema. "A difusão do retrato humano atingiu áreas geograficamente extensas e distantes e passou a acarretar o que hoje tornou-se lugar comum: *intensa intromissão na vida privada da pessoa*" (Affornalli, 2012, p. 27, grifo nosso).

Sobre a película fotográfica e o direito, Affornalli (2012, p. 36) observa que "cumpre salientar que uma película fotográfica enseja não somente proteção via direito autoral em favor do artista, profissional ou amador, que executou o retrato, mas também o direito à imagem cujo titular é a pessoa retratada".

De acordo com a autora em tela, uma das primeiras decisões jurisprudenciais a respeito da proteção da imagem foi tomada na França, no Tribunal de Seine.

> Em 1858, o Tribunal de Seine proferiu decisão que deu origem à construção jurisprudencial francesa. Tratava-se do caso de dois fotógrafos que retrataram a famosa atriz francesa *Rachel*, em seu leito de morte. As fotografias deveriam permanecer apenas com os familiares da retratada. Todavia elas foram parar nas mãos da pintora O'Connell, que utilizou-as como matriz para a confecção de desenhos posteriormente expostos e comercializados. Provocado para apresentar decisão acerca do assunto, pela família da atriz retratada, o Tribunal de Seine ordenou a apreensão e destruição do original e das cópias fotográficas. O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem de pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa célebre, como Rachel. (Affornalli, 2012, p. 27-28)

Essa autora (2012, p. 28) relata, ainda, que o referido tribunal, no ano de 1902, também foi responsável por fundamentar a decisão segundo a qual não é permitido fotografar pessoas sem seu consentimento, exceto nos casos em que se tratar de pessoa cuja função (profissão ou natureza do serviço) ou notoriedade (presente ou passada) seja de interesse especial, e desde que tal ação não lhe cause prejuízos.

De acordo com Affornalli (2012, p. 28), o tratamento doutrinário dessa questão teve início no direito italiano e no direito alemão. No primeiro caso, em 1874, com a obra de Amar; no segundo caso, em 1880 e 1895, com os trabalhos de Kohler e, em 1896, com uma monografia de Keissner. A referida autora indica que a legislação sobre o direito à imagem também teve origem na Alemanha, com lei alemã de 1907, em seu artigo 22; e, em 1942, quando a proteção da imagem foi contemplada no Código Civil italiano. Moraes (2011, p. 1-2) também indica a lei alemã da fotografia, de 1876, como origem legislativa.

Já em relação aos Estados Unidos da América, Affornalli (2012, p. 28-29) descreve que a trajetória jurídica do direito à imagem foi mais tardia, porém ressalta que, em 1890, Warren e Brandeis, no *The right of privacy*, ao defenderem o direito à vida privada, afirmaram que "ele inicia-se com a tutela da imagem". A respeito do artigo de Warren e Brandeis, Affornalli (2012, p. 29) menciona que "serviu de fundamento para que a jurisprudên-

cia americana concedesse perdas e danos em publicação de imagem que ferisse o direito à privacidade".

Vendruscolo (2016, p. 78), citando Duval Hermano (1952, p. 52) [131] descreve que, no Brasil, o caso precursor e que deu origem a uma decisão jurisprudencial sobre a temática envolveu a captação da imagem, indevidamente, da *Miss Brasil* 1922, Zezé Leone:

> Relata Duval Hermano que, em sentença pioneira, o então juiz da 2ª Vara da Capital Federal, Octávio Kelly, em 28 de maio de 1922, compreendendo que o grande objetivo da proteção legal é o resguardo da personalidade do retratado, estendeu o núcleo da proteção à cinematografia, 'quando acolheu o interdito proibitório a favor da Miss Brasil, Justo de Morais (Zezé Leone) contra um cinegrafista de filme de atualidades, que captura sua imagem em ângulos inconvenientes à sua reputação de moça'.

Tratando-se do direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro, Affornalli declara que a disciplina aconteceu "de forma mais lenta" que em outros países. Nesse sentido, descreve que:

> o direito à imagem ganhou proteção legislativa de maior vulto em 1988, com a *Constituição Federal* vigente, quando recebeu tratamento específico. Já o Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I), art. 5º inciso V, reconhece o direito à imagem e a possibilidade de dano à imagem, assegurando o direito de resposta, proporcional ao agravo, e indenização por dano material, moral ou à imagem. O mesmo art. 5º, no inciso X, reza que é inviolável a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação. Ainda em nível constitucional, o artigo 5º, inciso XXVIII, assegura proteção à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. (Affornalli, 2012, p. 29, grifo nosso)

A esse respeito, Vendruscolo (2016, p. 79), seguindo a mesma linha de pensamento de Affornalli (2012), também comenta que, antes da Constituição de 1988, no cenário nacional, não existia um regramento normativo capaz de outorgar a proteção jurídica da imagem. Apesar de considerar que o Código Civil de 1916, por intermédio do inciso X, do art. 666, foi o marco inicial legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, o destacado autor considera que a questão foi abordada por esse diploma "de forma indireta e vinculada ao direito autoral".

> Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: [...]. X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto. (Brasil, Presidência da República, 1916)

Affornalli (2012, p. 29) afirma, de forma mais categórica, que o Código Civil brasileiro de 1916 não se preocupou com a questão do direito à imagem; apenas no inciso em questão tratou da reprodução de retratos ou

131 DUVAL, Hermano. Filmagem e televisionamento de espetáculo público. *Revista dos Tribunais*, v. 446, p. 52, dez. 1952.

bustos sob encomenda, e, na prática, só inaugurou a distinção entre direito de autor e direito à imagem da pessoa retratada. De acordo com a autora em tela, o citado dispositivo "suscitou o entendimento de que o direito à imagem da pessoa representada prevaleceria frente ao direito do autor da obra".

Ainda a respeito do direito à imagem, no ordenamento jurídico brasileiro, também é importante citar o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei federal n. 8.069, de 1990 (Brasil, Presidência da República, 1990a), e no Novo Código Civil brasileiro, lei federal n. 10.406, de 2002 (Brasil, Presidência da República, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente aborda o direito à imagem no seu art. 17, a saber: "Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, *abrangendo a preservação da imagem*, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (Brasil, Presidência da República, 1990a, grifo nosso).

Em 2009, por intermédio da lei federal n. 12.010, de 2009 (Brasil, Presidência da República, 2009), o capítulo II, do mesmo Estatuto, que trata sobre as medidas específicas de proteção, foi acrescido dos seguintes dispositivos:

> Art. 100 [...]. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]. V – *privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada*; [...].

Em relação ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito do direito à imagem, Affornalli comenta que:

> Uma vez consagrado constitucionalmente o direito à imagem, não seria necessário que o Estatuto da Criança e do Adolescente também se preocupasse em traçar tal previsão, haja vista que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas devido à sua personalidade em formação, à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, merece proteção integral, sendo titulares de um direito de personalidade peculiar. A autorização para a utilização da imagem de crianças e adolescentes pode ser exercida pelos seus representantes legais, mesmo que para fins publicitários. Contudo, como os direitos destas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento residem em seara do direito público, o Ministério Público pode vir a se insurgir contra o uso que, embora autorizado pelo pais ou responsáveis dos menores, *não respeite parâmetros de dignidade e de preservação da integridade física, psíquica e moral*. (Affornalli, 2012, p. 31, grifo nosso)

A autora em estudo chama a atenção para o fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente também elencar "normas que preservam a criança e o adolescente de atentado contra a sua imagem". Nesse caso, ela cita como exemplos os artigos 143 e 247, a saber:

> Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. [...]. Parágrafo único. *Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia*, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome. [...]. Art. 247. *Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização*

> *devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial* relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. § 1º – *Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia* de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, *ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente*. § 2º – Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação. (Brasil, Presidência da República, 1990a, grifo nosso)

A esse respeito, vale também destacar que o Estatuto faz referência, em seu texto, à proibição de fotografias de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

No Novo Código Civil brasileiro, o direito à imagem é abordado explicitamente no art. 20.

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, *a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (Brasil, Presidência da República, 2002, grifo nosso)

Nesse caso, é importante registrar a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815 (Adin n. 4.815), julgada procedente em 10 de junho de 2015, requerida pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), em 5 de julho de 2012, cuja decisão final estabelece que o artigo em questão não se aplica quando se tratar de biografias:

> O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora [ministra Carmem Lúcia], *julgou procedente o pedido formulado* na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, *declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes* (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2015, grifo nosso)

Conforme pode ser verificado a seguir, a ementa da Adin n. 4.815 cita a colisão entre o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como indica a necessidade do balanceamento (sopesamento dos direitos):

> 4. *O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações*. [...]. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando

> liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. *A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem*. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, *há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem* da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2015, grifo nosso)

Como se percebe, a decisão proferida não anulou os direitos à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, apenas afastou a possibilidade de interpretá-los de modo a proibir a publicação das biografias não autorizadas. É importante ressaltar, ainda, que os ministros do Supremo Tribunal Federal indicaram, na ocasião, que eventuais abusos por parte dos biógrafos, como o relato de fatos inverídicos ou ofensas à honra ou à imagem das pessoas biografadas, poderão acarretar medidas de reparação, tais como indenizações, que, nesse caso, terão de ser definidas pelo Poder Judiciário.

A título de exemplo, cita-se que, anteriormente à Adin n. 4.815, diversas publicações de biografias de personalidades brasileiras haviam sido proibidas, entre elas, a de Garrincha; a de Guimarães Rosa; a de Lampião; a de Fernando Morais; a de Noel Rosa; a de Paulo Leminski; e a de Roberto Carlos.[132]

Retomando o disposto no art. 20 do Novo Código Civil brasileiro, destaca-se o seguinte comentário de Affornalli:

> O *Novo Código Civil* [brasileiro], em seu artigo 20, ao tratar do direito à imagem, limitou-se a estabelecer os casos de proibição da publicação, exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa sem seu consentimento e as hipóteses em que a autorização pessoal do interessado poderá ser dispensada, não dando à imagem tratamento condizente à sua importância de meio de comunicação. (Affornalli, 2012, p. 26, grifo nosso)

Prosseguindo com suas considerações a respeito do artigo em questão, a autora referenciada (2012, p. 33) menciona que, apesar de ter sido louvável a menção ao direito à imagem, "não se pode deixar de dizer que não acrescentou nada de novo à matéria" e observa que:

> Além de não acrescentar utilidades ao tratamento do direito à imagem, *o Novo Código Civil ainda pecou ao ensejar entendimento confuso e errôneo*. Em uma primeira leitura do art. 20, pode parecer ao intérprete que o cabimento de indenização do dano à imagem condiciona-se ao também atingimento da honra, da boa fama ou da respeitabilidade ou, ainda, se o uso lesivo destinou-se a fins

132 Para mais detalhes sobre as proibições e liberações das referidas biografias, acesse a reportagem do portal G1 de notícias, de autoria de Cauê Muraro, intitulada "Roberto Carlos, Lampião, Garrincha: lista traz 8 biografias 'proibidas'". Publicada em 10 de junho de 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/06/roberto-carlos-lampiao-garrincha-lista-traz-biografias-proibidas.html. Acesso em: 10 jan. 2017.

> comerciais. Tal confusão acabaria destruindo toda a teoria construída pela doutrina, nacional e estrangeira, pela jurisprudência e pela Constituição Federal de 1988 acerca da autonomia do direito à imagem, a qual estabelece que o mesmo não se confunde com reputação ou boa fama, ou seja, *o direito à imagem está técnica e juridicamente dissociado da noção de honra, são coisas distintas*. (Affornalli, 2012, p. 33, grifo nosso)

Segundo Vendruscolo (2016, p. 80), "o direito à imagem ganhou novo ânimo com a promulgação do Código Civil de 2002", por contemplar a temática em uma norma infraconstitucional. Todavia, assim como Affornalli (2012), o referido autor registrou suas críticas em relação ao entendimento confuso da matéria: "tal dispositivo legal condicionou a proteção da imagem a eventual lesão conjunta da honra, ou quando tenha algum cunho econômico, o que não está em consonância com a orientação constitucional vigente".

A respeito dos comentários apresentados, vale destacar que tanto Affornalli (2012) quanto Vendruscolo (2016) reforçam a distinção técnica e jurídica entre imagem e honra.

O conteúdo do direito à imagem

Para Vendruscolo (2016, p. 86), o conteúdo da imagem-retrato é duplo, uma vez que está "ligado tanto à captação da imagem em si, cujo objeto de proteção predominante é de cunho moral e íntimo do titular" (conteúdo moral ou pessoal), quanto "à reprodução e/ou publicação ou autorização para qualquer fim", cujo objeto de proteção predominante é o seu caráter patrimonial (conteúdo material ou patrimonial). Em outras palavras, seguindo as explicações desse autor, entende-se que o titular tem o direito de exigir que sua vida privada não seja invadida e, consequentemente, proibir que sua imagem seja captada; e, por outro lado, uma vez captada sua imagem, o titular tem direito de proibir sua publicação ou reprodução.

Affornalli (2012, p. 37) também menciona os caráteres moral (ou pessoal) e material (ou patrimonial) do direito à imagem. Sobre o conteúdo moral, ela descreve que "se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua imagem". A respeito do conteúdo material, explica que esse "dá ao titular do direto a possibilidade de exploração econômica da sua própria imagem".

> Diante do exposto, resta evidente que o direito em exame visa, além da proteção do interesse moral que a pessoa representada tem de se opor à fixação, à divulgação e propagação que agridam sua privacidade, e que possam expô-la a situações desagradáveis, também à do interesse de caráter material que reconhece ao titular exclusivamente para exploração econômica de sua imagem. (Affornalli, 2012, p. 37)

Conforme relatado por Vendruscolo (2016, p. 87), vale salientar que o caráter duplo do direito à imagem foi considerado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 1999, em uma ação ajuizada pelas herdeiras do famoso jogador brasileiro *Garrincha*, tendo em vista o uso da imagem do referido jogador em produção cinematográfica e videográfica intitulada *Isto é Pelé*:

> DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. PRODUÇÃO CINEMATOGRÁFICA E VIDEOGRÁFICA. FUTEBOL. GARRINCHA E PELÉ. PARTICIPAÇÃO DO ATLETA. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. FATOS ANTERIORES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES. PREJUDICIALIDADE. RE NÃO CONHECIDO. DOUTRINA. DIREITO DOS SUCESSORES À INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.
>
> I – O direito à imagem *reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia*.
>
> II – O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.
>
> III – Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.
>
> IV – A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 1999, grifo nosso)

Em relação ao conteúdo material, Affornalli (2012, p. 38) destaca que o uso da imagem está condicionado à vontade do dono da imagem, ou seja, não implica a possibilidade de transferência do direito, mas de um licenciamento do uso da imagem no qual são estabelecidos *o que*, *para que*, *onde*, *quando* e *como*:

> Cabe ressaltar que seu conteúdo patrimonial não implica a possibilidade de transferência, mas a permissão ou concessão do uso condicionado à vontade do dono da imagem e às estipulações constantes do contrato, como: finalidade de uso, espaço territorial para propagação; finalidades especificadas expressamente; meios de divulgação; quantidade de publicação; agente utilizador da imagem; preço etc.

Citando Silmara Almeida (1998),[133] Affornalli (2012, p. 38) reforça esse entendimento apresentado, comentando que:

> os contratos adequados para regulamentar o uso da imagem, geralmente para fins publicitários, são de licença de uso, mas nunca de cessão [transferência de posse ou direito]; haja vista que o direito à imagem não pode ser transferido, mas tão somente licenciado para determinado fim e por tempo certo. [...] a interpretação de tais contratos deve ser restritiva e no sentido de atentar para as peculiaridades características de direito que se pretende absoluto, intransferível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável, inexpropriável.

Ainda sobre essa questão, a referida autora complementa e adverte que:

> *deve-se salientar* que o fato de se tratar de um contrato de *licença de uso* (que não implica a transferência definitiva) não autoriza que o retratado venha, emotivamente, a retirar a licença para o uso que fora pactuado, sem que sofra qualquer penalidade. Deverá respeitar as condições que contratou, assim como a parte a qual acertou a licença, sob pena de ser responsabilizado pelas perdas e danos advindos. (Affornalli, 2012, p. 38, grifo do original)

133 Em aulas proferidas no curso de especialização "Novas tendências do direito contemporâneo", da Universidade Estadual de Ponta Grossa, em 1998 (Affornalli, 2012, p. 38).

Dando prosseguimento, cabe explicitar que tanto Affornalli (2012, p. 39) quanto Vendruscolo (2016, p. 16) relatam que o direito norte-americano reconheceu e contribuiu com a teoria dos conteúdos moral e material do direito à imagem por intermédio do *right of privacy* e do *right of publicity*, respectivamente.

> O *right of privacy* diz respeito ao conteúdo extrapatrimonial do direito à própria imagem, à faculdade que o titular tem de se opor à fixação da própria *imago* em um suporte físico, divulgação e publicação, sendo que a não observância de sua vontade atentará contra à sua vida privada. [...]. O *right publicity* versa sobre a disponibilidade do uso da imagem segundo a vontade de seu titular, e nas condições impostas por ele (finalidade, prazo, veículo, público alvo etc.). (Affornalli, 2012, p. 39)

Enfim, Affornalli (2012, p. 39) também aponta que o direito à imagem, na visão de alguns doutrinadores, contempla conteúdos positivo e negativo. O conteúdo positivo consiste no direito da pessoa em querer aparecer, quando assim desejar; já o negativo consiste no direito do indivíduo de impedir a divulgação da sua imagem. Nesse caso, a autora em questão comenta que tanto o art. 666 do Código Civil de 1916, quanto o art. 20 do Novo Código Civil de 2002, evidenciam o conteúdo negativo do direito à imagem, ao reconhecerem que o titular do direito tem "a faculdade de impor proibição à publicação, à exposição ou à utilização de sua imagem".

Marx Neto e Mafra (2013, p. 114) também mencionam a perspectiva dos conteúdos positivo e negativo do direito à imagem: "sob outra perspectiva, pode-se verificar no direito à imagem a duplicidade de conteúdos: um positivo, de usufruir as possibilidades de exercício desse direito, e outro negativo, impedindo sua divulgação não autorizada".

Teorias jurídicas sobre a natureza do direito à imagem

De acordo com Vendruscolo (2016, p. 88), na contemporaneidade, o direito à imagem encontra-se consolidado na doutrina como um direito à personalidade, no entanto sua natureza foi alvo de diversas teorias.

> A natureza jurídica do direito à imagem foi algo de grande celeuma jurídica, partindo daqueles que negavam a existência do próprio direito à imagem, evoluindo para os que defendiam a existência do direito à imagem vinculado, no entanto, a algum outro direito, consolidando-se na contemporaneidade a posição doutrinária de que o direito à imagem é, de fato, um direito da personalidade assim como o é o direito à vida, à integridade psicofísica, ao nome, à intimidade etc.

Segundo Walter Moraes (2011, p. 2), inicialmente, as teorias a respeito do direito à imagem "giraram em torno de duas indagações principais: a) existe um direito à própria imagem? b) qual a natureza deste direito?". Em relação ao primeiro questionamento, o autor respondeu que é "indiscutivelmente positiva na multidão, na frequência, na uniformidade das regras legais". Sobre a segunda questão, respondeu que, à época, em 1972, quando escreveu seu artigo sobre a matéria,[134] somente em um ponto os juristas eram unânimes: "em que o problema se situa na área do direito

134 O artigo em questão foi publicado pela primeira vez em 1972, em MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 61, v. 444, 1972.

da personalidade", porém, "quanto à definição do direito à imagem dentro dessa área, as posições continuam controvertidas". Diante de tal constatação, Moraes cita que o espanhol Manuel Gitrama González (1962), "autor do mais erudito estudo sobre a matéria, distingue nada menos que sete teorias a respeito", a saber:

> 1) a teoria negativista, que o autor considera superada, e com razão; 2) a que subsume o direito à imagem no direito à honra; 3) a que entende o direito à imagem como manifestação do direito ao próprio corpo; 4) como manifestação do direito à identidade pessoal; 5) como expressão do direito à intimidade; 6) como direito relacionado com a liberdade; 7) como direito ligado à ideia de patrimônio moral da pessoa. (Moraes, 2011, p. 2)

Com o objetivo de justificar o entendimento do direito à imagem como autônomo (merecedor de uma proteção plena do ordenamento jurídico), que integra o rol dos direitos da personalidade, optou-se, no âmbito deste trabalho, por descrever suscintamente, a seguir, tais teorias (teoria negativista e teorias vinculativas).

Teoria negativista

Os adeptos dessa teoria, conforme explica Vendruscolo (2016, p. 89), questionavam se a imagem sendo algo tão íntimo e pessoal poderia justificar uma proteção jurídica. Além disso, discutiam em que sentido e amplitude se daria essa tutela.

Antônio Chaves (1972, p. 48) observa que, na fala dos defensores da teoria negativista, pode-se concluir que não procede a afirmação segundo a qual existe uma imagem de uma pessoa, e sim um número indefinido de imagens de um único indivíduo. Em outras palavras, entende-se que, de um único indivíduo, seria possível extrair inúmeras e diferentes imagens, se consideradas as diversas vezes em que esse indivíduo terá sido visto ou será visto, por outros, no futuro.

> Mas justamente por ser algo tão íntimo, tão nosso, poder-se-á dizer realmente que existe um "direito à imagem"? Em que sentido cogitar da sua proteção? Se não podemos impedir que ela se fixe fugazmente na retina de quem a contempla, parece lógico chegar à conclusão de que não comete ilícito algum o pintor que reproduza de memória as feições de uma linda mulher, de uma criança, de um velho. Mais um passo e chegaremos à conclusão de que ao fotógrafo assiste o mesmo direito. Se ninguém poderá impedir, no seu convívio com outras pessoas, que estas tenham a visão direta da sua figura, por que hão de os juristas, estes eternos fomentadores de complicações, com suas distinções e sutilezas, criar dificuldades no que diz respeito às reproduções? Se a imagem nada mais é, afinal, do que o simples reflexo da luz num corpo, iremos então, admitir que alguém tenha arbítrio com relação a um fenômeno natural da física, daquilo que não passaria da sombra de uma sombra? Eis aí, senhores, apenas algumas das objeções levantadas por uns tantos eminentes precursores destes estudos: Venzi, Piola-Caselli, N. Coviello, Bigeon e outros. Mais recentemente, Paolo Vercellone (*Il Diritto sul Próprio Ritratto*, Utet, Turim, 1959) manifesta dificuldades em falar de imagem como algo que possa ser objeto de um direito, seja qual for a sua natureza: 'Existe a pessoa, com as suas feições, a sua fisionomia, as suas dimensões. Esta pessoa, isto é, o corpo da pessoa, como todos os corpos materiais expostos à luz, pode ser vista, ou seja, suscitar nos órgãos visuais de outra pessoa uma sensação que naturalmente será diferente cada vez, em relação à luz existente, ao ângulo visual, quer dizer, à relação entre a posição do corpo visto e aquele da pessoa que vê, e finalmente ao 'modo de ver' desta última pessoa'. (Chaves, 1972, p. 46-47)

Esse autor (1972, p. 48) aponta que Walter Moraes (1966),[135] ao argumentar que "do fato da figura humana estar sujeita a variações de aspecto, não se pode inferir que não exista esta figura, aquele conjunto de traços que dão forma exterior a um corpo qualquer, que o fazem sensível", refuta, sem dificuldades, a teoria negativista demonstrando incorreções e inconsistências em tal raciocínio.

> Se a câmara fotográfica retém uma imagem, é porque esta imagem existe fora dela. Ademais, a imagem de um corpo produz, não só uma imagem visual, isto é, uma sensação visual; produz também uma sensação tátil, o que revela a existência de algo a provocar reações de diferentes gêneros. (Moraes, 1966 apud Chaves, 1972, p. 48)

Nesse sentido, Chaves defende que:

> Não pode ser aceita a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim, que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem. (Chaves, 1972, p. 48)

Enfim, Vendruscolo (2016, p. 90) explica que a teoria negativista "não encontra eco em nossos dias", uma vez que "a ciência jurídica evoluiu e passou a admitir a existência de um direito que tutela a imagem". No entanto, o referido autor, assim como Chaves (1972) e Moraes (2011), descreve um segundo estágio nesse processo de reconhecimento do direito à imagem, em que se condicionou tal proteção à tutela de outros bens jurídicos, as chamadas "teorias vinculativas".

> vale dizer, nesta segunda fase se admitia a existência de um direito à imagem, porém não de forma autônoma. [...]. Diversas teorias surgiram condicionando a proteção jurídica da imagem a outro bem jurídico (recato, honra, patrimônio, intimidade, identidade, direito autoral, liberdade, etc.). Essas teorias representaram, por certo, avanço à teoria negativista que [...] simplesmente negava por completo a existência de um direito à imagem. As teorias vinculativas, muito embora com escopo de construir um direito à imagem, reduziram 'incoerentemente o direito à imagem a um capítulo do direito à honra, do direito ao próprio corpo, à intimidade, à identidade, à liberdade, etc., o que vale dizer, confunde imagem com honra, identidade, etc.'.

Diante do exposto, os itens que se seguem abordam as principais teorias vinculativas referentes ao direito à imagem.

Teoria que vincula o direito à imagem à honra

Segundo Moraes (2011), Affornalli (2012) e Vendruscolo (2016), a teoria que vincula o direito à imagem ao direito à honra talvez seja a mais antiga e, por sua vez, ainda encontra defensores nos dias atuais.

De acordo com os referidos autores, os defensores dessa teoria consideram que o direito à imagem é uma derivação do direito à honra; ou seja, o primeiro está inserido no segundo. Nesse caso, advogam que se o uso não

135 MORAES, Walter. *A regra da imagem*. 32f. 1966. Dissertação. São Paulo, 1966. [Datilografado] apud Chaves (1972, p. 25).

autorizado da imagem de um indivíduo não resultar em prejuízo da honra, não se justifica recorrer à tutela jurídica.

> Dito de outro modo: somente haveria lesão juridicamente protegida da imagem se concomitantemente houvesse também lesão da honra do seu titular; só haveria a tutela da imagem se por intermédio da utilização indevida da imagem houvesse também a lesão da honra. (Vendruscolo, 2016, p. 92)

Assim, somente seria considerado ilícito o uso da imagem de um indivíduo, se houver violação (degradar) do decoro e reputação pessoal. Porém, Moraes (2011, p. 3, grifo do original) observa que, "nessa concepção, a imagem não é, pois, mais do que *um instrumento de manifestação da personalidade moral do homem*, cujo decoro e reputação podem vir a ser violados através dela". Comungando do mesmo pensamento, Vendruscolo (2016, p. 92, grifo do original) menciona que, nesse caso, "a imagem não seria, portanto, para tal teoria, um bem juridicamente protegido, mas simplesmente *um meio de lesionar a honra*, esta sim objeto da tutela jurídica".

Os dois autores em estudo reconhecem que, frequentemente, a violação do direito à imagem também lesa a honra, todavia elas são consideradas bens distintos. A esse respeito, Moraes, inclusive, tece críticas mais duras ao argumentar que essa teoria vinculativa entre imagem e honra é "suicida":

> Vê-se, portanto, que a tese da honra é viva e atual. Mas nem por isso é esclarecida. Não se põe em dúvida que frequentemente a violação do direito à imagem fere conjuntamente a honra do sujeito; nem mesmo que a ofensa à honra mediante o retrato represente não raro elemento de evidência da lesão ao direito à imagem. Mas parece bem claro que, como teoria, *a construção é 'suicida', pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra. Contudo, nem como simples tese que fundamente a tutela jurídica da imagem ela se justifica. Como poderia ela explicar, por exemplo, a pretensão e a ação de uma pessoa contra a outra que lhe usasse a fotografia como se fora própria?* Mesmo que isso não importasse ofensa alguma à honra, haveria o direito de impedir e de reparar dentro da esfera da tutela da personalidade. *Como, por outro lado, poderia a tese da honra explicar o direito que tem a pessoa de proibir a publicação de sua fotografia em promoções comerciais, mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade?* (Moraes, 2011, p. 4, grifo nosso)

Como se percebe, no entendimento de Moraes (2011), tal teoria esvazia a importância da imagem e não lhe garante uma proteção integral. Maria Affornalli (2012, p. 45, grifo nosso) também tece críticas a respeito disso:

> *Como ficaria, então, a exploração econômica da imagem de terceiro, sem seu aval, se isto não lhe ofendesse a honra?* Não se questiona que a honra é uma das prerrogativas morais mais significativas da personalidade humana, contudo goza de proteção específica, estando plenamente consagrada. Todavia, *a crítica principal reside no fato de que não é a imagem que recebe proteção, mas a honra*; tal teoria não vê na imagem um bem ou objeto jurídico, mas singelo meio pelo qual pode ser violado um direito. *A tese em questão é um prédio sem fundação, pretendendo instituir um direito sem objeto próprio, ou seja, sem um direito à imagem cujo objeto é a honra.*

Sobre as questões levantadas nas críticas de Moraes (2011) e Affornalli (2012), Araujo (2013, p. 30-31) apresenta-nos um exemplo didático e elucidativo:

> A imagem, é preciso reconhecer, é ferida em outras situações em que a honra pode ser deixada de lado, havendo, mesmo assim, violação da imagem. É o

> caso, por exemplo, da usurpação da fotografia. Posso me utilizar da fotografia de alguém sem lhe ferir a honra, maltratando, no entanto, seu direito à imagem. Imaginemos, para seguir a teoria expendida, a possibilidade de alguém se opor, com base no direito à honra, à veiculação de um comercial de televisão, onde o indivíduo é representado como homem virtuoso, pleno de qualidades, bom chefe de família, etc. A pessoa representada teve seus dados pessoais elevados e elogiados; sua honra não foi nem de longe arranhada. Ao contrário, sua honradez e bom comportamento foram ressaltados. No caso, outro fundamento que não o da violação da honra, serviu de base para a proteção do indivíduo.

Vale destacar, ainda, que Araujo (2013, p. 30, grifo nosso) coloca em pauta uma questão não suscitada pelos autores citados anteriormente:

> Uma discussão mais moderna poderia levar ao entendimento de que o direito à imagem-atributo estaria no campo do direito à honra. Quando a imagem-atributo tivesse sido violada, poderia ter causado prejuízo para a honra. Assim, a imagem-atributo estaria dentro do conceito de honra, e não separadamente, de forma autônoma. *Poderíamos afirmar que o direito à honra teria o mesmo significado que o direito à imagem-atributo? A honra subjetiva (ou elemento interno) seria, na realidade, um conceito coincidente com o de imagem-atributo?*

O próprio autor responde não. Segundo ele (2006, p. 31, grifo nosso), a imagem-atributo constitui "um bem autônomo", tendo em vista que "o *conjunto de características sociais que envolvem o indivíduo, determinadores de seu conceito social*, não se confundem com a honra". Para ilustrar seus argumentos, Araujo (2013, p. 31-32) apresenta os seguintes exemplos:

> Um determinado cirurgião, por exemplo, pode ser conhecido pelo sucesso de suas operações plásticas. Ser bom ou mal cirurgião pouco ou nada tem a ver com a honra. Um advogado pode-se consagrar em seu meio como defensor de causas sociais, voltadas para os menos favorecidos. Ou, ao contrário, determinado profissional da área do direito pode se notabilizar pela defesa dos grandes latifúndios ou dos grandes grupos industriais, sem que isso esteja vinculado à sua honra. Trata-se de imagem-atributo. São característicos próprios (sem conotação de bem ou mal), peculiares de determinados indivíduos. [...]. No campo religioso, o exemplo pode ser mais facilmente adaptado. Imaginemos a hipótese de um frequentador de determinado grupo religioso. Uma notícia pode ferir sua imagem, divulgando fato inverídico a seu respeito. Da mesma forma, imaginemos um ateu radical que, pelo mesmo meio, tenha divulgada notícia equivocada mostrando sua dedicação à determinada religião. A honra não está presente nessas hipóteses, pois não traz um conceito social favorável ou não.

Araujo (2013) argumenta que as imagens construídas nesses exemplos não estão relacionadas aos fatos de serem boas ou más, atraentes aos outros ou não. Portanto, demonstra que não há coincidência entre imagem-atributo e honra, acrescentando, inclusive, que "pode haver violação da honra, sem que haja violação da imagem (pois ela foi construída visando a outro objetivo)".

Enfim, como se verifica nos textos dos autores aqui elencados, a teoria que vincula o direito à imagem ao direito à honra não prevalece, uma vez que entende-se que a imagem pode ser violada em situações em que a honra não é violada.[136]

136 O direito à honra e sua aplicabilidade será retomado, com detalhes, no capítulo "Conceito e aplicabilidade do direito à honra".

Teoria que vincula o direito à imagem à propriedade

Moraes (2011, p. 8) explica que os defensores da teoria que vincula o direito à imagem ao direito de propriedade (como manifestação do direito ao próprio corpo) transportam a imagem para "a área personativa da integridade física".

> Foi defendida desde o início do século por Campogrande, para quem a imagem pode considerar-se parte do corpo, sinal vivo da nossa personalidade, manifestação a um tempo corporal e espiritual do nosso ser – até recentemente por Carnelutti que, representando o estágio mais avançado da teoria, substitui o 'nomen júris' do mesmo 'direito da personalidade' por 'direito sobre o próprio corpo', distinguindo, aliás, 'pessoa' (sujeito) de 'corpo' (objeto) porque sujeito não pode ser ao mesmo tempo 'objeto', e incorporando a este 'direito ao próprio corpo' todas as manifestações constatáveis no terreno do direito da personalidade, particularmente o direito à imagem. (Moraes, 2011, p. 8)

De acordo com Affornalli (2012, p. 41-42) e Vendruscolo (2016, p. 94-95), essa teoria é fruto de uma tendência dos juristas do século XIX, que aplicavam às novas categorias de direitos ou aos direitos em ascensão conceitos e características do direito à propriedade, já que tinham domínio e segurança sobre essa última matéria. Entendia-se que um indivíduo, enquanto titular do seu corpo, também tinha o direito de propriedade da sua própria imagem, já que essa última era considerada como manifestação do seu corpo. Assim, uma vez violada a imagem, o titular poderia recorrer ao ordenamento jurídico referente ao direito de propriedade.

> A partir do entendimento de que a imagem era manifestação do próprio corpo, sendo este último objeto de propriedade do seu titular, poderiam as faculdades resultantes da propriedade da imagem ser opostas a todos, ou seja, um direito *erga ommes*, como o direito de propriedade. (Affornalli, 2012, p. 42)

Vendruscolo (2016, p. 95) explica que, segundo essa teoria, o bem tutelado "não era a imagem em si, mas o direito de propriedade de seu titular". Dito de outro modo, "só haveria violação do direito à imagem se houvesse a violação de sua 'propriedade' como se fosse qualquer outro bem materialmente protegido".

Moraes (2011, p. 8) observa que a teoria em questão supera todas as outras nos quesitos originalidade e profundidade, servindo-se de um critério objetivo: "foi a primeira que deixando o casuísmo que envolve os retratos e bustos, voltou-se para a imagem original, ou seja, para a forma física do sujeito em si mesma, colocando-a como objeto fundamental da análise jurídica".

Todavia, Moraes (2011, p. 8) aponta um erro conceitual na teoria, qual seja, "a figura que se fixa sobre suporte físico que não o mesmo corpo humano, também é imagem". Seguindo essa linha de raciocínio, o mesmo autor advoga que:

> Imagem, para o direito, não se pode definir como parte do corpo, nem como coisa corpórea; *é forma em si de uma personalidade* (física e também moral, na expressão psíquica do semblante, por exemplo) que, *recobrindo, embora, um corpo humano, é destacável do mesmo, suscetível de existência múltipla e independente do seu suporte original (conquanto nunca dispense algum suporte físico) atra-*

> *vés de processos figurativos artísticos e mecânicos, e como tal, uma abstração*. Destarte, não é exato afirmar que o objeto do direito à imagem seja uma parte do corpo, nem que o direito à própria imagem seja um direito ao próprio corpo. Daí que a imagem, como objeto de direito, é bem que se situa na área moral da personalidade e não na área física [...]. (Moraes, 2008, p. 8-9, grifo nosso)

Affornalli (2012, p. 42) menciona que a crítica sobre a teoria que vincula a imagem ao direito de propriedade também reside no fato de que determinadas características e preceitos próprios do direito de propriedade, como a disponibilidade e a transmissibilidade,[137] não se aplicam ao direito de imagem. Vendruscolo (2016, p. 96) concorda com Affornalli e complementa que essa teoria "não encontra mais respaldo na contemporaneidade, que cada vez mais se afasta do paradigma patrimonialista e se (re)personifica"; e "não se mostra suficiente" haja vista "não outorgar qualquer espécie de proteção à imagem-atributo".

Teoria que vincula o direito à imagem à intimidade

De acordo com Maria Affornalli (2012), a teoria que vincula o direito à imagem ao direito à intimidade ainda encontra adeptos nos dias atuais, sobretudo entre os italianos. A referida autora (2012, p. 42-43) também comenta que a teoria em questão foi responsável por influenciar "a elaboração, pelo direito norte-americano, de caráter eminentemente jurisprudencial, da teoria do *right of privacy*, a imagem como uma expressão da privacidade, da intimidade". Todavia, Affornalli ressalta que "existe numerosos argumentos para enriquecer a crítica a esta teoria" e sugere que "a confusão pode ter se iniciado em razão de ambos os direitos [à imagem e à intimidade] terem um ponto em comum: compõem-se de elemento moral".

Vendruscolo (2016, p. 97) explica que, para os defensores dessa teoria, somente seria considerado ilícito o uso da imagem de um indivíduo, se houver violação à intimidade, uma vez que a primeira estaria inserida no âmbito de proteção da intimidade. Nesse caso, proteger a imagem de um indivíduo significaria proteger a sua vida íntima.

> Estaria violando a intimidade de outrem quem capta imagem de terceiros sem o seu consentimento enquanto este estiver no seu momento de resguardo. Para esta concepção doutrinária, a imagem da pessoa compõe a sua esfera de intimidade, entendendo que aquela é apenas e tão somente uma expressão e continuidade desta. (Vendruscolo, 2016, p. 97)

Moraes (2011), Affornalli (2012), Araujo (2013) e Vendruscolo (2016) tecem críticas à teoria que vincula o direito de imagem ao direito à intimidade.

137 A disponibilidade é entendida, no ramo do direito, como a faculdade de usar, gozar, fruir e dispor (ou transferir) a coisa para um terceiro, como, por exemplo, vender, doar, penhorar, hipotecar, permutar, emprestar. Por sua vez, a transmissibilidade é entendida como a possibilidade de transferir/transmitir um direito para uma pessoa, como, por exemplo, para herdeiros. Conforme foi mencionado anteriormente, o uso da imagem está condicionado à vontade do titular e não implica a possiblidade de transferência do direito, mas um licenciamento condicionado do uso da imagem.

Walter Moraes (2011, p. 6) inicia suas críticas elencando alguns questionamentos: "poderá admitir-se para o direito à imagem um sentido igual ao do à intimidade? Posso eu impedir que alguém me contemple da mesma forma que posso impedir que leiam minha carta, que devassem minha casa e meu segredo?". Diante de tais questionamentos, o próprio autor aponta que diversas exceções precisariam ser consideradas:

> De fato as exceções que se têm imposto são tantas que a regra teve de restringir-se a um mínimo: *o interesse público, o interesse científico ou artístico, o moral ou didático, a gravidade da violação, a razão plausível, o consentimento tácito de quem anda em público, o consentimento implícito dos homens públicos e das pessoas famosas etc*.[138] (Moraes, 2011, p. 6, grifo nosso)

Dando prosseguimento às críticas à teoria, Moraes demonstra que ela é insuficiente para solucionar casos como os de usurpação e de exploração econômica ou comercial da imagem. A respeito da exploração comercial, o autor critica a incoerência do sistema norte-americano.

> a tese não pode solucionar casos como o da usurpação da imagem. Quem usa a figura alheia como sua, exerce ato de disposição, viola a personalidade no cerne, mas não atinge a esfera velada da vida pessoal. A hipótese da usurpação da imagem requer para si uma posição independente da intimidade, conquanto fira valor que adere diretamente à personalidade mesmo tratando-se de falseamento da identidade do sujeito. Não soluciona tampouco o problema da exploração econômica da imagem. Posso permitir que exponham minha fotografia, vedando, ao mesmo tempo, auferirem vantagens econômicas dela. Ao permitir a exposição ou publicação, estou dispondo de minha imagem e possivelmente de minha intimidade. Ao permitir ou proibir, depois, a exploração comercial, já não disponho da intimidade porque esta já é devassada. Em ambos os casos não é a imagem um bem tutelado como elemento da intimidade? É bem tutelado em si. O sistema americano ao incluir como categoria da intimidade a proibição de utilização comercial da figura ou de qualquer outro elemento da pessoa, suplementa empiricamente o alcance da tutela da intimidade, mas não resiste à análise de coerência. (Moraes, 2011, p. 6)

Frente a tais observações, Moraes (2011, p. 6) conclui que a teoria que vincula o direito à imagem ao direito à intimidade "padece [...] da mesma frustração da tese da honra", uma vez que "o direito à imagem continua a não ter objeto próprio".

Maria Affornalli (2012, p. 43) também aponta o reducionismo da teoria e argumenta que o direito à imagem é muito mais abrangente.

> Enquanto o direito à intimidade visa amparar seu titular contra intromissão em sua vida privada, o direito à própria imagem atenta para a proibição da fixação da imagem por qualquer meio apto, sua divulgação e publicação (elemento moral, extrapatrimonial) e ainda faculta a exploração econômica da própria imagem, nas condições estabelecidas pelo representado (elemento material, patrimonial, *right of publicity*). (Affornalli, 2012, p. 43)

138 As limitações (ou exceções) ao exercício do direito à imagem serão retomados ao longo desse capítulo, mais especificamente no item "O exercício do direito à imagem".

A citada autora (2012, p. 43-44) também coloca em pauta questionamentos a respeito da exploração econômica da imagem:

> Como poderia o direito à intimidade amparar o lesado diante da usurpação econômica da imagem? [...]. Ou, ainda, no caso de pessoa que tivesse autorizado a publicação de um retrato seu anteriormente, portanto já tendo abdicado da privacidade quanto a esta fotografia, mas fosse lesada pela republicação não autorizada deste mesmo retrato. A segunda publicação, não consentida, fere o direito à imagem, mas não atenta contra a intimidade.

Por fim, comenta a exceção no caso de personalidades públicas, e, para tanto, apresenta o seguinte exemplo:

> quando alguém é considerado uma personalidade pública, acaba por abdicar, em grande parte, à vida privada; o que não ocorre com direito à imagem, que é irrenunciável. Por mais que leve uma vida pública, não é lícito que sua imagem seja reproduzida sem o seu consentimento, fora do contexto em que atua como pessoa privada da intimidade. (Affornalli, 2012, p. 43)

Luiz Alberto David Araujo (2013) contesta a teoria que vincula o direito à imagem ao direito à intimidade exemplificando casos em que não ocorre violação à intimidade, porém incorrem em violação à imagem. Para demonstrar a insuficiência da teoria em casos de exploração comercial da imagem, cita um exemplo de Santos Cifuentes:

> Uma pessoa se retrata e permite expressamente, por dinheiro ou outro motivo, que a imagem seja utilizada na propaganda de uma mercadoria de uso comum. Difundida em cartazes, cartões, cinema e televisão do local, já não poderia falar que seu retrato representa parte da sua esfera secreta, de intimidade ou reserva de sua figura. Ocorre, então, que outra empresa comercial publicava a mesma foto, para propaganda de outro produto, de natureza distinta. Pode a pessoa defender-se contra a segunda difusão, não autorizada e nem tão pouco querida? Não poderia, de saída, alegar um ataque à sua intimidade. Creio, no entanto, que a demanda seja justa e viável. Pense-se no lucro cessante. (Cifuentes, 1974, p. 320[139] apud Araujo, 2013, p. 34)

Para ilustrar a insuficiência da teoria que vincula o direito à imagem ao direito à intimidade em casos de usurpação da imagem, o autor em tela cita o seguinte exemplo: “Posso utilizar a imagem de outrem como sendo minha, sem lhe ferir a intimidade. Não lhe penetrei na vida individual, não foi violada a sua discrição. No entanto, houve evidente violação de imagem” (Araujo, 2013, p. 35).

Enfim, Araujo acrescenta em suas críticas que, no caso da imagem-atributo, também pode ocorrer violação sem que com isso também seja violada a intimidade. Nesse caso, cita como exemplo a violação da imagem profissional de um indivíduo:

> Pensemos em um indivíduo que tem reputação de bom profissional em determinada área. Uma revista divulga reportagem sobre um eventual plágio de seus trabalhos, o que leva a um abalo em sua imagem-atributo. De nenhuma forma, houve qualquer violação de sua intimidade, mas houve, certamente, violação de sua imagem-atributo. (Araujo, 2013, p. 35)

139 CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalíssimos*. Buenos Aires: Lerner, 1974.

Weslei Vendruscolo (2016, p. 97) reconhece "uma conexão entre a imagem e a intimidade da pessoa". Segundo ele tal conexão se dá em função de direitos do titular de permitir tanto o uso da primeira quanto a intromissão na segunda; e de obrigações aos demais de não violar nem a imagem, nem a intimidade. Também reconhece que é comum casos em que ocorre a violação tanto da imagem quanto da intimidade de um indivíduo. No entanto, argumenta que:

> Contudo, não significa que há uma subsunção da imagem na intimidade; ambas representam bens jurídicos que devem ser tutelados distintamente e como tal devem ser objetos de proteção jurídica de maneira distinta e específica [...]. De fato, 'a intimidade é insuficiente para englobar todos os casos de violação da imagem' [...]. (Vendruscolo, 2016, p. 98-99)

Diante do exposto, o referido autor afirma que, na atualidade, essa teoria vinculativa da imagem não prevalece.[140]

Teoria que vincula o direito à imagem à identidade

De acordo com Vendruscolo (2016, p. 99), os defensores da teoria que vincula o direito à imagem à identidade partem do princípio de que a primeira é decorrente da segunda e, nesse caso, "somente haveria o ferimento do direito à imagem quando de alguma forma houvesse também uma lesão da identidade do titular". Dito de outra forma: "a imagem é protegida pelo ordenamento jurídico apenas e tão somente enquanto fator de identificação pessoal".

Araujo (2013, p. 35) descreve que, para esses autores, a imagem "é uma contrassenha da identidade", por representar "a individualização figurativa da pessoa". Dessa forma, entendem que "haverá sempre lesão do direito à imagem quando houver usurpação, contrafação, adulteração da identidade pessoal, assim entendidos também, os gestos, a voz, etc."

Walter Moraes reconhece que a imagem (aparência exterior ou fisionomia) tem seu papel natural e caracterizador na identificação e individualização de uma pessoa, todavia refuta a teoria.

> Não há como negar o valor especificamente individualizador da imagem da pessoa no conjunto dos sinais que a distinguem das demais. A aparência exterior, ou a forma corporal do homem, é, aliás, o primeiro e mais relevante dado da identidade de qualquer indivíduo. Muito mais que o nome e outros sinais acessórios distintivos do sujeito, a imagem individualiza naturalmente a pessoa e dá forma concreta ao ser abstrato da personalidade. 'Podemos imaginar, ponderou Keissner num pensamento que se tornou famoso – podemos imaginar uma pessoa sem nome, mas não sem fisionomia'. Isso não significa, porém, que a imagem seja redutível a componente da identidade, que o direito à própria imagem só tenha consistência enquanto direito à identidade pessoal. (Moraes, 2011, p. 7)

Na concepção de Moraes (2011, p. 7), assim como acontece com as teorias citadas anteriormente, a teoria que vincula o direito de imagem à

140 O direito à intimidade e sua aplicabilidade será retomado, com detalhes, no capítulo "Conceito e aplicabilidade dos direitos à vida privada e à intimidade".

identidade “denega valor autônomo ao bem da imagem” e se mostra insuficiente em determinadas circunstâncias, a saber:

> Por que se atribuiria a alguém o direito de exigir reparação ou cessação do fato, a quem lhe expusesse ou reproduzisse ou difundisse um retrato autêntico, se não houve usurpação da identidade nem, portanto, violação de direito à identidade? Como explicar o direito exclusivo de permitir ou proibir a propagação onerosa ou gratuita da própria figura, conforme o assegura a generalidade das legislações, mesmo que isto não implique absolutamente ofensa à identidade pessoal do sujeito representado?

O autor em questão complementa que essa teoria encontra sua fragilidade ao confundir “identificação” com “individuação”:

> A tese da identificação pessoal falha porque lança como fundamento universal o que não vale senão como causa contingente de valoração da imagem. Gitrama González viu na imagem, com acerto, um valor individualmente geral, e além dele, um valor social, um valor afetivo e mesmo religioso. *Cumpre não confundir identificação com individuação*. A imagem serve à individuação da pessoa; à identificação por via de consequência. Ora *a identificação pessoal nasce de um interesse preponderantemente coletivo de reconhecer o indivíduo*, ao passo que *o direito à imagem nasce de um interesse preponderantemente pessoal de individuar-se*. (Moraes, 2011, p. 8, grifo nosso)

Affornalli (2012, p. 45) também reconhece que a imagem (aparência exterior ou fisionomia) “serve como elemento individualizador” e observa que “é muito comum que os documentos utilizados para a identificação pessoal contenham fotografia”. No entanto, assim como Moraes (2011), aponta situações que envolvem o uso da imagem e que não são contempladas pela teoria vinculativa da imagem à identidade:

> a exploração econômica indevida da imagem de outrem, que não causasse prejuízo à identificação pessoal, restaria desamparada juridicamente. Além disso, verifica-se que não somente a imagem serve para identificar, mas também a voz, os gestos, o olhar etc. Todos seriam abrangidos, se essa teoria fosse coerente, pelo direito à imagem. (Affornalli, 2012, p. 46)

Na fala de Araujo (2013, p. 36), a referida teoria também se mostra insuficiente:

> Basta recordamos do exemplo já citado por Santos Cifuentes, em que o modelo permite a reprodução de sua imagem, que é repetida por empresa não autorizada a fazê-lo. Ora, há violação de imagem, mas, em nenhum momento, perda de identidade. Não houve contrafação da imagem. A pessoa retratada é facilmente identificada. Não há qualquer má utilização de identidade. Há, isto sim, uso indevido da imagem, não coberto pela tese de identidade.

Além disso, Araujo (2013, p. 36) acrescenta que “a imagem-atributo tampouco pode ser confundida com a identidade”. Vendruscolo (2016) também aponta o reducionismo dessa teoria e argumenta que o direito à imagem vai além da identificação do indivíduo:

> Por certo que todos possuem sinais identificadores e evidentemente a sua imagem é o mais importante deles. [...]. Contudo, por mais que seja correta a assertiva de que a imagem serve para identificar a pessoa, ela não pode ser reduzida a apenas tal circunstância. Não se pode admitir que tendo em conta a função identificadora da imagem ela somente gozasse de proteção enquanto tal (elemento de identificação).

Enfim, como pode ser verificado nos textos dos autores elencados acima, a teoria que vincula o direito à imagem à identidade (ou direito à identificação pessoal) não se sustenta nos dias atuais.

Teoria que vincula o direito à imagem ao patrimônio moral

Conforme explica Vendruscolo (2016, p. 101), os adeptos da teoria que vincula o direito à imagem ao patrimônio moral entendem que todo indivíduo possui "um patrimônio juridicamente protegido (patrimônio material e moral)", sendo que "a imagem integraria a esfera moral", ou seja, situa-se na área moral da personalidade (conjunto de atributos da personalidade). Para eles, a imagem "se inclui neste patrimônio moral, mas não de forma autêntica".

O mesmo autor expõe que:

> Essa teoria realiza o paralelo entre o patrimônio material e o patrimônio moral; se o patrimônio 'é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico', seria, portanto, viável imaginar o conjunto de bens que não seriam passíveis de avaliação monetária, os quais integrariam o chamado 'patrimônio moral' do indivíduo, inserindo-se nesta categoria o direito à imagem. (Vendruscolo, 2016, p. 101)

Segundo Affornalli (2012, p. 46), a crítica a essa teoria tem como foco o conceito de patrimônio, pois tal conceito "implica um conjunto de relações jurídicas (direitos e obrigações) de valor econômico". Nesse sentido, "o aspecto moral, em contraposição ao patrimonial, refuta qualquer possibilidade de apreciação econômica". Tal autora observa que "não é de todo descartado que um direito de conteúdo moral possa ser apreciável economicamente", porém, na sua concepção, "a teoria está pouco amadurecida" e gera insegurança.

Walter Moraes, por sua vez, reconhece que o nome da teoria é procedente, no entanto, também aponta imprecisões teórico-conceituais a serem reparadas:

> Porém, deve fazer-se alguns reparos: a) o recurso à metáfora 'patrimônio' denota de per si a *pouca precisão teórica* que a envolve; b) [...] *teoria ainda vazia, carente de conteúdo conceitual determinado*; em tese, ela serviria bem a qualquer direito de personalidade; o próprio González reconhece nela uma 'moderna tese, ainda *não bem amadurecida*'; c) acresce que, segundo ela, para o 'patrimônio moral' da pessoa vai o direito à imagem, não a mesma imagem, objeto de um direito; *o erro, do nosso ponto de vista, é metódico e conceitual*, pois é a imagem o bem jurídico que integra a personalidade; sobre a conduta tendente a este bem é que a ordem normativa do direito deita disciplina, sem necessidade de buscar paradigma na figura das categorias patrimoniais. (Moraes, 2011, p. 9, grifo nosso)

Vendruscolo também menciona a falta de argumentos mais sólidos e referenda as críticas de Walter Moraes:

> Tal viés exegético *peca por lhe faltar conteúdo próprio*, vez que qualquer direito da personalidade poderia ser inserido nela, assim sendo, o nome, a integridade física, a liberdade, enfim todos os direitos que não tivessem avaliação econômica de forma direta seriam protegidos por integrarem este chamado 'patrimônio moral do indivíduo. Tal concepção transporta para os direitos da personalidade os conceitos próprios dos direitos reais, causando falta de adequação científica. [...]. *Walter Mo-*

> *raes tem razão, esta doutrina carece, pois, de sustentação, uma vez que não contém a necessária rigidez científica* [...]'. (Vendruscolo, 2016, p. 102, grifo nosso)

Enfim, Affornalli (2012, p. 46) descreve que, tendo em vista a insegurança diante das imprecisões teórico-conceituais, a teoria que vincula o direito à imagem ao patrimônio moral tem poucos adeptos.

Teoria que vincula o direito à imagem ao direito autoral

Segundo Moraes (2011, p. 2), o desenvolvimento do direito à imagem acompanhou a trajetória do direito de autor e ambos tiveram início com a lei alemã de 1876.

> A par da evolução teórica, o direito positivo sobre a imagem cumpriu uma das mais notáveis trajetórias de expansão, acompanhando, via de regra, a universalização do direito do autor. No início foi a lei alemã da fotografia de 10.1.1876, seguida pela lei belga sobre direito do autor de 22.3.1886 (art. 20), e pela lei japonesa sobre direito do autor de 4.3.1899 (art. 25).

Todavia, ao comentar sobre a estrutura normativa das leis alemãs editadas após a de 1876, as leis de 9 de janeiro de 1907 e 9 de setembro de 1965, Moraes defende a autonomia do direito à imagem:

> O núcleo do dispositivo está, com efeito, na primeira parte do art. 22 [da lei alemã de 1907] que confere ao retratado um direito exclusivo de disposição da própria figura, um direito de caráter absoluto o que de resto existe é sucessão, são presunções, restrições, exceções às restrições, e afinal a espinhosa disciplina do confronto entre o direito à imagem e o direito do autor, *dois direitos de personalidade, ambos colocados no mais alto grau da escala de valores do direito. Mas o que importa nessa regra é o fato de a imagem merecer tutela jurídica incondicionada, isto é, o bem da imagem é resguardado em si e por si, e não em razão de outro valor qualquer, o que vale dizer: a própria imagem se constitui precisamente em objeto autônomo da tutela do direito*. A nova lei alemã do direito do autor de 9.9.1965, (que no art. 141, 5.º, ab-roga expressamente a de 9.1.1907), dispensa à matéria o seu art. 60 do capítulo dos limites do direito do autor, *voltando-se especificamente para o problema da oposição do direito autoral, com razão por certo, porque afora isso o direito à imagem nada tem a ver com os do autor, de modo que o lugar das regras daquele não é em códigos autorais*. (Moraes, 2011, p. 13, grifo nosso)

Affornalli (2012, p. 47) também descreve que o marco inicial da regulamentação legislativa do direito à imagem se deu junto ao direito de autor. Acrescenta, porém, que "a evolução e constantes estudos, somados à utilização crescente da imagem na publicidade e nas artes, demonstrou que a invocação do direito autoral não bastaria para solucionar conflitos acerca do assunto".

Na obra *Direito à própria imagem e sua proteção jurídica*, Vendruscolo (2016, p. 102-104), ao citar diversos autores, procura destacar e demonstrar algumas críticas à teoria que vincula o direito à imagem ao direito autoral, a saber:

a. Silma Berti (1993)[141] descreve que os adeptos dessa teoria consideram que "a pessoa teria sobre os traços de sua fisionomia os mesmos direitos que tem o autor sobre a chamada obra do espí-

141 BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 79.

rito", porém aponta que "ao direito de imagem falta o requisito fundamental e imprescindível à configuração do direito de autor – o ato de criação";

b. Antonio Zulmar Fachin (1999)[142] menciona que essa teoria é fruto de um vazio legislativo em relação ao direito à imagem e "parte do pressuposto de que o direito à imagem e o direito do autor são semelhantes";

c. Jaqueline Sarmento Dias (2000)[143] ressalta que "a pessoa não cria a sua imagem no sentido de construí-la intelectualmente a partir de determinados atributos", uma vez que "cada indivíduo emana a sua imagem da forma como é";

d. Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa (1989)[144] coloca em pauta os questionamentos e observações de Josef Kohler: "Mas criei eu a minha própria figura? Sou eu o autor do meu Eu corporal? Da minha aparência? [...] ninguém se atribui um poder jurídico autoral sobre a própria imagem".

Na mesma linha dos autores citados por Vendruscolo (2016), Affornalli (2012, p. 44) refuta a teoria em questão:

> Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos de autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral. Todavia, a imagem humana carece de qualquer ato de criação por parte de seu titular. [...]. Sendo assim, não há como sustentar a teoria de que o direito à imagem seja espécie de direito autoral.

Affornalli (2012, p. 44) considera a classificação do direito à imagem como uma espécie do direito autoral uma "grande confusão". Na sua concepção, "a imagem não é alvo de proteção do direito autoral, é apenas parte da pessoa retratada que não a produziu", uma vez que o indivíduo "não tem mérito e nem participação na produção de sua imagem, mas apenas a recebeu como dádiva divina". A referida autora explica que:

> O artista ou autor da obra intelectual pratica um ato de criação e, portanto, merece proteção do direito autoral. Assim, ao escultor, ao pintor, ao fotógrafo, ao cinegrafista assiste um direito de autor. Por sua vez, à pessoa representada através da obra artística assiste o direito à imagem, se a mesma não desejar que sua imagem seja divulgada, publicada ou, até mesmo, retratada (caso extremo de fixação da imagem sem o consentimento do modelo). (Affornalli, 2012, p. 44)

Diante das críticas apresentadas, incluindo, inclusive, a de Affornalli (2012), Vendruscolo (2016, p. 104) considera que a teoria que vincula

142 FACHIN, Antonio Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 61.

143 DIAS, Jacqueline Sarmento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 108.

144 BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem*: aspectos fundamentais. São Paulo, 1989, p. 31.

o direito à imagem ao direito autoral "vale como uma referência histórica representando o esforço para se 'proteger' juridicamente a imagem por intermédio da proteção da criação do ser humano", porém "desprovida de cientificidade no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica".

Teoria que vincula o direito à imagem à liberdade

Segundo Moraes (2011) e Vendruscolo (2016), a teoria que vincula o direito à imagem à liberdade parte do entendimento de que a violação da imagem compreende a violação da liberdade do indivíduo de se autodeterminar (direito de autodeterminação, liberdade de manifestação da personalidade), ou seja, o direito de decidir sobre quando, onde e como a sua imagem pode ser captada e/ou reproduzida.

Nas palavras de Moraes (2011, p. 9),

> os problemas ligados à liberdade no âmbito do direito à própria imagem, dizem respeito, antes de tudo, à liberdade de publicar ou expor figuras; discute-se se é possível restringir ao fotógrafo, ao jornalista, ao artista, a quem quer que seja, enfim, o exercício desta faculdade, sem causa socialmente relevante ou sem que a difusão da imagem determine prejuízo, ainda moral, ao titular da imagem.

No entanto, o referido autor ressalta que, no âmbito da teoria em questão, "não se discute a liberdade do retratado" e, nesse sentido, argumenta que "a publicação da sua efígie não constitui ato que lhe cerceie a liberdade de algum modo, e sim ato que contraria uma faculdade de uso exclusivo da sua própria figura; são coisas muito diferentes" (Moraes, 2011, p. 9).

Mediante o exposto, o mesmo autor conclui que:

> De mais, falar em liberdade de dispor da imagem é tão inócuo como falar em liberdade de exercer direito de propriedade; a liberdade pode ser circunstância que envolverá o exercício do direito à imagem, assim como o do direito de propriedade; mas não é absolutamente objeto destes direitos. (Moraes, 2011, p. 9)

Vendruscolo (2016, p. 105) também critica a teoria que vincula o direito à imagem à liberdade e comenta que essa teoria não logrou êxito: "Essa teoria não encontrou solo profícuo para florescer, vez que, de fato, a imagem e a liberdade são bens jurídicos distintos, cada um com seu objeto e âmbito de proteção pelo ordenamento jurídico de forma autônoma e independente".

Autonomia do direito à imagem

Como pode ser verificado acima, os autores citados reconhecem que o direito à imagem se relaciona com a honra, a propriedade, a intimidade, a identidade, o patrimônio moral, o direito autoral e a liberdade, porém consideram que as teorias vinculativas possuem enfoques limitados e reducionistas por não contemplarem todas as facetas do direito em questão. Nesse sentido, defendem que o direito à imagem possui natureza jurídica autônoma e específica.

A esse respeito, Maria Affornalli (2012, p. 46-47), por exemplo, expõe que:

> Percebe-se que todas as teorias que pretenderam recepcionar o direito à própria imagem, embora tenham com ele pontos de convergência, falharam em razão da complexidade da imagem. Enquadrar o direito à imagem em qualquer instituto

jurídico preexistente é dar a ele um enfoque limitado, é enxergá-lo por apenas uma das várias facetas que apresenta.

Vendruscolo (2016, p. 105-106) também comunga desse pensamento:

> Da análise das ponderações acerca das diversas teorias que almejam conferir proteção ao direito à imagem vinculando-a, porém, a outro bem jurídico, vislumbra-se a insuficiência de todas elas, dado que não garante a proteção e satisfação plena do ser integral, [...] o direito à imagem foi se investindo de características e elementos próprios, desvinculados de qualquer outro já existente, evoluindo-se para a sua autonomia de maneira natural. Diante disso, para que se tenha de forma exauriente a proteção integral da imagem, enquanto direito da personalidade e elemento dignificante da pessoa, há que admiti-la com natureza específica e como bem jurídico dotado de autonomia plena.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, em se tratando da relação entre o direito à imagem e os direitos à honra e à intimidade, de interesse deste trabalho, e da autonomia do primeiro frente aos outros dois, a posição de Affornalli é categórica:

> Daí a impossibilidade de aceitar que a proteção jurídica da imagem possa ser plenamente exercida por via do direito à intimidade, à honra, à identidade. Não se pode negar que o direito à imagem se relaciona com a intimidade, a honra e a identidade, todavia sua tutela não se esgota em nenhum destes direitos. (Affornalli, 2012, p. 47)

Sobre essa relação entre os direitos à imagem, à honra e à intimidade, Vendruscolo (2016, p. 106) complementa que não se trata de uma relação de "subordinação entre eles, mas sim de coordenação". Esse autor, inclusive, comenta que, na Constituição brasileira de 1988, não se configura qualquer espécie de hierarquia ou subordinação entre tais direitos:

> É de fácil percepção notar que *o Poder Constituinte tratou em um mesmo patamar e de forma individualizada valores consagrados pela sociedade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, sem qualquer vinculação entre eles, demonstrando a autonomia de cada um sem qualquer espécie de hierarquia ou subordinação* entre os bens juridicamente protegidos. A conjunção dos incisos transcritos com a norma do §1º do mesmo artigo quinto, que determina que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata', impõem a exegese de que independentemente do regramento infraconstitucional, o direito à imagem, assim como à intimidade, à vida privada e à honra, goza de proteção plena e autônoma do ordenamento jurídico. (Vendruscolo, 2016, p. 111-112, grifo nosso)

Araujo também coloca em pauta a relação entre os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem na Constituição de 1988:

> Realmente, *o sistema constitucional brasileiro assegura, em seu inciso X [do art. 5º], vários bens: intimidade, vida privada, honra e imagem. O constituinte cuidou de forma distinta de cada um desses bens e, ao coloca-los lado a lado, deu autonomia à imagem, resolvendo questão que atormentava a doutrina. Imagem, dessa forma, é distinta de intimidade, de honra, de vida privada*. Se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado dos outros bens, bastando assegurar a proteção. *Ao garantir imagem e honra, pretendeu, o constituinte, significar que são bens distintos, independentes. O mesmo se pode dizer da intimidade e da vida privada*. A imagem, portanto, deve ser disciplina própria, ao lado da intimidade, da honra e da vida privada. *Qualquer posicionamento, a partir do novo texto constitucional, que pretenda negar autonomia à imagem, neve [deve] ser rejeitado*. (Araujo, 2013, p. 65-66, grifo nosso)

O mesmo autor (2013, p. 66) complementa que o texto constitucional não se limitou a dar autonomia ao bem imagem, assim considerado tradicionalmente como imagem-retrato (art. 5º, inciso X). Segundo ele, a Constituição de 1988 também disciplinou a imagem-atributo (art. 5º, inciso V).[145]

Dando prosseguimento, vale aqui destacar que tanto Affornalli (2012) quanto Vendruscolo (2016) apontam que, nos dias atuais, a doutrina jurídica reconhece a autonomia do direito à imagem. Nas palavras de Affornalli (2012, p. 47, grifo nosso), trata-se de uma "questão *quase pacificada* entre os estudiosos". Nas palavras de Vendruscolo (2016, p. 107, grifo nosso), "a doutrina contemporânea[146] admite *quase à unanimidade* a autonomia objetiva do direito à imagem".

Considerando a jurisprudência brasileira, a autonomia do direito à imagem também é reconhecida. A título de exemplo, Vendruscolo (2016, p. 109) destaca o "julgamento emblemático" do Superior Tribunal de Justiça a respeito do "polêmico caso envolvendo ex-jogadores da seleção brasileira de futebol, campeã mundial pela terceira vez em 1970, na Copa do Mundo realizada no México". O caso diz respeito ao lançamento de um álbum de figurinhas, "Os heróis do Tri", lançado pela Editora Abril e pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF), que utilizou indevidamente a imagem dos jogadores, pois não houve anuência dos mesmos. No voto do relator (p. 2 a 4, grifo nosso), ministro Ruy Rosado de Aguiar, consta o seguinte:

> *Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo*, incidente sobre um objeto específico, cuja a disponibilidade é inteira do seu titular e cuja a violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, *com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça*. No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, *a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública*. Houve a

145 "V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem." (Brasil, Constituição, 1988).

146 MORAES, Walter Moraes. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limogi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25; BERTI, Silma Mendes. *Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; ARAUJO, Luiz Alberdo David. *A proteção constitucional da própria imagem*: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; FACHIN, Antonio Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999; DIAS, Jacqueline Sarmento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002; JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGAGO, Mário; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo código civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v. 1; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

> utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial [...]. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide a regra geral: a reprodução e uso da imagem dependia de consentimento dos titulares, pois 'o uso comercial da imagem de pessoa célebre é totalmente vedado sem o seu consentimento' (Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa, *Direito à própria imagem*, Saraiva, pág. 82). [...]. *Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral*. Além disso, *também poderia ocorrer o dano patrimonial*, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero. *A exigência de demonstração do prejuízo afeiçoa-se aos sistemas em que o direito à imagem está ligado a outros direitos, quando então se torna indispensável o reconhecimento de que o ato de reprodução da figura trouxe prejuízo à honra, à privacidade, etc. Quando, no entanto, se entende o direito à imagem como um direito que 'por sua própria natureza, opõem-se 'erga ommes', implicando o dever geral de abstenção' (Orlando Gomes, Introdução do dir. civ. pág. 132), o prejuízo já está na própria violação*. A orientação aqui exposta está em harmonia com o que vem sendo decidido no Brasil, [...] o que permitiu ao ilustre professor português José Oliveira Ascenção dizer que a 'persistência dessa orientação parece ser de molde a conduzir à formação de um costume na ordem jurídica brasileira' [...]. Hoje, tal direito tem suporte constitucional (artigo 5º, incisos X, XI, XXVIII). (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 1994)

Enfim, diante do exposto, entende-se, no âmbito deste trabalho, que o direito à imagem é autônomo e específico. Para tanto, considera-se a seguinte definição de Vendrusculo (2016, p. 118):

> o direito à imagem se constitui na faculdade (direito subjetivo) exclusiva do seu titular de autorizar, revogar a autorização, recusar, impedir, proibir a captação, divulgação, exposição e utilização da sua imagem, independentemente de qualquer relação com o outro bem jurídico também protegido pelo ordenamento jurídico (intimidade, [vida privada,] honra, fins econômicos etc.), assegurando-lhe ainda o direito do titular de impedir lesão ou, quando isto for possível, de obter indenização pelos danos morais e materiais.

O exercício do direito à imagem

Conforme dito anteriormente, compreende-se aqui o direito à imagem como uma espécie de direito autônoma, que integra o gênero dos direitos da personalidade. Também compreende-se que tal direito possui um conteúdo duplo, moral (ou pessoal) e material (ou patrimonial). A esse respeito, vale destacar os comentários de Affornalli (2012, p. 51):

> É um direito essencial, absoluto, oponível *erga omnes*, geral, irrenunciável, imprescritível, inexpropriável, impenhorável e que, apesar de ser intransmissível, tem um conteúdo patrimonial, de vez que é passível de exploração econômica. E é por esta última característica que ele difere dos demais direitos da personalidade que, em geral, possuem um conteúdo não patrimonial. [...]. É o elemento ou conteúdo material do direito à imagem que trata da possibilidade de exploração econômica da própria imagem pelo seu titular. A par disso, continuam em pé as características de intransmissibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade do direito à imagem, haja vista a impossibilidade natural de o titular dela se privar. Os reflexos econômicos não têm o condão de afastar a predominância do interesse moral [...].

Comungando do pensamento de Maria Affornalli (2012), Weslei Vendrusculo (2016, p. 120) também declara que o conteúdo moral do direi-

to à imagem tem "interesse prevalecente" e o conteúdo patrimonial, embora seja muito utilizado na atualidade, é "secundário"; visto que o conteúdo moral representa a proteção integral do ser humano e é "consequência da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana".

No que toca à inalienabilidade e intransmissibilidade do direito à imagem, Vendrusculo (2016, p. 121) assim as descreve:

> o direito à imagem é inalienável (indisponível ou intransmissível), ou como prefere o Conselho de Justiça Federal, há disponibilidade parcial ou relativa, vez que a imagem do sujeito não pode ser vendida, doada ou de qualquer modo passada a terceiros, o que de fato se pode alienar é 'a matéria sobre a qual incide o direito da personalidade', mas não o próprio direito; pode-se alienar e consequentemente auferir vantagens patrimoniais com a exploração da fixação e reprodução da imagem de determinada pessoa, mas não [se] pode alienar a própria imagem.

Elencadas e entendidas tais características do direito à imagem e considerando que este compreende a "faculdade que tem o titular de autorizar ou proibir, de modo exclusivo, a captação ou a exploração de sua efígie", Vendrusculo (2016, p. 119) explica que o exercício desse direito se dá de duas formas: a) negativa e b) positiva.

No que se refere ao exercício negativo do direito à imagem, Vendruscolo (2016, p. 119) assim o define: "é a faculdade que tem o sujeito de proibir a captação e/ou reprodução de sua imagem, vale dizer, o sujeito é, 'por assim dizer, o dono de sua aparência', e se não desejar, o sujeito que ela seja captada ou reproduzida, basta opor-se a tais atos". O referido autor (2016, p. 119-120) expõe ainda, que também compreende o exercício negativo, "a 'retratação', que consiste na possibilidade que tem o titular de, a qualquer tempo, revogar a autorização dada para que terceiros pudessem captar e/ou utilizar a sua imagem".

Sobre o exercício positivo do direito à imagem, o autor em tela ressalta que "a questão merece maiores aprofundamentos vez que, [...], o direito à imagem é um direito da personalidade e como tal ele é extrapatrimonial [possui conteúdo moral], indisponível, irrenunciável, impenhorável, imprescritível, tem caráter absoluto e é vitalício" (Vendruscolo, 2016, p. 120).

Mediante tais características, enquanto direito da personalidade, o citado autor explica que é importante examinar a forma como o exercício positivo do direito à imagem pode ser aplicado licitamente. Nesse caso, para que o uso da imagem seja regular e válido, "faz-se necessário colher do titular o seu consentimento, não só para captação de sua imagem, mas também para sua reprodução e veiculação". Esse consentimento está compreendido, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, no art. 20 do Código Civil de 2002 (Brasil, Presidência da República, 2002, grifo nosso):

> *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.

Por sua vez, Vendruscolo observa que:

> O consentimento que está compreendido na locução 'salvo se autorizadas' [...] é dado com exclusividade pelo titular do direito à imagem a terceiros e *pode ser tácito*,[147] quando decorre dos atos inequívocos do titular de não se opor à captação, reprodução ou veiculação de sua imagem, *ou expresso*, em que o sujeito anui documentalmente com a utilização de sua feição, *pode ser oneroso ou gratuito*, a depender se o titular recebe alguma contraprestação pela exploração de sua efígie ou não. (Vendruscolo, 2016, p. 121-122, grifo nosso)

Além disso, o autor (2016, p. 222, grifo nosso) destaca que o consentimento que torna lícito o uso da imagem "*não é, contudo, ilimitado*, vez que 'o simples consentimento em deixar fixar a própria imagem *não implica total e irrestrita disposição de sua imagem*'" – indisponibilidade.[148] Citando Barbosa (1989, p. 67),[149] Vendruscolo reforça que "quem consente, consente em alguma coisa e até certo ponto". Assim, o mesmo autor destaca que, sob pena de o uso da imagem tornar-se ilícito, além do consentimento, é importante que se formalize, da maneira mais completa possível, *o que*, *para que*, *onde*, *quando* e *como*.

> Assim sendo, o titular tem que anuir também com a forma de utilização de sua imagem captada, outorgando o seu consentimento na forma de divulgação e sua finalidade, no veículo e no local em que irá ser publicada a efígie, na quantidade da reprodução, se haverá ou não exclusividade, se a divulgação será remunerada e em que quantidade e de que forma, o tempo de publicação e reprodução da imagem etc. [...]. *Aquele que recebe a autorização para captação e exploração da imagem de outrem deve utilizá-la nos expressos e restritos limites da autorização concedida, sob pena de tornar a sua ação ilícita; aliás, o consentimento em caso de dúvida deve sempre ser interpretado restritivamente*. (Vendruscolo, 2016, p. 122-123, grifo nosso)

As observações do autor em estudo acerca do exercício positivo do direito à imagem não se encerram aqui. Vendruscolo (2016, p. 124-125) destaca que também é importante considerar que "este consentimento sempre e em qualquer momento poderá ser retratado"; ou seja, "o titular do direito à imagem sempre poderá retirar a autorização que anteriormente havia outorgado". Nesse caso, vale registrar que o titular deverá responder, em função da sua retratação, pelos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte; ou seja, na prática, está sujeito ao pagamento de uma obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou responder por infração/inobservância ao dever legal (responsabilidade extracontratual ou responsabilidade aquiliana), "além de ser obrigado, na medida do possível, a reestabelecer o *status quo ante*" (o estado em que as coisas estavam antes).

Dando prosseguimento, Affornalli (2012), Araujo (2013) e Vendruscolo (2016) assinalam algumas situações/hipóteses em que o uso não con-

147 O consentimento tácito será abordado com detalhes ao longo deste capítulo.

148 Conforme dito anteriormente, a disponibilidade é entendida, no ramo do direito, como a faculdade de usar, gozar, fruir e *dispor (ou transferir) a coisa para um terceiro*, como, por exemplo, vender, doar, penhorar, hipotecar, permutar, emprestar.

149 BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem*: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989.

sentido da imagem não constitui ato ilícito e, nesse caso, não confere ao titular a possibilidade de impedir o seu uso ou de requerer indenização. Vale ressaltar que, para os três autores referenciados, algumas dessas situações/hipóteses constituem, propriamente, limites ao exercício do direito à imagem, outras não (integram o exercício do direito à imagem). Porém, suas opiniões não coincidem em alguns pontos. Em linhas gerais, as situações/hipóteses apresentadas pelos três autores em tela,[150] nas quais o uso não consentido da imagem não constitui ato ilícito, são as seguintes:

a. a captação e/ou utilização da imagem de pessoa pública e notória;

b. a captação e/ou utilização da imagem de pessoa que se encontra em local/cenário público;

c. a colisão entre direito à imagem e o direito de informação e a liberdade de imprensa;

d. o direito do indivíduo em conflito com o direito do coletivo (segurança nacional, interesse da ordem pública, identificação criminal, interesse da saúde pública, interesse da história, veiculação de matérias culturais e com cunho didático e/ou científico).

Luiz Alberto Araujo (2013, p. 83) inicia sua abordagem a respeito dos limites ao exercício do direito à imagem lembrando que "não se pode imaginar a existência, no sistema jurídico, de um direito absoluto e ilimitado. Mesmo a proteção à vida encontra certas restrições, que permitem um abrandamento desse direito, como, por exemplo, a legítima defesa".

Mediante o exposto, o referido autor (2013, p. 83) anuncia que o direito à imagem "não escapa dessa ordem" e, portanto, sofre determinadas limitações que alteram a sua proteção. "Assim, vamos encontrar certas situações que, mesmo sem o consentimento do indivíduo, permitem a violação da imagem, colocando-a fora da proteção legal. É o que Santos Cifuentes chama de 'imagens não protegidas'" (Araujo, 2013, p. 83).

Maria Affornalli (2012, p. 59-60, grifo nosso), ao abordar a questão, considera que "o exercício do direito à própria imagem encontra limitações de duas espécies". A primeira espécie de limitações, segundo ela, é decorrente da própria natureza do direito de imagem enquanto direito de personalidade e, portanto, um direito essencial. Nesse caso, tais limitações "não permitem a sua renúncia, alienação, transmissão, expropriação, prescrição e, [...] nem mesmo a disposição definitiva". Já a segunda espécie de limitações impostas ao direito à imagem está relacionada à "preponderância *do interesse público*". A respeito dessa última espécie de limitações, a referida autora observa que:

150 Conforme mencionado, o rol de situações/hipóteses apresentados pelos autores em questão não coincidem. Dessa forma, optou-se por tentar reuni-las considerando os itens coincidentes (tendo em vista determinadas características) e os não coincidentes. As não coincidências serão apontadas, quando apropriado, nas linhas que se seguem.

> O art. 20 do *Novo Código Civil* (lei 10.406 de 10.1.2002) expôs como limitações impostas ao direito do particular de se opor contra a utilização de sua imagem: a necessidade de utilização da imagem de outrem para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública. Seria a invocação do interesse geral em detrimento do interesse do particular titular do direito à própria imagem. É a antiga posição da prevalência do interesse geral sobre o interesse individual. Essa tese é constantemente invocada pela mídia quando, na missão de informar a população, invade a esfera da privacidade das pessoas, divulgando fatos e imagens sem respectiva permissão. A defesa vem no sentido de que assim foi necessário para que a informação pudesse ser prestada, atendendo-se ao interesse público, mesmo que pudesse ferir o interesse individual do retratado. (Affornalli, 2012, p. 60, grifo do original)

Diante do exposto, Affornalli (2012, p. 60), citando Silmara Almeida,[151] considera essencial a distinção entre "interesse público" e "interesse do público", que, no seu entendimento, o segundo significa "toda forma de intromissão desnecessária na vida alheia particular, sobretudo na de personalidades artísticas e políticas visadas". Nessa ótica, a autora em questão adverte que "*a invocação do interesse público como forma de afastar o direito à imagem deve ser vista com muita cautela*, porque os danos advindos de um uso leviano deste argumento dificilmente poderão ser reparados, mas apenas parcialmente compensados" (Affornalli, 2012, p. 60, grifo nosso).

Em complemento à advertência elencada e com o objetivo de ilustrá-la, Affornalli (2012, p. 60-61) dá o exemplo de pessoas que exercem funções públicas:

> As pessoas públicas ou pessoas que desempenham funções públicas encontram limitações em seu direito à imagem, dado a ver que são alvo de intermináveis e necessárias investigações. E de outra forma não poderia ocorrer, haja vista que são responsáveis por decisões que atingem a vida de toda uma coletividade, à qual devem satisfações. Entretanto, são justamente as pessoas que gozam de mais notoriedade que mais frequentemente se tornam vítimas de violação do direito à imagem, quando fora do exercício de suas funções públicas, ou seja, quando não estão no exercício de sua vida coletiva, mas de sua vida particular, tem seus retratos divulgados sem autorização. Publicar a foto de um político quando, no exercício de seu mandato, realiza visitas a instituições diversas, atende ao interesse público e tem o condão de afastar o direito à imagem. Ao contrário, divulgar fotos deste mesmo político, quando encontra-se no recinto familiar, fora do exercício de suas funções públicas não atenderia, de forma alguma, ao interesse público, mas ao repudiável 'interesse do público' [...]. Não raras vezes são estas fotografias da pessoa pública no decorrer da sua vida privada que a imprensa publica, principalmente quando estão em situações que suscitam a curiosidade do povo [...]. Para que a pessoa pública no decorrer da sua vida particular seja retratada, faz-se necessário que ela autorize esta representação; da mesma forma, deverá consentir na publicação de sua imagem, seja para uso comercial ou não.

Nesse ponto, Affornalli (2012, p. 61) defende que a validade do fundamento do interesse público está condicionada às imagens exclusivas da

151 Anotações de Affornalli, decorrentes de aulas proferidas por Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida no curso de especialização "Novas tendências do direito contemporâneo", da Universidade Estadual de Ponta Grossa, em 1998.

vida pública dos indivíduos e desde que estejam destinadas ao direito de informar e ser informado. É preciso registrar que a autora em comento descreve que o conceito de interesse público que limita o exercício do direito à imagem é amplo, uma vez que, na sua concepção, abrange:

> *o direito à informação, notoriedade do retratado, o interesse cultural* (divulgação de *imagens com cunho didático ou científico*), o *interesse da Justiça* e da *ordem pública* (retrato falado, imagens de flagrantes de crime), fotos de uma *coletividade não identificada* de pessoas ou em *ambiente público*. (Affornalli, 2012, p. 61, grifo nosso)

No que tange à colisão entre direito à imagem e o direito de informação e a liberdade de imprensa, Affornalli (2012) aborda com mais detalhes a questão, em um capítulo à parte, intitulado "Considerações importantes", mais especificamente no seu subcapítulo "Principais defesas opostas". Nessas considerações, de início, a autora (2012, p. 85-86) ressalta que "a imagem cumpre com grande eficácia a missão de informar" e, muitas vezes, torna-se "a própria mensagem", porém não raro se observa afrontas ao direito à imagem e, como justificativa, invoca-se "o argumento da liberdade de manifestação do pensamento ou o direito de informação". Mediante tais observações, a referida autora adverte que:

> Primeiramente, cumpre esclarecer que, embora o direito à informação esteja constitucionalmente garantido, ou seja, esteja elevado à nobilíssima categoria de garantia constitucional [...], ele não é absoluto ou incondicionalmente superior a qualquer outro direito. *Para que se possa decidir sobre a sua prevalência ou não, em aparentes conflitos que envolvam outros direitos constitucionalmente garantidos, há que se analisar as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, sempre será necessária uma análise de caso a caso*. (Affornalli, 2012, p. 86, grifo nosso)

Dando continuidade às suas considerações a respeito da temática, Affornalli (2012, p. 86), seguindo os conselhos de José Afonso da Silva (1999, p. 86),[152] aponta a necessidade de se distinguir liberdade de informação e direto à informação; em sua concepção, a primeira compreende:

> a expressão *liberdade de informação* abrange não somente a liberdade de informar, mas também a liberdade de ser informado. A liberdade de informar guarda estreita relação com a tão falada liberdade de manifestação do pensamento e de informações e que está regulada pela [...] 'Lei de Imprensa'. Por sua vez, a liberdade de ser informado refere-se à garantia que todos têm ao livre acesso às informações em geral, podendo, uma vez esclarecidos, exercer seus direitos. A liberdade de informação jornalística possibilita a efetivação do direito à informação exercido coletivamente, ou seja, da liberdade de ser informado. [...] a liberdade de informar somente se legitima, como direito agraciado de proteção constitucional e garantido contra abusos e limitações oportunistas, na medida em que preste aos indivíduos uma informação correta e imparcial. (Affornalli, 2012, p. 86, grifo do original)

Dessa forma, Affornalli (2012, p. 87) assinala que "esta liberdade de informar somente será digna de ser oposta como óbice à invocação do direito à

152 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 248.

imagem" quando, além de se propor a apresentar informações corretas e imparciais, preste-se ao interesse público. A autora em tela (2012, p. 89) defende que "não é válido o argumento da liberdade de informar ou direito à informação", quando o objetivo é "a mera intromissão, em nada construtiva, na esfera privada da vida das pessoas". Seguindo essa linha de pensamento, conclui o seguinte:

> Sendo assim, percebe-se que *nem o direito à informação* (de caráter coletivo), *nem a liberdade de informar* (de caráter mais individual do que coletivo, embora possa servir à consagração do direito coletivo à informação, se corretamente utilizada) *são absolutos no sentido de afastarem todo e qualquer outro direito, ainda que constitucionalmente garantidos*. Ao contrário, uma vez diante de um conflito aparente entre direito ou liberdade de informação e direito à imagem (ou qualquer outro direito da personalidade), *há que se fazer um cotejo dos bens envolvidos, investigar a real existência do interesse público e de mais peculiaridades do caso concreto*, para somente então conseguir uma solução que homenageie todo o sistema constitucional, ao invés de agredi-lo. *Não há fórmula geral e pronta para tanto*. (Affornalli, 2012, p. 88, grifo nosso)

Sobre a divulgação de imagens de cunho policial, Affornalli (2012, p. 61) também aconselha cautela, uma vez que, na condição de suspeitos de autoria de atos ilícitos penais, diante da publicação de traços pessoais, podem ser submetidos a julgamento público e agressões. Todavia, "não raro descobre-se, posteriormente a essa execração, serem inocentes, mas então suas vidas pessoais se encontram total e irremediavelmente desestruturadas". Quanto a essa situação/hipótese, a autora em questão faz a seguinte defesa:

> Defende-se a tese de que é ilícita a publicação da imagem de suspeitos de cometimento de crimes, pessoas não ocupantes de cargo ou função pública, a menos que por questão de segurança pública seja imprescindível a divulgação; como, por exemplo, de um criminoso procurado ou de um fugitivo que, uma vez solto, exponha a população ao perigo. A esse respeito, pode-se usar os argumentos da manutenção da ordem pública ou da administração da justiça, incluídos no art. 20 do *Novo Código Civil* (lei 10.406/2002). (Affornalli, 2012, p. 62, grifo do original)

A respeito da captação e/ou utilização da imagem de pessoa que encontra-se em local/cenário público, Affornalli (2012, p. 62) considera que não ocorre violação da imagem e nem da privacidade; e explica que "o fundamento desta limitação reside no argumento de que o objetivo da fixação da imagem não era o indivíduo, mas sim, um lugar ou acontecimento público" – festas populares, festas religiosas, passeatas e manifestações, por exemplo. De qualquer modo, essa autora considera louvável a cautela de alguns meios de comunicação ao ofuscarem ou obscurecerem a face dos retratados, quando em locais ou acontecimentos públicos, não permitindo identifica-los.

Retornando à abordagem de Araujo (2013) sobre os limites do exercício do direito à imagem, observa-se que o mesmo não considera o direito de informação uma situação que consiste em um limite ao direito de imagem. O referido autor argumenta que:

> Se, por um lado, a doutrina entende ser o direito à informação um limite ao direito à imagem, de outro, a resposta vem contida no texto constitucional, que coloca os dois direitos em confronto, oferecendo a solução. O art. 220 e seu §1º, que garantem o direito à informação, assim disciplinam: 'Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer for-

> ma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição. §1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV.' *A imagem não é limitada pelo direito à informação que, se servindo da liberdade de opinião, põe em movimento a liberdade de pensamento, que se transforma em liberdade de expressão. As limitações da imagem têm outros fundamentos que não a liberdade de informação*.[153] (Araujo, 2013, p. 84-85, grifo nosso)

Quanto à prevalência do direito coletivo sobre o direito do indivíduo, Araujo (2013) argumenta que tal fato encontra como justificativa "a sobrevivência da própria sociedade", haja vista que "certos fatores [...] são tão importantes para a sociedade que devem ser sacrificados os direitos individuais para sua sobrevivência". O autor reforça seus argumentos defendendo que "muitas vezes o social deve ocupar o lugar do individual para se manter como valor preponderante". Assim, Araujo (2013) apresenta como fatores que são capazes de impedir o exercício do direito à imagem, tendo em vista essa prevalência do social em detrimento do individual, as seguintes razões de Estado: segurança nacional, identificação criminal, saúde pública e interesse da história. Também aponta como fatores que constituem limitações ao direito de imagem o noticiário, veiculação ou divulgação de matérias sobre pessoas públicas e notórias, de locais/cenários públicos (em que o indivíduo é retratado e integra a narrativa) e de matérias culturais.

Em relação à segurança nacional, Araujo defende a seguinte tese:

> O indivíduo não pode pretender se opor à publicação de sua imagem, se o bem que será sacrificado é maior e causará prejuízo bem mais amplo do que aquele que teria o indivíduo com a violação de sua imagem. A publicação de imagem de determinado indivíduo que afeta a segurança nacional, *ou mesmo a manipulação de arquivos fotográficos desde que relacionados logicamente como bem protegido, não poderá ser objeto de oposição do indivíduo*. A captação, arquivo e manipulação dessas fotografias, se feitas por pessoas desautorizadas, poderiam, certamente, constituir violação da imagem. Mesmo com divulgação restritíssima, através de boletins sigilosos, poderia, em tese, haver violação da imagem, não fosse a causa que as moveu. *A proteção da segurança nacional, no caso, autorizou a divulgação. O interesse do indivíduo não pode prevalecer sobre o social, desde que haja motivo suficiente e necessário para a divulgação da imagem*. (Araujo, 2013, p. 85, grifo nosso)

Seguindo os mesmos argumentos, o autor coloca em pauta a publicação de imagens que envolvem investigações criminais e atividades investigatórias por parte do Estado.

> Na mesma linha de raciocínio está a publicação da imagem decorrente de investigação criminal ou atividade investigatória do Estado. A fotografia tirada pelos departamentos policiais para identificação do indivíduo não pode ser considerada violação à imagem. Primeiro porque surge com autorização do indivíduo, isto é, com seu consentimento, o que exclui a lesividade do comportamento.

153 A discussão sobre a liberdade de informação será retomada, no capítulo "Conceito e aplicabilidade do direito à honra".

> Mesmo que o indivíduo se insurgisse contra a obrigatoriedade da identificação civil, tal irressignificação não poderia prevalecer ao interesse maior. (Araujo, 2013, p. 86)

Todavia, em relação à identificação criminal, o próprio autor apresenta como ressalva o disposto no inciso LVIII, do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Nesse caso, ele explica que "respeitados os limites constitucionais, o indivíduo não pode se insurgir contra identificação" (Brasil, Constituição, 1988).

Dando prosseguimento, Araujo (2013, p. 86) também aborda a divulgação de fotografias de indivíduos procurados pela Polícia. Sobre essa questão, declara, de imediato, que "o interesse social é de longe superior ao interesse individual" e apresenta a seguinte justificativa: "o procurado não pode se insurgir contra a divulgação de sua fotografia, que, pela própria finalidade, deve ser a mais ampla possível". No entanto, adverte que:

> Capturada a pessoa ou satisfeita a exigência policial, a publicação deve cessar de imediato, sob pena de, no caso, haver violação da imagem, com a indenização prevista pelo texto constitucional. Cessada a razão da divulgação, a publicação passa a ser indevida. (Araujo, 2013, p. 87)

Em se tratando do interesse da saúde pública enquanto uma limitação ao exercício do direito à imagem, Araujo (2013, p. 87) ilustra a questão com o seguinte exemplo:

> O indivíduo que sofre de doença gravíssima de fácil transmissão e não tem conhecimento, pondo em risco toda a sociedade, não pode impedir ou pretender indenização por afixação, pelos órgãos de saúde pública, de cartazes noticiando tal fato. Não houve violação da imagem. O retratado não pode, com certeza, pretender a indenização por uso indevido da sua imagem. O retrato do indivíduo, justamente em benefício da saúde pública, deve ser divulgado, não se cogitando do direito à imagem, nesse caso.

No que tange ao interesse da história, o referido autor menciona que aqueles indivíduos que, dentro de um contexto de narrativa histórica, exerceram um papel de destaque, não podem ser contrários à publicação de suas imagens. Nesse ponto, mais uma vez, apresenta-nos um exemplo elucidativo seguido de uma advertência:

> Não teria sentido, por exemplo, um ex-presidente da República pretender evitar a publicação de sua fotografia, em livro de interesse histórico. No entanto, o texto há de se restringir à matéria em foco, não podendo a pretexto da situação excepcional da proteção, divulgar a imagem sem a correta informação histórica. (Araujo, 2013, p. 87)

A respeito do noticiário, veiculação ou divulgação de matérias sobre pessoas públicas e notórias; de locais ou cenários públicos nos quais o indivíduo é retratado e integra a narrativa; e de matérias culturais, Araujo (2013) ressalta a necessidade de a imagem respeitar as finalidades da notícia ou informação, caso se pretenda ter como fundamento o disposto no art. 220 da Constituição Federal brasileira, que garante a liberdade de imprensa e o direito de informar e ser informado. Nesse caso, assinala que: 1) a no-

tícia não deve servir para veicular matéria publicitária e 2) "o liame entre a notícia e a publicação da imagem deve ser estreito, sob pena de se configurar publicação indevida" (Araujo, 2013, p. 88).

No caso do noticiário, veiculação ou divulgação de matérias sobre pessoas públicas e notórias, o exemplo citado pelo autor também é bastante objetivo: "seria insensato que determinado jogador de futebol, no Brasil, se insurgisse contra a publicação de sua fotografia, em jornal de grande circulação, quando marcou o gol da vitória para seu clube, em partida final de campeonato" (Araujo, 2013, p. 88).

Em relação ao noticiário, veiculação ou divulgação de locais ou cenários públicos nos quais o indivíduo é retratado e integra a narrativa de matérias culturais, Araujo mais uma vez se mostra claro e didático nos exemplos:

> Imaginemos a hipótese de uma pessoa que caminha na praia sem qualquer preocupação, numa manhã ensolarada. Sua foto, no dia seguinte, é veiculada pelos jornais, noticiando a volta do bom tempo, ausente nos últimos dias. O indivíduo, no caso, não foi o centro da notícia, nela aparecendo circunstancialmente, como centenas de outras pessoas que estavam (ou que poderiam estar) na praia naquele instante. Mas, imaginemos que a publicação da imagem, na notícia acima mencionada, causasse dano ao indivíduo. Poderia pretender uma reparação? A resposta é negativa, já que, ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem. [...]. O mesmo exemplo pode ser tomado, se a publicação visasse a ilustração do clima de determinada região ou demonstração dos hábitos de determinada cultura. (Araujo, 2013, p. 88-89)

Enfim, passemos à abordagem de Vendruscolo (2016) a respeito dos limites ao exercício do direito à imagem. De antemão, esse último autor expõe que os casos de noticiário, veiculação ou divulgação da imagem de pessoa pública e notória e de pessoa que se encontra em local ou cenário público não, propriamente, limite o direito à imagem, como considerados por Affornalli (2012), Araujo (2013) e outros doutrinadores; mas o *seu legítimo exercício*. Com base em Sahm (2002)[154] e Souza (2002),[155] o autor em tela considera que, nessas duas situações/hipóteses, tem-se uma *autorização tácita* (Vendruscolo, 2016, p. 127-128).

No primeiro caso, Vendruscolo parte do pressuposto que aqueles indivíduos públicos e notórios almejam divulgar suas personalidades ao público, fato esse extensivo ao direito de imagem.

> Com efeito, [...] *o consentimento do titular para captação e utilização da sua imagem não necessita ser expresso, podendo ser tácito desde que das circunstâncias do caso concreto possa assim concluir*. O que de fato ocorre com as pessoas públicas e notórias na sociedade é que elas outorgam um consentimen-

154 SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 199.

155 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade.* Barueri: Manole, 2002, p. 89.

> to prévio e tácito para que suas imagens possam ser captadas e utilizadas, desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade. Não se pode conceber que determinado político, atleta ou artista, por exemplo, não autorize previamente a captação de sua imagem quando se encontra voluntariamente em público, sabendo de sua condição de notoriedade e publicidade. [...]. Assim, quando o político, artista ou atleta se dispõe a se mostrar publicamente, há que se concluir, diante das circunstâncias, que ele autorizou a captação e utilização de sua imagem, tendo em conta a própria condição que ostenta no meio social. (Vendruscolo, 2016, p. 128, grifo nosso)

Com base nos argumentos apresentados, o autor em questão lança mão de alguns questionamentos e apresenta a sua resposta:

> seria legítima a proibição da exploração da imagem de político que está inaugurando certa obra, ou de artista conhecido que vai à praia? *A resposta mais adequada ao caso vertente é que estas pessoas notórias, sabedoras de sua situação, quando se encontram em público outorgaram o consentimento tácito necessário para a utilização da sua efígie. Contudo, este conhecimento tácito não é limitado, assim como não é o próprio direito à imagem*, vez que a utilização da imagem deve estar ligada à notoriedade e publicidade da pessoa e vinculada a estas circunstâncias, não se concebendo, por exemplo, a utilização da imagem da artista na praia para anunciar determinada marca de biquíni. [...]. O liame entre a notícia e a publicação da imagem deve ser estreito, sob pena de se configurar publicação indevida. (Vendruscolo, 2016, p. 129, grifo nosso)

No que tange ao noticiário, veiculação ou divulgação da imagem de pessoa que se encontra em local/cenário público, Vendruscolo faz a seguinte defesa:

> Desde que não seja ele o centro principal da notícia ou retrato e que a sua imagem esteja inserida na notícia ou reportagem de forma acessória e guarde vinculação entre ambas (imagem e notícia ou reportagem), não se está lesionado o direito à imagem, *haja vista ser necessário considerar que aquele que se expõe publicamente autoriza de modo implícito a utilização de sua imagem*, desde que inserida de forma secundária no fato retratado. (Vendruscolo, 2016, p. 130, grifo nosso)

Feitas suas considerações a respeito da captação e/ou utilização da imagem de pessoa pública e notória e de pessoa que se encontra em local/cenário público (desde que não seja ela o centro principal da notícia), Vendruscolo (2016, p. 131) assinala que "o direito à própria imagem pode ser limitado em duas circunstâncias: a) quando for necessária para administração da justiça ou b) quando for necessária para a manutenção da ordem pública". Em relação a essas duas circunstâncias, o autor em tela comunga dos mesmos argumentos de Affornalli (2012) e Araujo (2013).

Sobre o conflito entre o direito à imagem e o direito de informação e a liberdade de imprensa, Vendruscolo anuncia uma fragilidade entre o direito público e o direito privado e coloca em pauta a necessidade de sopesamento, considerando as especificidades do caso concreto:

> *Esses direitos (imprensa e informação de um lado e imagem de outro) são igualmente assegurados pela Constituição da República e sua colisão demonstra a frágil dicotomia entre o direito público e o privado, bem como insere uma área fronteiriça entre o que deve ser de amplo conhecimento público e o que deve ser velado e resguardado à intimidade de seu titular*. [...]. Caso esses valores constitucionais fossem analisados isoladamente e assim aplicados, poderiam conduzir o intérprete a conclusões inconciliáveis, 'ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios'. Diante do possível conflito, qual a solução a ser tomada? A

> priori, duas opções se apresentam ao aplicador do direito: a) prevalência do direito à informação; b) prevalência do direito à imagem. *À vista do caso concreto, deve o intérprete realizar verdadeira ponderação de valores, interesses, e princípios consagrados constitucionalmente e decidir concretamente qual deverá ceder para que o outro tenha aplicação efetiva*. (Vendruscolo, 2016, p. 133, grifo nosso)

É importante ressaltar que Vendruscolo (2016, p. 135-136) defende que, em caso de dúvidas por ocasião do sopesamento entre os princípios em tela, o direito à imagem deve prevalecer.

> Da análise do §1º do art. 220, o qual Sérgio Cavaliere Filho[156] chamou de 'reserva legal qualificada', tem-se que o direito à imagem deve prevalecer, quando houver dúvida acerca de qual preceito constitucional deve ser aplicado ao caso real, tendo em conta que o dispositivo constitucional condicionou o exercício da liberdade de imprensa e consequentemente a liberdade de ser informado, à observância de outros direitos, inclusive à imagem do titular (art. 5º, V e X, da Constituição Federal). Assim sendo, em caso de dúvida entre qual direito que deve preponderar, o cientista deve optar pelo *ius imaginis*.

Em complemento a essa questão suscitada, da possível prevalência do direito à imagem, o destacado autor, recorrendo a outros doutrinadores,[157] coloca em pauta a necessidade de se proteger o bem maior, que, nessa linha de raciocínio, seria o princípio da dignidade humana, representado pelos direitos da personalidade (entre eles o direito à imagem, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à honra), tendo em vista, no caso brasileiro, o disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...]. III – a dignidade da pessoa humana [...]" (Brasil, Constituição, 1988).

No entanto, Vendruscolo (2016) descreve que na contramão desse posicionamento, "o Conselho da Justiça Federal entendeu que na colisão dos direitos (imagem x imprensa) devem-se privilegiar medidas que não restrinjam o direito à informação"; conforme pode ser verificado no enunciado n. 279 da IV Jornada de Direito Civil:[158]

> 279 – Art. 20. *A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa*. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), *privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações*. (Aguiar Jr., 2007, p. 36, grifo nosso)

---

156 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104.

157 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2006; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

158 Realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 26 e 27 de outubro de 2006.

Nesse ponto, Vendruscolo (2016, p. 138) reconhece que "em linhas gerais, há que se admitir situações em que o direito à imagem deve ser sacrificado em detrimento do direito à informação", considerando, nesse caso, a regra da prevalência do interesse coletivo diante do interesse particular. Porém, advoga que situações como essas não são de fácil demonstração e não possuem uma "fórmula objetiva no ordenamento jurídico", *sendo necessário que o aplicador do direito analise cada caso concreto em particular*.

Apresentados as limitações do exercício do direito à imagem consideradas pela doutrina jurídica, é importante abordar, ainda, a extinção ou encerramento desse direito.

Extinção do direito à imagem

Vendrusculo (2016, p. 140, grifo nosso) explica que "*a morte do sujeito põe fim à sua personalidade e, com esta extinção, encerra-se também a proteção dos direitos que lhe eram caros*, como é o caso do direito à imagem, vez que 'mortos não têm direitos', já dizia Pontes Miranda" .

Araujo (2013, p. 77, grifo nosso) também aborda essa questão: "o direito à própria imagem, como direito da personalidade, é intransmissível, pois se extingue com a morte do indivíduo, da mesma forma que aparece com o nascimento da pessoa". Nesse sentido, o autor considera que, com a morte, surge "um direito dos herdeiros, distinto do originário, que cuida de proteger referidos parentes da veiculação da imagem do indivíduo morto". Seguindo essa tese, o autor complementa:

> Conclui-se, assim, que *o direito em tela não é o direito à própria imagem, mas sim, direito dos herdeiros à honra, à intimidade, à vida privada, não à imagem*. Este já se extinguiu com a morte do indivíduo. Neste caso, a imagem deixa de ser protegida diretamente, mas serve de suporte para a proteção de outro direito. Não pode, portanto, falar em direito à própria imagem da pessoa morta. (Araujo, 2013, p. 78, grifo nosso)

Tanto Araujo (2013) quanto Vendruscolo (2016) colocam em pauta o disposto no parágrafo único do art. 20 do Código Civil brasileiro de 2002 (Brasil, Presidência da República, 2002), que estabelece o seguinte: "Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes".

Vendruscolo (2016, p. 140) observa que, em se tratando da interpretação do trecho acima do Código Civil, "o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, exarou o enunciado 5", a saber:

> 5 – Arts. 12[159] e 20 [do Código Civil de 2002]: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele

159 O art. 12 do Código Civil de 2002 (Brasil, Presidência da República, 2002) estabelece o seguinte: "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

> estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regrar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12. (Aguiar Jr., 2003, p. 1)

No entanto, Vendruscolo, comungando do mesmo raciocínio de Araujo (2013), defende que:

> Muito embora exista certa divergência doutrinária, há que se entender que a legitimação outorgada pelo ordenamento jurídico aos herdeiros do *de cujus não representa a transmissibilidade do direito à imagem*, vez que, assim, como todos os demais direitos personalíssimos, o *ius imaginis* é intransmissível. *O que de fato ocorre é que os legitimados estarão exercendo o seu direito em nome próprio* e não em nome do titular já falecido, impedindo ou autorizando a utilização da imagem do *de cujus*, ou pleiteando a indenização por danos materiais ou morais em caso de lesão à referida imagem. *Notadamente em relação aos danos morais o exercício é em nome próprio, vez que a utilização indevida de imagem de ente querido causa frustação, angústia, sofrimento ao próprio ente sobrevivente e não mais, por evidente, ao falecido*. (Vendruscolo, 2016, p. 140-141, grifo nosso)

Por sua vez, Araujo vai além e assinala o seguinte:

> O Código Civil disciplina o tema, *apesar de sua duvidosa constitucionalidade*. O art. 20, parágrafo único, determina que deve haver autorização dos descendentes para que o direito de publicação seja autorizado. [...]. Realmente, a proibição de veiculação e a autorização de retirada das publicações e a proibição da própria publicação *são punições excessivas que devem ser tratadas de forma parcimoniosa, sob pena de valores históricos, de valores culturais serem deixados de lado por ausência de interesse de herdeiros e sucessores na publicação do tema. O direito à história, à cultura, devem estar colocados em posição de destaque de maneira que caso a caso, devem ser analisados, afastando a regra do Código Civil de necessária autorização. Poderíamos falar [...] em 'imagens não protegidas', caso de figuras públicas, de relevância cultural, histórica, etc*. Ou seja, não estariam cobertas pela proteção do Código Civil. A veracidade dos fatos, é claro, sempre seria objeto de discussão no Poder Judiciário. (Araujo, 2013, p. 78, grifo nosso)

Vale destacar, novamente, a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2015), julgada procedente em 10 de junho de 2015, cuja decisão final estabelece que o artigo 20 do Código Civil de 2002 não se aplica quando se tratar de biografias.

Ainda sobre a questão dos direitos dos herdeiros, Vendruscolo (2016, p. 141) coloca em pauta a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito do direito de imagem e seus "feitos prolongados para além da morte da pessoa" exercidos pelos herdeiros em nome próprio. Para tanto, ilustra a questão citando dois casos de jurisprudência.

O primeiro deles diz respeito à alegação da famosa escritora de telenovelas, Glória Perez, de indevida exploração da imagem de sua falecida filha, Daniella Perez. Na ocasião, o jornal *O Dia* publicou, em oito capítulos diários e consecutivos, um folhetim, contando, de forma romanceada, sobre o crime praticado contra Daniella Perez, cujo título era *O beijo da morte* e estampava, em página inteira, a fotografia da filha da autora, extraída

de cena de novela, em que a personagem, interpretada por Daniella Perez, beijava justamente o responsável pela sua morte. Para Glória Perez, essa fotografia, dentro do contexto em que foi apresentada, tinha uma conotação dúbia, permitindo ao público leitor a interpretação de que o assassino e sua filha mantinham, na vida real, um relacionamento amoroso íntimo. Na ementa do acórdão julgado, pelo Superior Tribunal Federal, em 21 de novembro de 2000, consta o seguinte:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVA. DIVERGÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM. SUCESSÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS. 1. *Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém,* porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. *Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio,* legitimidade para postularem indenização em juízo. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2001, grifo nosso)

O segundo caso citado por Vendruscolo (2016, p. 142) é a ação movida pela filha da yalorixá Gildásia dos Santos e Santos, a Mãe Gilda, contra a Igreja Universal do Reino de Deus (Iurd). Em 1992, a revista *Veja* havia publicado uma matéria, que continha uma foto da yalorixá, trajada com roupas de sacerdotisa e tendo aos seus pés uma oferenda. Em 1999, a Iurd publicou a mesma fotografia no jornal *Folha Universal*, associada a uma reportagem sobre charlatanismo, sob o título: "Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes", e afirmava estar crescendo, no Brasil, um "mercado de enganação". Na reportagem, a foto de Gildásia aparecia com uma tarja preta nos olhos. Diante da reportagem, membros da comunidade local interpretaram que a yalorixá havia se convertido e estava pregando contra sua religião. Além disso, adeptos de outras religiões iniciaram ataques e agressões diretas (verbais e físicas) à Gildásia e sua família. Nesse interim, a yalorixá veio a falecer (janeiro de 2000). Após o reconhecimento da agressão à Gildásia, sua filha moveu uma ação contra a Iurd, por danos morais e uso indevido da imagem (Rego, 2008).

> PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DO CPC. SÚMULA 211/STJ. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. [...]. 4. Tratando-se de feito ajuizado pelo espólio conjuntamente com os herdeiros, *sendo evidente que o dano moral pleiteado pela família da falecida constitui direito pessoal deles, não por herança mas por direito próprio, carece de legitimidade, consequentemente, o espólio, para pleitear a indenização em nome próprio*. 5. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida,

> *remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide*. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2008, grifo nosso)

Baseando-se nos dois casos supracitados, e recorrendo aos ensinamentos de Araujo (2013), Vendruscolo comenta que:

> Da mesma forma, a exploração econômica da imagem e sua respectiva legitimação para pleitear danos materiais decorre no caso da transmissão secundária dos efeitos do direito à imagem, que é o seu conteúdo patrimonial; *veja-se que se transmitirão aos herdeiros os efeitos da imagem do falecido e não propriamente a sua imagem*, tendo em conta que, 'com a morte da pessoa, o direito desta à sua própria imagem termina'. *O que de fato estar-se-á defendendo nesses casos, em verdade, é o próprio direito patrimonial dos herdeiros, seu patrimônio moral, sua intimidade, honra, etc*. Não haverá em tais casos uma defesa do direito à imagem propriamente dita, que, como visto, extinguiu-se com o seu titular. (Vendruscolo, 2016, p. 142-143, grifo nosso)

Enfim, diante da revisão de literatura apresentada a respeito do conceito e aplicabilidade do direito à imagem, entende-se que a violação à imagem se dá quando uma pessoa (física ou jurídica), não estando autorizada e/ou fundamentada nas situações/hipóteses e limitações estabelecidas ao longo deste capítulo, faça uso, veicule ou divulgue a imagem (nas suas diferentes concepções e significados aqui apresentados) de outra pessoa, contra a sua vontade, causando-lhe danos (lesões/prejuízos – diminuição ou destruição) em seus bens, valores e interesses morais e/ou patrimoniais (Quadro 10). Vale ressaltar que, em determinadas situações/hipóteses, entre elas os casos de consentimento (tácito ou expresso) e as limitações reconhecidas como legítimas (Quadro 11), certas condições precisam ser respeitadas.

Quadro 10 Possibilidades de violação do direito à imagem

Captar, publicar, exteriorizar, utilizar, projetar, divulgar, representar, reproduzir, expor e/ou explorar, sem consentimento	
1 ► O QUE 1.1 ► imagem-retrato – permite reconhecer a personalidade/individualidade física (aspectos, características e atributos visuais) de um indivíduo 1.1.1 ► físico, corpo 1.1.2 ► partes destacadas do corpo (quando possível a sua identificação) 1.1.3 ► semblante, fisionomia e aparência exterior, estética, plástica 1.1.4 ► características dinâmicas e particulares como a voz (aspectos sonoros – modo particular de falar e se expressar), gestos, expressões, atitudes e indumentárias 1.1.5 ► integridade física 1.2 ► imagem-atributo – permite reconhecer a personalidade/individualidade moral e social de um indivíduo (conceito social/reputação/fama) 1.2.1 ► qualidades e valores 1.2.2 ► modo de ser compreendido (visto) na sociedade 1.2.3 ► reconhecimento social (conhecimentos, habilidades e/ou competências) 1.2.4 ► conceitos sociais 1.2.5 ► integridade moral e psíquica 1.2.6 ► dignidade 1.2.7 ► inconveniências de cunho moral e íntimo 1.2.8 ► conceito/reputação profissional 1.3 ► imagem-científica – o material genético de um indivíduo, que permite a sua identificação e o seu reconhecimento, distinguindo-o dos demais sujeitos	2 ► QUANDO (SITUAÇÕES/HIPÓTESES) 2.1 ► Se tratar de abusos caracterizadores de 2.1.1 ► intromissão/expressão da vida privada e/ou íntima 2.1.2 ► prejuízo/ofensa à honra, boa fama e respeitabilidade do indivíduo 2.1.3 ► relato de fatos inverídicos 2.1.4 ► impressão negativa 2.1.5 ► exploração dolosa, culposa 2.1.6 ► exploração comercial e econômica / aproveitamento pecuniário 2.1.7 ► lesão, falseamento, usurpação, contrafação ou adulteração da identidade 2.1.8 ► lesão do interesse individual 2.1.9 ► o titular estiver fora do contexto em que atua (não estiver no exercício de sua vida coletiva e/ou função pública, mas de sua vida particular) 2.1.10 ► situações que suscitam a curiosidade popular 2.1.11 ► satisfeita a exigência policial (captura de fugitivo e/ou o criminoso procurado, por exemplo) 2.1.12 ► satisfeito o interesse público (administração da justiça, manutenção da ordem, saúde pública) 2.2 ► Se tratar de criança/adolescente, embora autorizado pelos pais ou responsáveis 2.2.1 ► desrespeito aos parâmetros de dignidade e preservação da integridade física, psíquica e moral 2.2.2 ► atos/procedimentos judiciais, policiais e administrativos (atribuição de autoria de ato infracional) 2.2.3 ► notícia ou ilustração que se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente 2.2.4 ► cena de sexo explícito ou pornográfica 2.3 ► Em que houve retratação do titular (retirada de licença para o uso pactuado)

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Quadro 11 Exceções ao exercício do direito à imagem

Não se aplica quando se tratar de noticiário, veiculação ou divulgação de matérias:

1 ► de interesse público ou causa socialmente relevante, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; não se preste para veicular matéria publicitária; e a imagem tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito
   - 1.1 ► de interesse científico
   - 1.2 ► de interesse artístico
   - 1.3 ► de interesse didático
   - 1.4 ► de interesse cultural
   - 1.5 ► de interesse da história (indivíduos que, dentro de um contexto de narrativa histórica, exerceram um papel de destaque)
   - 1.6 ► de interesse moral
   - 1.7 ► necessárias à manutenção da ordem pública
   - 1.8 ► necessárias à segurança nacional
   - 1.9 ► relacionadas a investigações criminais e atividades investigatórias por parte do Estado
   - 1.10 ► de cunho policial e/ou identificação criminal (indivíduos procurados pela Polícia – julgados autores de ilícitos penais)
   - 1.11 ► de interesse da administração da justiça
   - 1.12 ► de interesse da saúde pública (indivíduo que sofre de doença gravíssima de fácil transmissão e não tem conhecimento, pondo em risco toda a sociedade)
   - 1.13 ► relacionadas à sobrevivência da sociedade
   - 1.14 ► verificação de acontecimentos, atuação e ações do poder público (transparência, controle do poder público e democracia)
2 ► cujo consentimento (tácito, expresso, oneroso ou gratuito) foi dado, desde que respeitados os limites pactuados (o que, para que, onde, quando e como)
3 ► sobre local, lugar, cenário ou acontecimento público (coletividade não identificada de pessoas ou em ambiente público), desde que os indivíduos retratados integrem a narrativa; sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; não se preste para veicular matéria publicitária; e a imagem tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito
4 ► destinadas ao direito de informar e ser informado, desde que os indivíduos retratados integrem a narrativa; sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; não se preste para veicular matéria publicitária; e a imagem tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito
5 ► sobre pessoas públicas e notórias, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; não se preste para veicular matéria publicitária; e a imagem tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito
   - 5.1 ► obras biográficas literárias ou audiovisuais
   - 5.2 ► função (profissão ou natureza do serviço) de interesse especial
   - 5.3 ► famosos (no presente ou no passado), desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade
   - 5.4 ► no exercício de funções e mandatos públicos (ações público-estatais)
   - 5.5 ► no exercício de ações público-sociais
6 ► proteção dos direitos e das liberdades de terceiros

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Os Quadros 10 e 11 sintetizam, no âmbito desta pesquisa, as possibilidades de violação do direito à imagem e as exceções ao exercício do direito em questão, respectivamente. Entende-se *que eles apresentam os traços característicos e distintivos do direito à imagem e evidenciam os requisitos que podem auxiliar na identificação de documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações pessoais que violam a imagem das pessoas.*

Conceito e aplicabilidade do direito à honra

> Na realidade o sentimento de honra é uma das faces do egoísmo. Somos honrados, não por um ditame de moral pura ou por espontâneo amor à virtude, mas porque a honra, como *premium virtutis*, nos é útil. [...]. É isto, aliás, o que se traduz na ironia de um adágio popular: se o velhaco soubesse como é vantajosa a honradez, seria honrado por velhacaria. (Hungria,[160] 1958, p. 40 apud Aranha, 2005, p. 3)

Bornholdt (2010, p. 230) descreve que, ao analisar os diversos momentos ao longo da história (sociedades primitivas, antigas e medievais) a respeito do papel da honra, percebe-se o campo semântico e alguns vocábulos associados, em maior ou menor escala, ao conceito, tais como: prestígio, respeito, consideração, valorização e autoestima. Menciona, ainda, que "especialmente sob o influxo do pensamento judaico-cristão, a honra vai como que se internalizando", deixando de estar associada ao prestígio (adquirido por intermédio do dinheiro e do poder) em detrimento do fato do ser humano ser valorizado por existir à imagem e semelhança de Deus. No entanto, segundo o mesmo autor, "esse processo de internalização da honra alcançará seu ápice em Kant que a equipara à dignidade humana" – é a condição de ser homem (o fato de ser humano) que dá ao homem uma dignidade própria ou uma honra. Porém, Bornholdt (2010, p. 231) destaca que essa "noção kantiana não dá conta da dimensão sociológica que o conceito de honra continua a possuir na sociedade". Nesse sentido, explica que:

> A honra, para além da exigência de respeito, oriunda da dignidade de cada um, continua associando-se à noção de consideração, prestígio e outros sentidos não abarcados pela noção passiva, estática, de dignidade. [...] *situa-se a honra entre a moral e o direito. Conquanto seja um sentimento interno, ela não se constitui em termos sociais, como também exige o reconhecimento social* (ainda que em grau mínimo [...]). Em outras palavras, ela não será apenas um sentimento interior preexistente, que se irradia na sociedade. *Para que o sentimento interior exista, será necessário um mínimo de reconhecimento social. A sociedade não apenas reconhece, passivamente, a honra de alguém. Ela também (mas não exclusivamente) a constitui*. (Bornholdt, 2010, p. 231, grifo do original)

160 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.

Dando prosseguimento na sua abordagem a respeito do conceito de honra, o autor em tela menciona que esse aspecto externo da honra (além do sentimento interior) passou por transformações no decorrer da sociedade burguesa, sendo divido em "prestígio social" e "honra burguesa".

> Ela [a honra burguesa] será a pura ausência de '*déficits* de validade' [...]. Isso não significa que a própria pessoa não possa contribuir para a diminuição de sua honra. Existirá apenas uma pretensão ao respeito, no sentido de não poder o indivíduo ser acusado de cometer 'erros morais'. A divisão se justifica ainda pelo fato de o prestígio não exigir, necessariamente, o acompanhamento de padrões de moralidade. A 'honra burguesa', porém (especialmente em seu aspecto profissional, que requer padrões de normalidade, eficiência e zelo), exigirá que aqueles que a detêm não sejam acusados de comportamentos desviantes desses padrões. Que numa sociedade pluralista estes padrões sejam elastecidos, não muda o fato de a manutenção da honra depender de uma conduta passiva da sociedade de não diminuir a honra já alcançada. (Bornholdt, 2010, p. 232-233)

Diante de tais argumentos, Bornholdt defende que:

> para além da honra interna, há uma externa, que se divide em três vertentes. A primeira significando o prestígio social; a segunda, uma honra negativa, a honra burguesa; a terceira, uma valorização normativa da 'honradez'. Estes três sentidos implicarão, quanto ao primeiro, uma conduta positiva e, quanto aos outros dois, uma abstenção dos demais cidadãos. É que para a existência do prestígio deve haver reconhecimento das ações de uma pessoa. A honra burguesa exige apenas uma conduta incapaz de afetar o sentimento de honra dos demais seres humanos. Este mínimo não deve ser afetado. *Em termos jurídicos, pois, serão relevantes o aspecto 'burguês' e a qualidade de pessoa honrada, decorrentes da honra externa*. (Bornholdt, 2010, p. 240, grifo do original)

Aparecida Amarante (2005, p. 37), por sua vez, considera que a honra compreende "o bem jurídico de maior apreciação da personalidade humana, porque representa o seu campo moral e social". Segundo a autora, os doutrinadores que abordaram a temática defendem que "além do respeito à integridade física da pessoa, deve haver o respeito à sua integridade moral".

> Conforme ressaltou Santos Cifuentes, a honra consiste numa qualidade moral do ânimo, que pode ser ferida, sofrer menoscabo e que acontece ser defendida com o mesmo afinco, com a mesma força de quem afana a vida e a morte [...]. Poderá a lesão acarretar até alterações psíquicas ou orgânicas, reflexos na atividade econômica, insegurança, perda de confiança, etc. (Amarante, 2005, p. 37-38)

Amarante (2005, p. 38-41), ao citar diversos autores, procura destacar e demonstrar alguns pontos de vista que foram considerados em relação ao conceito de honra, a saber:

a. durante certo tempo, a honra do indivíduo esteve ligada aos bens que possuía ou às suas contribuições para os gastos da Igreja ou do Estado;

b. Grellet-Dumazeu[161] abordou o conceito como valor interno do homem, distinguindo honra e consideração social;

161 Citado por ARRUDA MIRANDA, Darcy. *Comentários à Lei de Imprensa*. v. 1. São Paulo: RT, 1995, p. 349.

c. Enneccerus, Kipp e Wolff[162] declararam que o conceito de honra não integra o direito, porém reconheceram a honra civil (significação moral, social e jurídica, que compreende o grau de estima e reconhecimento de um indivíduo);

d. Valencia Zea,[163] ao conceituar o termo, considerou um sentido global e genérico, além de um sentido restrito e técnico-jurídico (deveres gerais que se caracterizam por atitudes negativas – não matar, por exemplo, e por atitudes positivas, como o dever de cumprir obrigações assumidas);

e. Carrara[164] visualizou o conceito vinculado a três concepções (1 – sentimento da própria dignidade; 2 – estima ou boa opinião que os demais têm do indivíduo; e 3 – virtude inerente a toda boa reputação de proporcionar certas vantagens pessoas);

f. Dernburg[165] distinguiu honra externa de honra interna, a primeira apoiada sobre o reconhecimento social e a segunda sobre o próprio sentimento;

g. para De Cupis,[166] o conceito de honra encerra tanto o valor moral íntimo do homem, que se situa em campo acima de qualquer proteção, por ser algo interno, quanto à estima dos outros (consideração social, bom nome ou boa fama) – sentido objetivo – e o sentimento ou consciência da própria dignidade – sentido subjetivo –, que merecem proteção legal;

h. Recasens Siches[167] descreveu a honra como patrimônio moral do indivíduo que se baseia no sentimento de dignidade individual, de modo que os ataques à honra compreenderiam condutas injustificadas ou ilegítimas, proferidas por terceiros, com a finalidade de diminuir as condições morais em que se manifestam tal dignidade;

i. Santos Cifuentes[168] empregou as expressões *honor* e *honra* para distinguir os dois aspectos conceituais da honra: a primeira, relacionada à qualidade moral (boa reputação, virtude, mérito –

162 ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Thodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. v. 2, t. 2. Buenos Aires: Bosch, p. 388.

163 VALENCIA ZEA, Arturo *Derecho civil*: parte general y personas. v. 1. 6. ed. Bogotá: Temis, 1974, p. 473-474.

164 CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*: parte especial. Bogotá: Themi; Buenos Aires: Depalm, 1974. v. 3, p. 5 *et seq*.

165 DERNBURG, Arrigo. *Pandette*. Torino: Fratelli Bocca, 1906 v. I, p. 160.

166 DE CUPIS, Adriano. *Trattato di diritto civile e comerciale*. Milano: A. Giuffrè, 1973. v. 4. t. 1, p. 229-230.

167 RECASENS SICHES, Luiz. *Trattado general de filosofia del derecho*. 4. ed. México: Porrua, 1970, p. 579.

168 CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalíssimos*. Buenos Aires: Lerner, 1974, p. 282.

aspectos objetivos) – indutora do cumprimento dos deveres do indivíduo perante si e terceiros, dependente dos costumes e variável conforme as conjunturas locais e temporais; e a segunda relacionada à estima e ao respeito da própria dignidade (aspectos subjetivos) – qualidade invariável e que faz parte da natureza humana.

Adalberto Aranha (2005, p. 2-3), assim como Amarante (2005), também destaca alguns pontos de vista encontrados na literatura a respeito do conceito de honra, a saber:

> Como definição jurídica a honra pode ser entendida como a 'dignidade da pessoa que vive honestamente, que pauta seu proceder pelos ditames da moral': é o ensinamento remetido por Clóvis Beviláqua. Segundo Pedro Nunes, 'honra é a qualidade íntima do indivíduo que habitualmente se conduz com probidade, dignidade e outras virtudes, observando com rigor os deveres morais que tem para consigo mesmo e para com seus semelhantes e a sociedade, fazendo-se assim merecedor do acatamento e apreço público'. Por fim, para o penalista Magalhães Noronha, honra é 'o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhes conferem consideração social e estima próprias'.

Baseado nas definições apresentadas, Aranha (2005, p. 2) também destaca a honra enquanto "integrante de nosso patrimônio moral" – "como parte de nosso direito à integridade moral" – e, assim, trata-se de: "um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor". Nesse sentido, explica que:

> Observe-se que a maneira pela qual o homem exterioriza seus atos na sociedade em que vive, examinada sob o prisma ético, *constitui um verdadeiro e valioso patrimônio, pois representa sua maior aceitação ou reprovação dentro da própria comunidade*. Os inúmeros círculos sociais nos quais o homem exterioriza sua vida (familiar, profissional, político, financeiro etc.) *dão a ele maior ou menor consideração, aceitação ou repulsão na comunidade, traduzindo seu patrimônio*, que permite uma maior ou menor participação nas vantagens decorrentes de seus esforços. Vale dizer, o homem, analisado sob o prisma ético de sua conduta, é repudiado ou aceito dentro de um círculo social, na conformidade de seu proceder, representando sua própria honra. [...] *a honra representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou aversão dentro de um dos círculos sociais em que vive, integrando seu patrimônio. Um patrimônio moral que merece proteção*. (Aranha, 2005, p. 2-3, grifo nosso)

Os aspectos externo (objetivo) e interno (subjetivo) da honra também são mencionados por Aranha (2005, p. 3, grifo nosso):

> A honra, sob o *ponto de vista subjetivo (a honra interna)*, é traduzida como o sentimento da própria honorabilidade pessoal, a dignidade pessoal, o decoro, o sentimento que todos nós temos e pelo qual exigimos respeito à nossa reputação pessoal; sob o prisma *objetivo (honra externa)*, é a nossa reputação, traduzida como a face exterior da honra de alguém, o respeito que deve merecer daqueles que o cercam, a boa fama, a estima pessoal, enfim, a maneira pela qual é reconhecido na sociedade.

O referido autor menciona que alguns doutrinadores entendem que existe uma diferença de graus entre as ofensas à honra externa (objetiva) e

interna (subjetiva) e, nesse caso, consideram que os ataques à honra objetiva são mais intensos que os ataques à honra subjetiva. No entanto, o próprio Aranha refuta tal teoria e considera que ambas atingem o indivíduo com a mesma intensidade:

> Alguns autores divisam uma diferença de grau entre os ataques à honra objetiva e à honra subjetiva, entendendo que o primeiro revela maior gravidade e periculosidade, por traduzir um malefício bem maior. À primeira vista tal afirmativa impressiona com vigor, pois a ofensa traduzida pela imputação de um fato, detalhado e com pormenores, é muito mais apta a produzir um dano do que um simples impropério lançado no espaço e desacompanhado de um alicerce fático. O ataque à honra objetiva fala num acontecimento, falso ou verdadeiro, enquanto o à honra subjetiva revela uma opinião, uma simples ideia. Embora tal diferenciação realmente tenha seu conteúdo de verdade e haja, certamente, uma diferença de graduação, não podemos esquecer que a dor moral de quem recebe a ofensa, quer se trate de ataque à honra subjetiva, é a mesma recebida com igual intensidade. E o que interessa é a proteção ao bem jurídico ofendido, atingindo de ambas as maneiras, com igualdade, e produzindo a mesma dor moral e o mesmo abalo psíquico. No nosso entender não há que se falar em graduação em relação às ofensas à honra subjetiva e à objetiva, pois ambas atingem com a mesma intensidade. (Aranha, 2005, p. 3-4)

Ainda sobre os aspectos objetivo e subjetivo da honra, Amarante (2005, p. 41), por sua vez, observa que:

> A bipartição da honra nos dois aspectos, objetivo e subjetivo, apresenta-se mais didática, possibilitando delinear o conteúdo deste direito, porém não confere um critério objetivo para sua conceituação do ponta de vista jurídico, vez que, quando ocorre a lesão a qualquer dos dois aspectos, o prejuízo reflete-se na pessoa mesma, ficando difícil isolar-se um do outro. Se há ofensa à reputação ou ao bom nome atinge-se, no mais das vezes, a autovaloração ou autoestima da pessoa.

Nesse sentido, Amarante (2005, p. 41, grifo nosso) defende "o conceito único de honra, considerada objetiva e subjetivamente: a honra encerra o respeito e consideração social aliados ao sentimento ou consciência da própria dignidade". Todavia, a destacada autora compreende que o conceito passou por mutações ao longo do tempo e, na atualidade, reveste-se de inúmeros elementos; de modo que, apesar de se constituir, no âmbito do direito, em um direito único, *contempla "aspectos múltiplos e proteiformes"*:

> Se hoje a honradez reveste-se de inúmeros elementos, época houve em que se poderia considerar um homem honrado aquele portador de algumas qualidades, essenciais àquele tempo ou àquela conjuntura social. Assim, temos que a honra, apesar de constituir-se em um direito único, encerra aspectos múltiplos e proteiformes. Fala-se da honra individual (dignidade da própria pessoa, e que faz parte de sua existência moral, a qual o indivíduo não perde, mesmo sendo desprezível. Honra tem o ladrão, a adúltera, o mendigo...); de uma *honra profissional* (ligada ao meio econômico, literário, artístico, científico); da honra *política* (que se relaciona à conduta política); da honra *familiar* (onde se considera o grupo social); honra do *Estado* etc. Em cada época, um ou outro desses aspectos ganhou maior importância para o indivíduo e para a sociedade, sobrepujando os demais. Assim é que, durante séculos, preponderou a concepção de uma honra atada à classe e títulos nobiliárquicos (estes atualmente no quadro do direito à identidade pessoal e do direito à honorificência), sem considerar que a honra, verdadeiramente, liga-se à dignidade do homem, ao seu instinto

> de conservação, que orbita em torno de sua integridade moral. No direito à integridade moral, além da honra, distinguimos o direito à honorificência [...]. Hodiernamente a concepção jurídica considera a honra como inerente à pessoa, constituindo o reflexo da sua personalidade, configurando, por isso, um direito essencial da pessoa. (Amarante, 2005, p. 42)

Em relação aos elementos que integram o conceito de honra, Amarante (2005, p. 43) descreve que os termos reputação, dignidade e decoro "oferecem incertezas aos doutrinadores, que chegam a consignar alguns deles como sinônimos". Sobre essa questão, Aparecida Amarante (2005, p. 43) também exibe alguns pontos de vista, a saber:

a. para Manfredini,[169] a *reputação* compreende a "honra social", ou seja, o "grau de dignidade moral" decorrente da valorização que terceiros fazem da personalidade do indivíduo – condição objetiva da personalidade do indivíduo no meio social, opinião pública;

b. para Manzini,[170] a *reputação* compreende a opinião (positiva ou negativa) que terceiros têm da honra ou do *decoro* de um indivíduo. Já o *decoro* apresenta tanto aspecto subjetivo – "representação interna daquilo que [...] é conforme a própria *dignidade*" –, quanto aspecto objetivo – "estado individual exterior, resultante do respeito elementar que os homens costumam observar reciprocamente em torno da personalidade moral de cada um deles";

c. para Magalhães Noronha,[171] a *dignidade* consiste no juízo que a própria pessoa tem da sua honra ou honorabilidade. Por sua vez, o *decoro* consiste na decência, na respeitabilidade e na consideração que um indivíduo merece;

d. para De Cupis,[172] "*a honra compreende também o decoro*" e, nesse caso, a lesão do decoro acontece por intermédio de "atribuições de qualidade ou atos eticamente degradantes" e/ou "manifestações depreciativas" (defeitos físicos, intelectuais e posição econômica ou social inferior);

e. para Castro y Bravo,[173] honra e *reputação* são distintas, sendo que a primeira está relacionada ao tratamento dado a um indivíduo por terceiros, e a segunda corresponde à fama ou ao "eco que um indivíduo produz na opinião pública";

169 Citado por ARRUDA MIRANDA, Darcy. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: RT, 1995. v. 1, p. 349.

170 MANZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 9. ed. Torino: Torinense, 1951. v. 8, p. 449 e 557.

171 MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 136.

172 DE CUPIS, Adriano. *Teoria e pratica del diritto civile*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1967, p. 132.

173 CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *Temas de derecho civil*. Madrid: Marisal, 1972, p. 18.

f. no direito penal italiano,[174] a honra encontra-se relacionada à qualidade moral e o *decoro* às condições que contribuem para a formação do valor social de um indivíduo;

g. no direito penal brasileiro, a *dignidade* e o *decoro* (entendidos como honra subjetiva) são protegidos pela injúria; e a *reputação* (entendido como honra objetiva) é protegida pela difamação.[175]

Aranha também coloca em pauta a distinção entre o que ele chama de "honra dignidade" e "honra decoro", as quais, no seu entendimento, compreendem o seguinte:

> A honra dignidade representa o sentimento da pessoa sobre seus atributos morais, de honestidade, retidão de proceder e bons costumes, enquanto a honra decoro refere-se ao sentimento pessoal em relação aos dotes e qualidades do indivíduo (físicos, intelectuais, sociais), os quais são absolutamente necessários à vida social. (Aranha, 2005, p. 4)

Outra questão elencada por Aranha a respeito do conceito de honra é a distinção entre "honra comum" ou "honra geral" e "honra especial" ou "honra profissional". Essa diferenciação é necessária, na concepção do autor, quando está em exame a gravidade da ofensa ou ataque.

> *A honra comum é aquela que diz respeito a todas as pessoas, entendida como um valor social atribuído a todos*. É a peculiar a todos os homens, aquela que, em igualdade, diz respeito a todos, sendo inerente a todas as pessoas. Não constitui uma particularidade, porém uma generalidade. *A honra especial está ligada a particulares dotes de certas pessoas, em razão de sua participação em agrupamentos sociais ou categorias profissionais*. Em razão de uma particularidade toda especial, como o agrupamento social (comunidade religiosa, conterraneidade etc.) ou a profissão exercida (militar, médico, magistrado etc.), surge a chamada honra especial ou profissional. Em tais agrupamentos (sociais ou profissionais) encontramos os chamados 'pontos de honra', deveres e obrigações que devem ser seguidos com absoluta obediência e que dizem respeito apenas e particularmente ao agrupamento social a que se pertence ou à profissão exercida. (Aranha, 2005, p. 4-5, grifo nosso)

Feita a devida distinção, o autor em comento descreve que a honra especial ou profissional compreende "um acréscimo à dignidade e à reputação" e, nesse caso, também merecere respeito:

> Todo homem, simplesmente porque pessoa e com direito ao respeito à sua personalidade, merece proteção, por primeiro, em sua honra geral, que é a comum a todos; ao depois, à sua honra especial ou profissional, decorrente do fato de pertencer a um determinado agrupamento ou exercer uma certa profissão. (Aranha, 2005, p. 5)

Conforme mencionado anteriormente, Aranha considera importante a distinção entre honra comum e especial quando em exame a gravidade da ofensa ou ataque. Sobre essa questão, ele explica que "é importante porque,

174 Artigo 594 do Código Penal italiano.

175 Os conceitos de injúria e difamação serão tratados com mais detalhes ao longo deste capítulo.

em se tratando de honra especial ou profissional, certas ofensas atingem apenas determinados agrupamentos ou profissões e não a todos, pois os que a eles pertencem têm em relação à agressão endereçada um sentimento e uma sensibilidade acima da média" (Aranha, 2005, p. 5).

Para ilustrar os argumentos em relação à gravidade da ofensa ou ataque à honra especial ou profissional, Aranha (2005, p. 5) apresenta os seguintes exemplos:

> Exemplo clássico de ofensa profissional nos é remetido por Marcelo Fortes Barbosa, ao afirmar que 'é algo de muito mais sério chamar-se um militar de covarde, do que referir-se dessa maneira a um cidadão do povo que não tem no destemor nenhum centro de convergência de atividades'.[...] o cidadão X merece, por primeiro, proteção a sua honra geral, como toda e qualquer pessoa; ao depois como médico, como um acréscimo, em defesa de sua honra profissional, que lhe atribui particulares deveres inerentes à sua profissão, merece uma nova proteção, ligada à atividade exercida. Chamá-lo de 'vagabundo' atinge-o em sua honra geral, como a todos os cidadãos, a qualquer pessoa, constituindo numa ofensa genérica; dizer que é um 'carniceiro' ou um 'aborteiro' é atingi-lo na honra profissional, pois lhe atribui um traço ofensivo ligado à profissão.

Na sua abordagem a respeito do conceito de honra, Amarante (2005) faz uma relação entre a honra, enquanto um bem moral (bem interno), e outros bens, dos quais destaca os bens externos, em especial aqueles providos de utilidade econômica:

> a honra é um bem precioso da pessoa humana, equiparado à própria vida. Faz parte da essência moral da pessoa, ou seja, é um bem que esta traz em si mesma e não um bem externo, como a propriedade. Contudo, se, pela própria natureza, o bem da honra, como outros bens, é imanente ao homem, mesmo assim existe um nexo que não pode ser excluído do mundo exterior, social, circunstancial. Como liberdade, a honra desenvolveu-se e desenvolve-se atada a circunstâncias do mundo exterior, tanto assim que o acréscimo da dignidade pessoal, além de depender do desenvolvimento dos bens morais, como educação e cultura, depende ainda de bens exteriores. Esses bens exteriores poderão desempenhar uma função conservadora e integradora do bem interior e, de outro lado, correlativamente, o bem interior, como a honra, poderá permitir ao indivíduo conseguir bens exteriores, revestidos de utilidade econômica. É uma projeção do bem moral no mundo material. (Amarante, 2005, p. 44)

Diante desses argumentos, a referida autora defende a tese de que a honra compreende tanto um bem interno quanto um bem externo: "dessa forma, a honra, arrimados na conceituação que formulamos, é um bem interno e externo. Um não é dissociado do outro. A honra torna-se possível a aquisição de outros bens providos de utilidade pública" (Amarante, 2005, p. 44-45).

Nesse ponto, a referida autora coloca em pauta a questão da honra profissional:

> Ninguém pode dispor de sua vida, nome, corpo, como também não poderá dispor da sua honra. Porém, a honra não deixa de ter reflexo no patrimônio. O campo onde se reflete de mais aguda forma é o das relações econômicas. Uma lesão à honra de um empresário, tido como honrado, poderá repercutir de modo tão grave que o levará, por certo, ao desastre econômico. [...]. Em cada profissão existe um conjunto de normas que obrigam a determinada conduta e, se

> esta conduta não for observada, por não cumprimento do dever, pela omissão, pela comissão de fatos proibidos, que repercutem na reputação, configura-se conduta desonrosa. Os homens ligam-se pela profissão e pelo trabalho, que os unem na incessante luta pela vida. *Devemos considerar, nesse campo, tanto as relações internas como as externas. No âmbito interno, o comportamento desonroso é analisado pelo próprio grupo social, que poderá excluir de seu seio o comportamento desonroso. E, no campo externo, a proteção da honra se dá por meio de normas jurídicas*. (Amarante, 2005, p. 45, grifo nosso)

Quanto à honra profissional, Aparecida Amarante (2005, p. 46, grifo do original) ainda destaca a sua relação com a conduta ética:

> Além do *título profissional*, que distingue o indivíduo, como premiação de seu esforço, destaca-se na sua vida profissional, a conduta ética. Na atividade profissional ganha a ética especial destaque, impondo determinada linha de conduta, traçada pela lei, costumes, cultura, hábitos àquela classe de pessoas preparadas para o exercício de determinada atividade. [...] qualquer imputação de inexecução daqueles deveres específicos, próprios da profissão, por intolerável, desmedida ou falsa, fere a honra profissional.

Visitadas as abordagens de alguns autores a respeito do conceito de honra, com vistas a compreender a sua aplicabilidade, é importante verificar como esse direito vem sendo tratado e tutelado, ao longo do tempo, no âmbito jurídico.

A tutela da honra no âmbito do direito

Aranha (2005) relata que a fonte mais antiga de sanções a comportamentos ilícitos relativos à honra é o Código de Manu. Tal diploma, de origem indiana, redigido entre os séculos II a.C. e II d.C., compreende uma coletânea de normas expressas em versos, divididos em 12 livros, sendo considerado a primeira organização geral (religiosa e política) da sociedade. No livro oitavo, consta o seguinte:

> I – *DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DO OFÍCIO DOS JUÍZES* Art.1º Um rei, *desejoso de examinar os negócios judiciais, deve comparecer à Corte de Justiça* em um porte humilde, sendo acompanhado de Brâmane e de conselheiros experimentados. Art. 2º Ali, sentado ou de pé, levantando a mão direita, modesta em seus trajes e em seus ornamentos, que ele examine os negócios das partes contestantes. Art. 3º Que cada dia ele decida, uma depois da outra, pelas razões tiradas dos costumes particulares locais, à classe e à família e dos códigos de leis, as causas classificadas *sob os dezoito principais títulos que se seguem*: [...]. Art. 6º [...] o undécimo e *o décimo segundo*, os maus tratos e *as injúrias*; o décimo terceiro, o roubo; o décimo quarto, o banditismo e as violências; o décimo quinto, o adultério. [...]. XIV – *DAS INJÚRIAS* Art. 264. Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinqüenta ou duzentos, um Sudra, uma pena corporal. Art. 265. Um Brâmane será sujeito à multa de cinquenta panas, por ter ultrajado um homem da classe militar; de vinte e cinco, por um homem de classe comercial; de doze, por um Sudra. Art. 266. Por ter injuriado um homem da mesma classe que ele, um Dvija será condenado a doze panas de multa; por juízos infamantes, a pena em geral deve ser dobrada. Art. 267. Um homem da última classe que insulta um Dvija por invectivas afrontosas, merece ter a língua cortada; porque ele foi produzido pela parte inferior de Brama. Art. 268. Se ele os designa por seus nomes e por suas classes de uma maneira ultrajante, um estilete de ferro, de dez dedos de comprimento, será enterrado fervendo em sua

> boca. Art. 269. Que o rei lhe faça derramar óleo fervendo na boca e na orelha se ele tiver a imprudência de dar conselhos aos Brâmanes relativamente ao seu dever. Art. 270. Aquele que nega sem razão, por orgulho, os conhecimentos sagrados, o país natal, a classe, a iniciação e os outros sacramentos de um homem que lhe é igual em classe, deve ser constrangido a pagar duzentos panas de multa. Art. 271. Se um homem censura a outro ser zarolho, coxo ou ter uma enfermidade humilhante, ainda que diga a verdade, deve pagar a fraca multa de um karkapana. Art. 272. Aquele que mal diz de sua mãe, de seu pai, de sua mulher, de seu irmão, de seu filho ou patrono espiritual, deve sofrer uma multa de cem panas, do mesmo modo que o que recusa ceder a passagem ao seu diretor. Art. 273. Um rei judicioso deve impor a multa seguinte a um Brâmane e a um Ksatriya, que se têm mutuamente ultrajado; o Brâmane deve ser condenado à pena inferior e o Ksatriya à multa média. Art. 274. A mesma aplicação da multa deve ter lugar exatamente para um Vaisya e um Sudra, que se têm injuriado reciprocamente, segundo suas classes, sem mutilação da língua: assim o tem prescrito a lei. (Manursti..., s.d., grifo nosso)

Como pode ser observado, algumas sanções previstas para casos de injúrias eram bastante cruéis (mutilação da língua, ferimento na boca com estilete de ferro e óleo fervendo) e demonstram que tais casos eram considerados ilícitos graves.

De acordo com Aranha (2005, p. 9-10), no direito romano, a honra compreendia um direito público dos cidadãos, "por sua vez todos os fatos lesivos a tal *status* [...] estavam abarcados do conceito de injúria que era profundamente amplo". Em relação ao conceito de injúria romano, o autor em questão descreve que "examinada sob o prisma individual, a injúria era toda a ofensa intencional e ilegítima à personalidade, e esta podia ser atingida de três modos: no corpo, na condição jurídica e na honra" (Aranha, 2005, p. 10).

No entanto, Amarante (2005 p. 4) comenta que tal "proteção não atingia todas as pessoas". O escravo, por exemplo, por não gozar de liberdade e não possuir a qualidade jurídica de "pessoa", não era considerado detentor de honra civil; e, dessa forma, estava sujeito a qualquer injúria, exceto nas situações que atingisse indiretamente seu proprietário.

Adalberto Aranha (2005, p. 10) menciona que a Lei das XII Tábuas, que está na origem do direito romano, abordava as "formas de injúria contra a honra, porém em atenção ao interesse social, à perturbação de ordem pública que provocava, dadas as desavenças que surgiram no meio social".

O autor em tela também disserta sobre a origem e a evolução do direito à honra no direito canônico, no direito germânico e no direito francês:

> O direito canônico, predominante na Idade Média, ocupou-se com a difamação [...]. Ao depois os práticos introduziram os delitos contra a boa fama, tomando de empréstimo o conceito romanístico da injúria. O direito germânico trouxe uma bifurcação, separando a lesão corporal (*laesio in corpore*) da lesão à honra (*laesio famae*), o que foi um progresso, com o que os crimes contra a honra passaram a merecer uma classe toda especial, autônoma, dada a sua objetividade jurídica, que a diferenciava das demais. Merecedor de uma classificação toda especial no direito germânico, o direito francês trouxe uma noção de subespécies, tratando separadamente, a calúnia da injúria. O Código de Napoleão (1810) passou a distinguir a *calomnie* da *injuire*, sendo que a primeira foi traduzida como a imputação de um fato criminoso ou difamatório falso ou do qual não se pudesse fazer a

> prova, por sentença ou por outro meio, enquanto que a segunda era a expressão ultrajante. Depois mais tarde, pela lei de 17 de maio de 1819, o termo *calomnie* foi substituído por *difamation*, retirando-se o requisito essencial da falsidade do fato imputado. A distinção entre um e outro passou a ser feita tomando-se por base a atribuição ou não de um fato determinado. [...]. A partir de então tal critério diferenciador difundiu-se com tal intensidade que passou a ser adotado em quase todas as legislações dos povos conhecidos. (Aranha, 2005, p. 10-11)

Pereira (2014, p. 64) destaca que a injúria também era tratada no item 25 do Livro I, Título LXV, das *Ordenações Filipinas*, as quais deveriam ser avaliadas pelos vereadores:

> Outrossim os juízes conheçam dos feitos das injúrias verbais, que alguns demandem a outros, e nenhum outro julgador conhecerá deles. E os façam conclusos em breve, não fazendo longos processos; e sem darem vista às partes para razoarem em final por escrito, e sem lhes darem os nomes das testemunhas para contraditas, os levem à Câmara tanto que forem conclusos, e os despachem com os vereadores na primeira vereação. E se alguns deles for suspeito, tomem dos outros homens bons dessa cidade, ou vila, um em seu lugar, que não seja suspeito às partes, lendo os feitos perante as partes, se aí quiserem estar, ou à sua revelia se estar não quiserem. E quando assim estiverem presentes ao ler do feito em final, poderão apontar qualquer contraditas, que notórias e públicas sejam, para verem quanta fé deve ser dada às testemunhas. E as sentenças, que derem até quantia de seis mil réis, faça-as dar à execução, sem mais delas receberem apelação, nem agravo para outro julgador, nem Relação. E não possam em maiores quantias condenar as partes, que assim as tais injúrias a outros disseram. E se mais julgarem, a dita maior quantia seja havida por nenhuma e de nenhum vigor, e seja reduzida à quantia dos ditos seis mil réis. (Pereira, 2014, p. 64)

Pereira (2014, p. 66) acrescenta que as injúrias verbais podiam ser qualificadas como atrozes, dependendo, nesse caso, da "qualidade do agredido ou do local ou da circunstância em que foram proferidas".

Amarante (2005, p. 27) observa que a partir da Revolução Francesa "seguiu [...] um percurso de evolução doutrinária e jurisprudencial" sobre a proteção à honra, tendo destaque os seguintes instrumentos internacionais: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 12), aprovada em 10/12/1948; a III seção ordinária da assembleia-geral das Nações Unidas; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em abril de 1948, em Bogotá; a IX Conferência Internacional Americana; a Terceira Convenção de Genebra (art. 14), de 12/8/1949, realizada em Roma e relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 17), aprovado em 16/12/1966; e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (art. 5º, art. 11 e art. 14), realizada em São José da Costa Rica, aprovada em 22/11/1969.

Em relação à jurisprudência, Amarante (2005, p. 28-29) declara que "é inegável o reconhecimento da importância que a jurisprudência teve durante a evolução do direito à honra, como dos demais direitos da personalidade". Mas, ressalta que "não tem notícia das primeiras decisões dos tribunais, atinentes à tutela da honra, no sentido de reconhecimento desta, independentemente das configurações penais"; e cita alguns episódios relembrados por alguns autores: um caso francês de 1856, um espanhol de 1912, um italiano de 1949 e um norte-americano de 1960.

Sobre as contribuições da doutrina (em âmbito internacional e nacional), a autora referenciada descreve que:

> Especificamente sobre o *direito à honra*, inexpressiva é contribuição doutrinária. Encontramos em alguns tratados de direito civil, na doutrina alienígena, referências esparsas. Apenas a notável obra de De Cupis, *Os direitos da personalidade*, em capítulo especial, que trata do direito à honra, ao resguardo pessoal e ao segredo, traçou com clareza e objetividade o conceito, cuidou da sanção civil, da tutela civil independente da penal e da defesa contra o descrédito do concorrente. Na esteira, o argentino Santos Cifuentes, em *Los derechos personalisimos*, 1974, em algumas páginas, dedicou-se ao mesmo tema, mas não chegou a dar maiores contribuições, a não ser quanto ao exame de alguns casos clássicos de configuração da lesão desse direito. Merece ainda destaque os estudos do espanhol José Castán Tobeñas. Em *Los derechos de la personalidade*, 1952, estudou, em um item destacado, *el derechi al honor*, seu conceito, a tutela civil e citou as primeiras jurisprudências deste século sobre aquele direito. No Brasil, Antônio Chaves e Carlos Alberto Bittar deram suas contribuições sobre o tema. (Amarante, 2005, p. 36)

Em relação ao tratamento da temática no ordenamento jurídico brasileiro, Aranha (2005, p. 11) destaca que a primeira legislação criminal foi no *Código Criminal* de 16 de dezembro 1830, mais especificamente na *Secção III Calumnia e injuria*, inspirada na distinção francesa entre calúnia e injúria. "Portanto, de um lado o fato determinado criminoso (art. 229, calúnia) e do outro todas as demais formas de ofensa à honra (art. 236, injúria)."

> SECÇÃO III Calumnia e injuria *Art. 229. Julgar-se-ha crime de calumnia, o attribuir falsamente a algum um facto, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha lugar a acção popular, ou procedimento official de Justiça. Art. 230. Se o crime de calumnia fôr commettido por meio de papeis impressos, lithographados, ou gravados*, que se distribuirem por mais de quinze pessoas contra corporações, que exerçam autoridade publica. Penas – de prisão por oito mezes a dous annos, e de multa correspondente à metade do tempo. [...]. *Art. 236. Julgar-se-ha crime de injuria: 1º Na imputação do um tacto [facto] criminoso não comprehendido no artigo duzentos e vinte e nove. 2º Na imputação de vicios ou defeitos, que possam expôr ao odio, ou desprezo publico. 3º Na imputação vaga de crimes, ou vicios sem factos especificados. 4º Em tudo o que pôde prejudicar a reputação de alguem. 5º Em discursos, gestos, ou signaes reputados insultantes na opinião publica*. (Brasil, Presidência da República, 1830, grifo nosso)

Aranha (2005, p. 12) explica que o Código Penal brasileiro de 1890 (Código Republicano),[176] mais especificamente no Título XI Dos crimes contra a honra e a boa fama, Capitulo Único Da calúnia e da injúria, manteve a dicotomia calúnia e injúria, a primeira definida no art. 315 e a segunda, no art. 317. No entanto, observa que a injúria real era prevista no capítulo das lesões corporais.

> Título X Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida [...] Capítulo V Das lesões corporais. Art. 305. Servir-se alguém, contra outrem, de instrumento aviltante no intuito de causar-lhe dor física e injuria-lo: Pena – de prisão celular por um a três anos. Título XI Dos crimes contra a honra e a boa fama Capítulo Único Da calúnia e da injúria *Art. 315. Constitui calúnia a falsa imputação*

176 Os autores consultados não mencionam mudanças significativas em relação à honra nos códigos civis brasileiros de 1832 e 1841.

> *feita a alguém de fato que a lei qualifica crime*. Parágrafo único. É isento de pena o que provar ser verdadeiro o fato imputado, salvo quando o direito de queixa resultante dele for privativo de determinadas pessoas. [...]. *Art. 317. Julgar-se-há injúria: a) a imputação de vícios ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possam expor a pessoa ao ódio ou desprezo público; b) a imputação de fatos ofensivos da reputação, do decoro e da honra; c) a palavra, o gesto, ou sinal reputado insultante na opinião pública*. (Brasil, Câmara dos Deputados, 1890, grifo nosso)

Atualmente, no cenário brasileiro, a honra é protegida no âmbito constitucional (no art. 5º, inciso X da Constituição), penal (no capítulo dos crimes contra a honra do Código Penal) e civil (no art. 20 do Código Civil) e em legislações especiais, como o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa, o Código Penal Militar, o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Segurança Nacional.

Em relação ao disposto no atual Código Penal, Aranha (2005, p. 12) comenta que:

> mostrando uma técnica mais apurada, passou a distinguir as três modalidades – a calúnia, a difamação e a injúria –, cada qual com a sua característica própria, penas diversas e objeto de exame em capítulos separados. [...] a difamação, pelas leis anteriores, era desconhecida com tal nome e sem constituir figura própria, porém estava representada e incluída na injúria, como uma subespécie. Passou apenas a merecer um destaque próprio, como figura criminal autônoma.

Eis o disposto no Código Penal brasileiro vigente (Brasil, Presidência da República, 1940, grifo do original):

> CAPÍTULO V Dos crimes contra a honra. *Calúnia*. Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º – Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º – É punível a calúnia contra os mortos. *Exceção da verdade*. § 3º – Admite-se a prova da verdade, salvo: I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141; III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. *Difamação*. Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. Exceção da verdade. Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. *Injúria*. Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º – O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela lei n. 10.741, de 2003) Pena – reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela lei n. 9.459, de 1997) *Disposições comuns*. Art. 141. As penas cominadas neste capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I – contra o presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II – contra funcionário público, em razão de suas funções; III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela lei

n. 10.741, de 2003) Parágrafo único – Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. *Exclusão do crime*. Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; II – a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício. Parágrafo único – Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade. *Retratação*. Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena. Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. (Incluído pela lei n. 13.188, de 2015) Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa. Art. 145. Nos crimes previstos neste capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela lei n. 12.033. de 2009)

No Código Civil brasileiro vigente (Brasil, Presidência da República, 2002), a honra é abordada no art. 20, a saber:

> 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.[177]

As três modalidades de ofensa à honra (calúnia, difamação e injúria) também são tratadas com suas características próprias e de forma independente no Código Eleitoral, na Lei de Imprensa e no Código Penal Militar.

No Código Eleitoral (Brasil, Presidência da República, 1965), elas são abordadas nos artigos 324, 325 e 326, a saber;

> Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa. § 1° Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida: I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II – se o fato é imputado ao presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. Art. 325.

177 Cabe relembrar o disposto na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2012), julgada procedente em 10/6/2015, requerida pela Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel em 5/7/2012, cuja decisão final estabelece que o artigo em questão não se aplica quando se tratar de biografias.

> Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa. Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção até seis meses, ou pagamento de 30 a 60 dias-multa. § 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – se o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção de três meses a um ano e pagamento de 5 a 20 dias-multa, além das penas correspondentes à violência prevista no Código Penal. Art. 327. As penas cominadas nos artigos 324, 325 e 326, aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I – contra o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; II – contra funcionário público, em razão de suas funções; III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa.

No Código Penal Militar (Brasil, Presidência da República, 1969), a calúnia, a difamação e a injúria são citadas entre os arts. 214 e 219, praticamente nos mesmos termos em que são tratadas no Código Penal, com algumas poucas diferenças em relação às sanções previstas e aos envolvidos. Já na Lei de Segurança Nacional (Brasil, Presidência da República, 1983) o assunto é abordado no art. 26, sendo citadas apenas a calúnia e difamação:

> Caluniar ou difamar o presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

A Lei de Imprensa (Brasil, Presidência da República, 1967) trata da calúnia no art. 20, da difamação no art. 21 e da injúria no art. 22:

> Art. 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região. § 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa. § 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. § 3º Não se admite a prova da verdade contra o presidente da República, o presidente do Senado Federal, o presidente da Câmara dos Deputados, os ministros do Supremo Tribunal Federal, chefes de Estado ou de governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos. Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região. § 1º A exceção da verdade somente se admite: a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido permite a prova. § 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele. Art. 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região. Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena: a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. Art . 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o presidente da República, presidente do Senado, presidente da Câmara dos Deputados, ministro do Supremo Tribunal

> Federal, chefe de Estado ou governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos; II - contra funcionário público, em razão de suas funções; III - contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.

No Código Brasileiro de Telecomunicações (Brasil, Presidência da República, 1962), a questão é tratada da seguinte forma:

> Art. 53. Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no país, inclusive: [...] i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativos, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros; (Redação dada pelo decreto-lei n. 236, de 1968)

Enfim, destaca-se que, de acordo com o entendimento de Aranha (2005, p. 12), "a atual legislação está absolutamente correta ao estabelecer três figuras distintas – a calúnia, a difamação e a injúria –, pois cada uma delas guarda características própria, além de haver, induvidosamente, uma graduação nas ofensas". Assim, no âmbito deste trabalho, optou-se por considerar a distinção entre as três modalidades de ofensa à honra, as quais serão tratadas com mais detalhes a seguir.

Conceitos das figuras penais: calúnia, difamação e injúria

Amarante (2005, p. 96, grifo nosso) explica que, dentre as ofensas à honra, a calúnia é considera o ilícito mais grave por se tratar de "*um fato determinado e criminoso* e não em atribuições vagas" e assim conceitua o termo: "pelo teor das disposições do artigo 138 do Código Penal brasileiro, a *calúnia* pode ser conceituada como imputação falsa a alguém da prática de ato definido como crime. *Integra, pois o conceito, [1] a falsidade da imputação e [2] a ilicitude do ato*" (Amarante, 2005, p. 96, grifo nosso).

Aranha (2005, p. 55-56), por sua vez, relata que o vocábulo "calúnia", oriundo da expressão latina *calomniae*, significa "o ato praticado por alguém visando a desacreditar terceira pessoa publicamente, através de acusações falsas". Também descreve que "a calúnia é composta de três elementos distintos, a saber: a) a falsidade da imputação; b) a imputação de um fato determinado; e c) o fato deve constituir crime".

A respeito do primeiro elemento que compõe a calúnia, a falsidade da imputação, Aranha (2005, p. 56) explica que "a referência desabonadora à honra da vítima deve ser não verdadeira, isto, é falsa, pois se assim não for a acusação feita é objetivamente lícita e juridicamente indiferente". Nesse caso, o autor expõe que a falsidade pode ocorrer em duas hipóteses: 1) quando o fato atribuído não é verdadeiro (fato falso) e 2) quando o fato atribuído é verdadeiro, porém a pessoa visada é inocente.

Vale destacar que tanto Aranha (2005) quanto Amarante (2005) fazem referência a situações em que a inverdade da imputação pode não ser imprescindível. Segundo eles, isso ocorre quando a lei não admite expressamente a exceção da verdade (*exceptio veritalis*), ou seja, quando a veracidade, ou não, da acusação feita pouco importa. No entanto, Amarante (2005,

p. 96) ressalta que, no caso brasileiro, "a nossa lei admite a *exception*, uma vez que a apuração da verdade interessa à ordem pública".

Em relação ao segundo elemento que compõe o ato da calúnia, Aranha (2005, p. 56) explica que "a acusação falsa deve ser exteriorizada através de um fato determinado". No entanto, menciona que o entendimento do termo "fato determinado" não se mostra uniforme na doutrina e na jurisprudência e faz referência a duas correntes de pensamento.

De acordo com Aranha (2005, p. 57), os seguidores da primeira corrente, consideram que:

> o fato torna-se determinado quando traz todos os elementos que permitam concluir pela credibilidade da acusação feita. [...] para esta primeira corrente o fato considera-se como determinado, portanto, satisfazendo o segundo requisito, quando exteriorizado através de elementos que levem à credibilidade de quem dele tomou conhecimento. Como disse Gasca, citando Nélson Hungria, 'o fato é determinado toda vez que, através das palavras que o asseveram, orais, escritas ou impressas, quem quer que o tenha ouvido ou lido pode formar um juízo suficiente de sua consistência especial'. Logo, não é necessária a exteriorização do fato com todos os seus elementos, as suas circunstâncias, bastando que, da narrativa feita, possa-se chegar a um juízo de credibilidade. Exemplo: 'Fulano furtou o relógio que beltrano havia recebido dos amigos, quando de sua promoção'. É o suficiente, pois traz um juízo de credibilidade, sem a necessidade de se dizer como, quando e de que marca. Para tal corrente deixará de haver crime de calúnia ou então poder-se-á falar em crime impossível quando da acusação, embora detalhada, apresentar fato totalmente inverossímil, isto é, aquele no qual não se possa absolutamente acreditar.

Por sua vez, segundo o mesmo autor, o grupo que segue a segunda corrente parte do princípio de que:

> temos um fato determinado, portanto suficiente para caracterizar o crime, quando permitir a pessoa atingida possa fazer prova relativa à sua inocência. Embora o ofendido pela calúnia não tenha que fazer prova de sua inocência, pois o ônus probatório quanto à veracidade da acusação é todo ele do incriminado, o atingido pode querer fazer prova de que o fato criminoso a ele atribuído é falso. E tal defesa somente poderá ser possível se forem apresentados elementos circunstanciais que permitam a contraprova. Assim, para tal corrente o fato torna-se determinado quando permitir pelos elementos exteriorizados, que o atacado possa fazer a contraprova, isto é, demonstrar sua inocência. (Aranha, 2005, p. 58)

Ressalta-se que o próprio Aranha tece críticas à segunda corrente e recomenda seguir a primeira, a saber:

> Referida corrente peca porque o atingido não tem que fazer prova alguma, presumindo-se, sempre, sua inocência, cabendo ao querelado comprovar a *exceptio veritatis*, se o caso permitir. *A nós parece que a primeira corrente merece ser seguida: o fato considera-se como determinado quando os elementos exteriorizados admitem haver condições para acreditar na narrativa que chegou ao seu conhecimento*. (Aranha, 2005, p. 58, grifo nosso)

De qualquer forma, importa, para este trabalho, compreender que, se o fato não for determinado, não haverá a figura típica da calúnia.

Sobre o terceiro elemento que compõe a calúnia, Aranha expõe o seguinte:

> *O terceiro elemento diz respeito à necessidade de o fato exteriorizado constituir um crime*. Adotando nosso Código a divisão dicotômica (crime ou delito e contravenção), deu à expressão 'crime' um sentido determinado, excluindo as contravenções.

> Basta que seja crime, quer previsto no Código Penal, quer em legislação especial. *No caso de o fato determinado ser figura contravencional não haverá calúnia, mas sim difamação* pois, como afirmado, a expressão 'crime' contida na figura típica tem seu significado próprio e específico. (Aranha, 2005, p. 58, grifo nosso)

A esse respeito, Amarante (2005, p. 96, grifo nosso) tece o seguinte comentário:

> Os ilícitos de calúnia e difamação são considerados afins, pois ambos lesam a honra objetiva e requerem a comunicação a terceiros. Entretanto, distinguem-se nitidamente nos elementos objetivos, porque, *na calúnia há exigência de que o fato imputado seja considerado delituoso, enquanto que na difamação este requisito não é mister.*

Quanto aos conceitos de crime (delito) e contravenção no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o art. 1º do decreto-lei n. 3.914/1941 – Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941) – estabelece o seguinte: "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Como se percebe, a diferença se limita à pena imposta, tendo em vista o índice de gravidade considerado por ocasião da elaboração de uma norma jurídica.

Dando prosseguimento, ainda sobre a calúnia, Amarante (2005, p. 96) esclarece que, de acordo com o disposto no §1º, art. 138, do Código Penal, "na mesma pena incorre, isto é, também comete o delito, aquele que divulga ou propala, espalha a imputação, sabendo-a falsa". O autor (2005, p. 59) denomina "delito de propalação ou divulgação da calúnia".[178] Nesse sentido, conforme expressa Aranha (2005, p. 59), "o delito da calúnia pode ser cometido de duas formas: primeiro, por quem, tomando a iniciativa, formula e exterioriza a ofensa falsa; depois, por quem sabedor da falsidade da imputação feita por terceiro, a transmite, propala ou divulga".

Em se tratando da difamação, Aranha (2005, p. 63), de antemão, faz a seguinte explanação:

178 Em relação aos termos propalar e divulgar, Aranha (2005, p. 59) explica o seguinte: "Segundo o filólogo Antenor Nascentes, 'propalar' tem seu sentido próprio, deferindo de propagar, promulgar, espalhar ou noticiar, pois significa 'anunciar com cautela, habilidade, clandestinidade, certa reserva', demonstrando que, na ação, o agente visa habilmente a transferir a responsabilidade a um terceiro. É a conhecida ação de quem procura escapar da responsabilidade pela *relata retuli*, usando as conhecidas expressões: 'ouvi dizer', 'dizem', 'eu não sei de nada, ouvi', 'é o que consta por aí', 'é a voz do povo' etc. Por seu turno, segundo o mesmo mestre, 'divulgar' significa 'espalhar pelo vulgo', que por sua vez, significa 'na boca do povo'. Portanto, divulga quem coloca um fato 'na boca do povo'. No dizer de Nélson Hungria, 'propalar' diz respeito a um relato verbal, ao passo que 'divulgar' é exteriorizar por qualquer outro meio".

> ‘Difamar’ tem sua origem etimológica no temo latino *diffamare*, significando literalmente ‘falar mal de alguém’. Das derivações ‘difamador’ ou ‘difamante’, significando o que difama, e ‘difamatória’, representando o conter uma difamação. Em sentido vulgar ter como significado ‘tirar a boa fama’ ou ‘desacreditar publicamente’, como indicam os dicionaristas.

E complementa: “A difamação é um *minus* em relação à calúnia, mas um *majus* no tocante à injúria. Trata-se, na verdade, de uma figura intermediária, no sentido de gravidade, entre os crimes contra a hora” (Aranha, 2005, p. 64).

Sobre a conexão e a distinção entre calúnia, difamação e injúria, Amarante (2005, p. 98) declara o seguinte:

> A conexão da difamação com a calúnia traduz-se justamente pela atribuição, na difamação, de fato concreto lesivo à reputação, mas daquela última difere, porque o fato não é elencado como criminoso. Difere a difamação da injúria e apresenta-se mais gravosa, uma vez que consiste na imputação de fato ou conduta concreta e precisa (tal como se dá na calúnia) e não se refere a vícios e defeitos morais, que atingem a integridade moral do ofendido.

Fazendo referência ao entendimento no cenário italiano, Aparecida Amarante (2005, p. 97) descreve que, na difamação, em função do ofendido não estar presente para se justificar ou rebater a acusação, a ofensa é mais grave que na injúria. “O ofendido, estando presente, tem a faculdade de devolver a acusação, justifica-la e desfazer as más impressões. O dano imediato será mínimo e o dano mediato, por certo não ocorrerá” (Amarante, 2005, p. 97).

Diante das considerações acima, a referida autora destaca como o conceito de difamação é tratado no ordenamento jurídico brasileiro:

> Acatando o conceito de *difamação*, sustentado em nossa lei penal, esta consiste na imputação a alguém de fato não criminoso, mas lesivo à sua reputação, mesmo que tal fato seja verdadeiro. No direito brasileiro, a exemplo do que sucede na lei italiana, a punição da difamação visa à proteção da honra objetiva (reputação, bom nome). (Amarante, 2005, p. 97)

Aranha (2005, p. 64), por sua vez, assinala que a caracterização da difamação também se dá por três elementos distintos: 1) “a imputação de um fato determinado”; 2) “que o fato seja ofensivo à reputação alheia, verdadeiro ou não”; 3) “a comunicação do fato a terceiro, ao menos uma pessoa”.

Como a conceituação de fato determinado é idêntica ao estabelecido no caso de calúnia apresentado anteriormente, a seguir serão abordados apenas o segundo e o terceiro elementos que compõem a difamação.

A respeito do segundo elemento, Aranha (2005, p. 65) registra que:

> O fato ofensivo, por seu turno, pode ser verdadeiro ou falso, como também pouco importa o conhecimento do agente sobre a realidade ou a mendacidade. [...]. Na difamação [...] é irrelevante saber se o fato é verdadeiro ou não, pois no caso não há um interesse social na sua exteriorização, mas sim o de impedir que alguém se torne censor da conduta de seu semelhante.

Para que aconteça a difamação, faz-se necessário que o fato, verdadeiro ou não, seja ofensivo à reputação de alguém, sendo essa última

assim definida por Aranha (2005, p. 65): "'Reputação' tem sua origem em *reputatione*, significando fama, renome, conceito ou consideração de uma pessoa num círculo social. Portanto, fato atentatório à reputação é aquele que atinge o nome, a honra ou conceito de uma pessoa, num dos inúmeros agrupamentos sociais em que projeta sua vida".

Com relação ao terceiro elemento que compõe a difamação, Aranha (2005, p. 65) esclarece que "como se trata de lesão à honra objetiva, à honra externa de alguém", é necessário que a ofensa seja transmitida e conhecida por terceiros, independentemente do número de pessoas. Nesse sentido, o autor chama a atenção para a seguinte questão:

> é preciso que o fato determinado ofensivo seja transmitido e conhecido a pessoa diversa da pessoa atingida. Se, por ventura, assacado contra o próprio ofendido, caracteriza-se a injúria, ainda que este, posteriormente, venha a comunicá-lo a terceiro. Em resumo: visando a figura típica em questão à honra objetiva, é preciso que o fato seja transmitido e conhecido por terceiro, pois lançando-se contra o próprio ofendido, a ofensa se dirige à sua dignidade, ao seu decoro, jamais à sua reputação.

Em relação à injúria, Aranha assinala que, popularmente, o termo apresenta sentido amplo,[179] no entanto, como figura típica penal refere-se à proteção da honra subjetiva:

> A ofensa injuriosa visa a atingir o ofendido em seu brio pessoal ou pundonor. Enquanto a calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, a injúria agride a honra subjetiva. Nas duas primeiras visa-se a atingir o ofendido perante terceiros, levando-o ao descrédito moral. Na última, como já realçado, atinge-se o brio pessoal. (Aranha, 2005, p. 71)

Amarante (2005, p. 98-99) comenta que a injúria representa um delito menos grave, uma vez que a imputação se refere "a vícios, qualidades negativas que atingem a dignidade da pessoa" e complementa que, por se tratar de uma ofensa à honra subjetiva, não é preciso "que haja comunicação a outrem, como nos dois delitos anteriores".

Fazendo referência à relação do termo injúria, no art. 140 do Código Penal pátrio,[180] com os termos dignidade e decoro, Amarante (2005, p. 99) tece a seguinte observação: "a nossa lei penal, utilizando das expressões *dignidade* e *decoro*, deita, implicitamente, diferença entre as duas terminologias. *Dignidade*, entendida como juízo que a pessoa tem da própria honra, o sentimento da própria honorabilidade; *decoro*, no sentido de decência, respeitabilidade e consideração merecida".

A autora citada também observa que alguns juristas bipartiram o conceito de injúria em absoluta e relativa, a saber: "na absoluta, a expressão

179 "Afronta, agravo, insulto, ofensa, ultraje, agressão a determinada pessoa por meio de palavras, atos, inventivas ou gestos insultantes" (Aranha, 2005, p. 71).

180 "Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro" (Brasil, Presidência da República, 1940).

tem um significado ofensivo único para todas as pessoas, sem variantes ou atenuantes; na relativa, a expressão manifestada adquire caráter injurioso, conforme a pessoa a quem é endereçada, o lugar, circunstância, tempo, etc." (Amarante, 2005, p. 99).

Amarante (2005) chama a atenção para o fato de que, segundo o Código Penal brasileiro, há circunstâncias agravantes quando as manifestações injuriosas envolvem: 1) "violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes" (§ 2º, art. 140); e 2) "utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência" (§ 3º, art. 140) – também denominada "injúria preconceituosa".

Vale registrar que o mesmo artigo do Código Penal, no § 1º, itens I e II, estabelece a possibilidade do perdão judicial em caso de injúria em duas hipóteses: 1) "quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria"; e 2) "no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria" – resposta imediata.

Aranha (2005, p. 71-72) assinala que a injúria se caracteriza por intermédio de três elementos, a saber: 1) "uma afirmativa genérica"; 2) "ofensiva à dignidade ou decoro"; e 3) "feita diretamente ao ofendido e por ele entendida".

Diferentemente do que ocorre no caso da calúnia e da difamação, a injúria não depende de um fato determinado (um acontecimento certo). Ela se caracteriza por intermédio de uma afirmativa genérica de qualidade depreciativa ou reprovável. Aranha (2005, p. 72) assim explica:

> se caracteriza por uma imputação genérica, imprecisa ou vaga, que deve conter em relação ao ofendido uma atribuição depreciativa de qualidade, vício ou defeito, demonstrando a opinião pessoal do ofensor. Se acompanhada de um fato determinado que sirva para caracterizar a ofensa feita, desloca-se para a calúnia ou difamação, dependendo da hipótese. [...]. Há no caso, a exteriorização de uma opinião pessoal, do conceito sobre alguém, sem a menção de fatos determinados ou concretos, porém pela palavra insultuosa, pelo epíteto aviltante e ultrajante, pelo xingamento, por um impropério, por um gesto ultrajante. Em resumo: por qualquer forma que represente uma opinião pessoal exteriorizada pela zombaria, pelo escárnio, pelo ridículo, pelo desprezo, ou ludíbrio.

Como pode ser observado, para que seja considerada injúria, a afirmativa genérica deve estar relacionada à dignidade do indivíduo – seu sentimento de valor moral ou honorabilidade – e/ou ao seu decoro – seu sentimento de decência, consideração e respeitabilidade pessoal.

Aranha (2005) acrescenta que, *em se tratando de injúria*, é preciso considerar o contexto em que foi proferida, associando-o 1) à personalidade do indivíduo e suas diferenças pessoais e sociais (idade, sexo, meio de vida, ambiente social, posição civil ou militar, além de outras) e 2) ao sentido e à forma como o termo foi utilizado.

> Na apreciação da ofensa devem ser levados em consideração dois fatos bastante relevantes: o sentido, apreciado de acordo com as condições do lugar, qualidade das pessoas e a maneira como proferida, como recebida pela vítima, sua sensi-

> bilidade etc., e por fim, a transformação dos termos. Os diversos círculos sociais existentes na sociedade como um todo têm comportamentos os mais variados, de sorte que uma palavra pode ser insultuosa num deles, inócua no outro e até elogiosa num terceiro. [...] o termo usado deve ser examinado dentro do contexto, pois, conforme o relacionamento entre as partes, pode ser recebido paradoxalmente, até como um elogio ou traduzindo uma qualidade recebida pelo ofendido como positiva. Exemplo: 'É o melhor falsificador que eu conheço'; 'como arrombador não poderia te apresentar um melhor'; 'É a prostituta mais cortejada da casa'; 'É vendedor que melhor sabe enganar o comprador' etc. Tais informações, aparentemente injuriosas, perdem o caráter ofensivo na dependência do contexto em que proferidas, sob o prisma subjetivo podem ser proferidas sem a intenção de ofender, mas sim de atribuir uma qualidade positiva, um elogio. [...] para saber se houve injúria ou não, deve ser abstraído o real sentido do termo usado, para se o examinar diante de uma eventual transformação operada. Certas expressões gozam de duplo sentido: um o sentido léxico, o registrado nos dicionários; outro, o sentido chulo, de conotação pejorativa, registrado nos dicionários de gíria. Os vocábulos 'vaca', 'veado', 'abobrinha', etc. transformam-se em ofensas, em injúria, quando empregados no sentido chulo, na gíria, na conotação pejorativa. Estes dois fatores devem ser observados: como proferida a palavra considerada como ofensiva e em que sentido lançada contra o ofendido. Por fim deve ser observada a advertência feita por Nélson Hungria: 'Não é de confundir-se a injúria com a incivilidade ou a simples expressão grosseira, que apenas revela falta de educação'. (Aranha, 2005, p. 73-74)

Enfim, para que a injúria seja consumada, é necessário que a ofensa proferida seja feita ou chegue ao conhecimento do indivíduo que foi ofendido. "É preciso que o atingido ouça, leia ou perceba a ofensa que lhe é feita. É totalmente irrelevante o fato de a ofensa ter chegado ou não ao conhecimento de um terceiro, pois o momento consumativo da injúria ocorre quando dela toma conhecimento o ofendido" (Aranha, 2005, p. 75).

Apresentados os conceitos e características das figuras penais que representam delito ou ofensa à honra – calúnia, difamação e injúria –, segue, a seguir, um quadro elucidativo elaborado por Aranha, no qual são destacadas suas especificidades, semelhanças e diferenças substanciais (Quadro 12).

Quadro 12 Características das figuras penais calúnia, difamação e injúria

Característica	Calúnia	Difamação	Injúria
objetividade jurídica	honra objetiva	honra objetiva	honra subjetiva
exteriorização	fato determinado	fato determinado	afirmação genérica
a verdade do fato	torna o fato atípico	irrelevante	irrelevante
consumação	quando conhecida de terceiro	quando conhecida de terceiro	quando conhecida pela vítima

Fonte: Aranha (2005, p. 86).

Compreendidas as figuras penais calúnia, difamação e injúria, julgou-se importante colocar em pauta, no subcapítulo a seguir, algumas questões a respeito da natureza jurídica do direito à honra.

A natureza jurídica autônoma do direito à honra e sua relação com outros direitos

A respeito da natureza jurídica do direito à honra, Amarante descreve o seguinte:

> não há dúvida alguma de que a maioria dos autores está convicta em figurar o direito à honra como um direito cuja finalidade é a proteção da dignidade da pessoa, componente da integridade moral. Em qualquer dos critérios adotados na especificação desses direitos, *o direito à honra fulgura em espaço próprio, reservado, forçando-nos a confirmar que se trata de um direito autônomo*. Não nos parece ser outra a concepção e, mesmo entre outros estudiosos dos direitos da personalidade, não encontramos posição capaz de levar a um raciocínio contrário. (Amarante, 2005, p. 124, grifo nosso)

E complementa:

> O caráter múltiplo da honra não lhe retira sua fundamental unidade [...]. Mesmo que revertida de aspectos especiais, como o sexo, a nacionalidade, a religião, a profissão, a família, etc., prevalece o entendimento de não se negar à honra a natureza de um direito único. (Amarante, 2005, p. 125)

No que tange às características que compõem a natureza jurídica do direito à honra, Amarante (2005) elenca: a unicidade, o absolutismo, a originalidade, a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade em razão da morte. Características essas que estão apresentadas de forma resumida no Quadro 13, a seguir:

Quadro 13 Natureza jurídica e caracteres do direito à honra

Característica	Comentários de Amarante (2005)
Unicidade	"O caráter múltiplo da honra não lhe retira sua fundamental unidade [...]. Mesmo que revestida de aspectos especiais, como o sexo, a nacionalidade, a religião, a profissão, a família, etc. prevalece o entendimento de não negar à honra a natureza de um direito único ". (Amarante, 2005, p. 125)
Absolutismo	"Por esse caráter, a honra manifesta-se numa atitude que envolve o respeito de todas as pessoas. [...]. Como bem personalíssimo, a oponibilidade do direito à honra é *erga omnes*, sendo a sua violação vedada a todas as pessoas, e impõem-se mesmo ao próprio Estado, que tem o dever de exigir o seu respeito e garanti-lo. Impõem-se até ao próprio titular". (Amarante, 2005, p. 125-126)
Originalidade	"Este caráter quer significar que a existência da honra coincide com a existência da pessoa, infalivelmente a ela unida, enquanto sujeito de direito. É um direito da própria existência que tem vigência efetiva a partir do nascimento da pessoa. [...]. O caráter originário dos direitos da personalidade leva à conclusão de que esses direitos acompanham a pessoa até a sua morte e, para sua aquisição, não há necessidade de utilização ou concurso de outros meios, além do fato do nascimento". (Amarante, 2005, p. 126-127)
Extrapatrimonialidade	"Caracteriza-se pela ausência de conteúdo econômico e, consequentemente, pela insuscetibilidade de uma avaliação em dinheiro. [...]. Apesar desse caráter, nada impede que haja reflexos econômicos oriundos desse direito, consequências indiretas ou imediatas. Isso, entretanto, não lhe retira o caráter da extrapatrimonialidade nem confunde com patrimonialidade, pois a honra, como muitos direitos, pode constituir-se em fonte de entradas econômicas. [...] a honra permite a consecução de bens econômicos e exteriores, mas não se identifica com esse e continua a ter o seu objeto interiormente na pessoa". (Amarante, 2005, p. 127)
Indisponibilidade	"Decorrente de seu caráter instransmissível, inexiste a faculdade de disposição desse bem, por qualquer das modalidades existentes, seja a título gratuito, seja oneroso. O titular do direito à honra tem as faculdades de uso e gozo, não lhe sendo permitido fazer-se substituir por outrem, face à exclusividade constitutiva desse bem jurídico". (Amarante, 2005, p. 127-128)

Característica	Comentários de Amarante (2005)
Imprescritibilidade	"Decorrente do caráter indisponível e extrapatrimonial, o decurso do tempo não exerce influência neste particular e não perderá o direito à honra, o indivíduo que permanecer inerte, porque a prescrição tem como objeto os direitos patrimoniais e disponíveis. Relativamente ao direito de ação para ressarcimento dos danos, este não poderá ficar *ad perpetuum* à espera de manifestação de seu titular e a lei marca prazo para sua atuação". (Amarante, 2005, p. 132)
Intransmissibilidade	"Por constituir-se a honra em um bem inerente à pessoa, este caráter não pode faltar. Ao contrário, se se admitisse a sua transferência da esfera jurídica de um indivíduo para outro, haveria a desnaturação desse bem como direito personalíssimo e acarretaria um caos à integridade moral da pessoa, que dela necessita para desenvolver-se completamente na esfera social e individual. [...] por consistir esse bem imanente à pessoa mesma, este direito é, por força desta circunstância, intransmissível aos herdeiros. A proteção jurídica a partir da morte do *de cujus*, pertence à família, como direito próprio, novo, que não transmitido em razão da morte".[181] (Amarante, 2005, p. 133 e p. 136)

Fonte: elaborado pelo autor com base em Amarante (2005).

Todavia, mesmo considerando o direito à honra enquanto um direito autônomo, não se pode negar sua relação com outros direitos, como a vida privada, a intimidade, a imagem, a identidade pessoal e a propriedade. Relações essas tratadas a seguir.

Honra, vida privada e intimidade

A relação entre honra e vida privada é tratada por Amarante (2005, p. 71, grifo do original) da seguinte maneira:

> Nas pegadas de Giorgio Gianpiccolo, reconhecemos que a honra está enquadrada na vida de relação do indivíduo, enquanto que a *vida privada* (que nós aqui consideramos em sentido lato[182]) atém-se ao aspecto da individualidade, isto é, reflete aspiração do indivíduo em conservar a paz de espírito, tranquilidade interior [...].

Além disso, a autora em questão tece o seguinte comentário:

> A honra não significa um valor originário, ético, estanque, mas compreende elementos morais vigentes, de acordo com o desenvolvimento de cada sociedade e da personalidade do indivíduo. Tratando-se tanto da vida pública quanto da vida privada, a moral não sofre desvios conceituais e recebe um tratamento único. Doutrinadores tentaram construir uma moral pública baseada em princípios diversos daqueles determinantes da moral privada. A jurisprudência italiana, porém, confirmou que a vida pública está sujeita ao controle da moral comum, ou seja, a inobservância da palavra empenhada, o descumprimento da obrigação assumida, a deslealdade, mesmo que referentes a exercício da vida pública, atingem a reputação do indivíduo. (Amarante, 2005, p. 72-73)

Sobre a distinção entre o direito à honra e o direito à intimidade, tal autora traz excelentes argumentos e justificativas:

> A doutrina moderna insurge-se contra esses erros de classificação dos direitos da personalidade, como enfatiza que a tutela da honra é independente da tutela

181 Destaca-se que as questões relacionadas à existência de um direito à honra do morto e se há uma herança moral ou novo direito da família não são pacíficas entre os doutrinadores. Optou-se por seguir a visão de Amarante (2005): 1) o direito à honra de um indivíduo encerra-se com sua morte e, portanto, o morto não tem direito à honra; 2) no caso de uma ofensa à memória do indivíduo falecido, tem-se um novo direito do qual a portadora é a sua família.

182 O conceito de vida privada será trabalhado aqui com mais aprofundamento em capítulo próprio.

> da intimidade. Se a honra, conforme anotamos significa 'a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa', a *intimidade*, em sentido oposto, quer justamente significar a subtração da consideração de terceiros, da publicidade e permanência da tranquilidade. Ou seja, significa o direito de impedir a divulgação de certos acontecimentos, palavras, atos, escritos, pertencentes à esfera privada ou íntima. Por não se confundirem os mencionados direitos é que se verifica uma ofensa à honra, sem que seja atingida a intimidade ou vice-versa, bem como se comprova lesão a ambas concomitantemente. (Amarante, 2005, p. 73, grifo do original)

Amarante (2005, p. 74, grifo do original) reconhece que em muitas situações é evidente a conexão entre a esfera da intimidade[183] e o dano à honra, todavia defende que "na proteção da *intimidade* não se visa ao prejuízo moral ou à indignidade de um ato levado a público", na verdade, o foco é "a violação da paz e da tranquilidade da vida íntima". Ao passo que, no seu entendimento, "o ato ilícito, na configuração da lesão à honra, não supõe que o mesmo suceda mediante indiscrição ou intromissão na vida privada". Dando prosseguimento nos seus argumentos, declara que "confundir os dois direitos não é possível, embora se possa notar uma proteção indireta à intimidade, quando se cuida da proteção à honra". E conclui:

> Em síntese, quando a lesão individual pela indiscrição, compromete a dignidade de alguém, estamos diante da ofensa à honra; quando, porém, a lesão atinge apenas o mencionado resguardo, há ataque à intimidade. Por fim, os ataques à honra tanto recaem na vida privada quanto pública do indivíduo, diferentemente dos ataques à intimidade. (Amarante, 2005, p. 75)

Honra e identidade pessoal

Considerando a relação direito à honra e direito à identidade pessoal, Aparecida Amarante (2005, p. 79-80, grifo do original) também tece considerações:

> Distinto do direito à honra, embora esta se preocupe com o nome do indivíduo (mas no aspecto de reputação social, ou seja, o genericamente denominado 'bom nome'), o direito ao nome destaca-se como categoria autônoma dos direitos da personalidade. [...]. A conexão do direito ao nome nas ofensas à honra faz sentido. Valendo-se da utilização do nome pseudônimo e signo figurativo pode-se atingir a honra. No que se refere ao uso do nome, temos a observar dois aspectos: ofensa à honra pela utilização do nome e usurpação do nome. [...]. No primeiro caso, utilizando-se o nome de determinada pessoa, facilmente identificada pelo público, em que se lhe atribuem indevidamente fatos ou atos, que possam ferir sua reputação individual ou profissional, configura-se lesão à honra e não ao nome. [...]. Na segunda situação, o direito ao nome é lesado pela *usurpação* e esta [...] significa fazer de determinado nome em uso contrastante com sua pertença jurídica, designando com isso ente diverso do seu titular.

Porém, a referida autora justifica que a distinção entre os dois direitos, à honra e à identidade pessoal, tem como fundamento dois pressupostos sociológicos, a saber:

183 O conceito de esfera da intimidade será abordado, de forma detalhada, em capítulo próprio sobre a aplicabilidade do direito à intimidade.

> *Honra refere-se à dignidade social, um conceito basilar de igualdade que diz respeito a todas as pessoas; o direito à identidade liga-se à qualificação social, ou seja, precisa individualização do sujeito, que o distingue dos demais*. Para proteção deste último existem duas modalidades de ação: a de reclamação de seu uso (quando o indivíduo é contestado na utilização de seu próprio nome) e a de usurpação do nome (nome utilizado indevidamente por outrem); no último caso poderá ocorrer lesão à honra se o uso indevido ofende o decoro ou reputação. (Amarante, 2005, p. 81-82, grifo nosso)

Quanto à segunda modalidade citada por Amarante, cabe registrar que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 17, aborda a questão.

> Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. [...]. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. (Brasil, Presidência da República, 2002)

Honra e imagem

No tocante à relação direito à honra e direito à imagem, apesar da temática ter sido explorada neste trabalho em capítulo específico sobre a aplicabilidade do direito à imagem, optou-se por tratar aqui a questão da caricatura ou imagem deliberadamente distorcida. De acordo com Aranha (2005, p. 205), essa questão é "por demais delicada, tormentosa, em se tratando do exame do crime contra a honra por um meio de comunicação". O autor em tela destaca que o próprio conceito de caricatura é, por si só, delicado.

> Pode-se entender caricatura como sendo uma construção por meio de um desenho representativo que, pelo exagero ou pela deturpação dos traços, provoque comicidade. A origem etimológica do termo está na expressão italiana '*caricare*' que quer dizer traços carregados. Segundo ensinamento do Soares Amora, caricatura significa '*desenho burlesco, representação grotesca de pessoas e acontecimentos, imitação cômica* [...]'. Para Anterior Nascente a caricatura é a '*apresentação que provoca risos pelo exagero com que se carregam os traços* [...]'. De caricatura surgiu a expressão 'caricato', *significando pessoa ridícula*. Donde se conclui que *a caricatura é sempre um desenho que [...] tem um sentido de comicidade, expondo ao ridículo quem é evocado. Logo, o objetivo é o burlesco, expor alguém, pelo ridículo, ao riso do seu semelhante*. (Aranha, 2005, p. 205-206, grifo nosso)

Todavia, se uma pessoa é exposta ao ridículo ao ponto de provocar risos ou chacota não se configura injúria? Aranha explica o seguinte:

> Há uma ofensa à sua honra subjetiva, pois a sua respeitabilidade e a sua honorabilidade estão sendo atingidas. E com muito maior gravidade quando a caricatura é lançada por meio de comunicação, quando milhares de pessoas são chamadas a sorrir de alguém, pela deturpação dos traços. *Não temos dúvidas em afirmar que toda caricatura, em tese, traz em seu bojo uma injúria*, já que, quanto mais burlesca for, quanto mais risos provocar, maior será o sucesso do caricaturista. (Aranha, 2005, p. 206, grifo nosso)

No entanto, tal autor também esclarece que:

> Em defesa da possibilidade de excluir o reconhecimento de crime na caricatura temos duas teses: a da exclusão da antijuricidade e o *animi* excludente do dolo. a) Como sabemos todos, os costumes passaram a admitir, desde longa data, a caricatura jornalística, a ponto de notabilizar os caricaturistas e fazer o suces-

> so de periódicos. Ora, se um fato é admitido pelos costumes podemos falar em exclusão de antijuridicidade, mesmo porque sabemos que a boa doutrina reconhece causas de exclusão de antijuricidade extralegal. Admitida pelos costumes, mormente pelos costumes jornalísticos, importa numa causa de exclusão de antijuricidade da ação. b) Para outros não há crime em razão da excludente do *animi injuriandi vel diffamandi*.[184] Haveria, no caso, apenas o *animus jocandi*,[185] com o que a intenção do caricaturista seria apenas a de gracejar, de pilheriar, jamais a de ofender ou atimgir [sic] a honra alheia. E tal *animi* atuaria como causa excludente de dolo. Todavia, é preciso distinguir situações, traçar linhas divisórias pois, se assim não for, a título de pilheriar pode-se macular a honra alheia. (Aranha, 2005, p. 206)

A respeito do uso da caricatura, Amarante (2005, p. 84) explica que:

> O seu uso é consentido, pois quem se expõe ao público, não tem como impedir a veiculação da crítica ou manifestação do juízo que, muitas vezes, são feitos mediante caricatura. A caricatura, que consiste na deformação dos traços fisionômicos da pessoa, é considerada uma expressão de arte, por isso não deve ser tida como ofensiva, exceto se a intenção de ridicularizar seja patente. Se a mesma assume um caráter calunioso, injurioso ou difamatório, não poderá ser veiculada.

Em relação ao uso de fotografias deliberadamente distorcidas, nas quais as imagens são deturpadas pela montagem ou pelo ângulo em que foram tiradas, Aranha (2005, p. 207) esclarece que "para tal hipótese o raciocínio é o mesmo do que foi afirmado em relação às caricaturas".

Honra e propriedade

No tocante à relação entre o direito à honra e o direito à propriedade (propriedade intelectual/criações do espírito/propriedade industrial), Amarante (2005, p. 86-87) apresenta o seguinte ponto de vista:

> Nesse aspecto, como bem integrante da personalidade do criador, este pode impedir que sua criação seja usada ou transformada, de forma a tornar-se lesiva à sua pessoa ou à sua honra. Isso porque toda atividade criativa reproduz peculiaridades da pessoa criadora, distinguindo e caracterizando a sua atitude mental, o que é capaz de sobrelevá-la no campo social.

Em se tratando da lesão à honra no campo da propriedade industrial, tal autora observa que "quando se diz lesão à honra, na realidade o ataque é dirigido à honra e não ao invento ou patente, não podendo ser confundidos o objeto com o veículo e o meio de ataque" (Amarante, 2005, p. 88-89). Nesse caso, também vale destacar aqui o disposto no art. 209 da lei federal n. 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial:

---

184 Por *animus injuriandi vel diffamandi* entenda-se "intenção de ofender a honra" ou "vontade deliberada de macular a honra alheia".

185 Aranha (2005, p. 97) explica que o *animus jocandi* ocorre "quando a intenção do agente não é em absoluto a de ofender a honra alheia, mas apenas gracejar, pilheriar, brincar. A intenção jocosa elimina a aptidão ofensiva das palavras ou dos atos. É encontrada numa roda alegre de amigos, na caricatura de um jornal, num escrito satírico, no humor de uma revista etc. Se a intenção for indiscutivelmente, a de gracejar, não haverá o dolo específico, ainda que a vítima se sinta melindrada. [...]. Deixará de existir o *animus jocandi* quando a pessoa ficar sujeita à galhofa, ao ridículo, a uma piada malévola, à maledicência.

> Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta lei, *tendentes a prejudicar a reputação* ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. (Brasil, Presidência da República, 1996, grifo nosso)

Ainda nesse quesito, a relação entre o direito à honra e o direito à propriedade (propriedade intelectual/criações do espírito/propriedade industrial), Amarante (2005, p. 89) destaca que a lei federal n. 9.610, de 1998 (Brasil, Presidência da República, 1998b), que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, em seu artigo 24, incisos IV e VI, "cuida da defesa da *reputação* ou da *honra*, entre os direitos morais do autor, ou seja, medidas que pode o autor tomar, a fim de não se ver atingido em sua reputação". Vejamos:

> Art. 24. São direitos morais do autor: [...]. IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos *que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra*; [...]. VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, *quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem*; [...]. (Brasil, Presidência da República, 1998, grifo nosso)

Também é relevante colocar em pauta o disposto no artigo 2º da lei federal n. 9.609, de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências:

> Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país, observado o disposto nesta lei. *§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação*. (Brasil, Presidência da República, 1998a, grifo nosso)

Compreendida a natureza jurídica autônoma do direito à honra e sua relação com outros direitos, devem ser abordadas as formas e modos da execução das ofensas morais.

Ofensas morais: formas e modos de execução

Adalberto Aranha (2005, p. 14) explica que "as formas de execução das ofensas morais são quatro, a saber: a oral, a gráfica, a simbólica e a real".

De acordo com o autor em questão, existe distinção entre ofensa oral e ofensa verbal. A ofensa verbal é executada por meio da palavra e pode ser executada tanto através da grafia da palavra (palavra grafada – ofensa gráfica), como por meio da emissão da voz (palavra falada – ofensa oral).

> A ofensa oral, portanto, é a mais comum encontrável, consistente na execução de uma ofensa verbal, através da palavra falada, da emissão da voz, traduzindo um significado. [...]. Em segundo lugar temos a forma de ofensa gráfica, que consiste na reprodução do pensamento ofensivo através da grafia, isto é, a palavra escrita, por qualquer meio mecânico que seja usado. É a colocação da ofensa num papel ou então em qualquer outro elemento que sirva para uma reprodução gráfica (a palavra escrita), ainda que impróprio ou anômalo, como o escrito num muro, no quadro-negro de uma sala de aula, num *outdoor* etc. (Aranha, 2005, p. 14)

Aranha (2005, p. 14) complementa que como a ofensa gráfica compreende o registro em um meio mecânico não se perde com tanta facilidade e, assim, "o crime é instantâneo, embora seus efeitos possam ficar prolongando no tempo".

A respeito da ofensa simbólica, o mesmo autor (2005, p. 15) descreve que consiste "a exteriorização através de um meio material que, por associação de ideias, representa e traduz um pensamento ofensivo". Ou seja, para se compreender a ofensa proferida, é preciso fazer a conjunção de dois elementos: 1) o meio material alegórico e 2) um processo associativo ou dedutivo. Para ilustrar, o autor em tela apresenta os seguintes exemplos:

> Vários são os exemplos de ofensa simbólica, como uma caricatura jocosa, um desenho ofensivo, colocar um rabo de papel numa pessoa, fazer sinais ofensivos pela gesticulação, deixar um feixe de capim na residência do ofendido etc. [...]. A possibilidade é tão grande que o saudoso mestre Nélson Hungria nos apresentou uma forma de ofensa simbólica bem curiosa, através de mandatário irresponsável: ensinar um papagaio a proferir palavras ofensivas a alguém. (Aranha, 2005, p. 15)

Por último, a ofensa real é realizada através das vias de fato ou da violência e se encontra prevista no art. 140, § 2º, do Código Penal, nominada como "injúria real". Nesse caso, ele explica o seguinte:

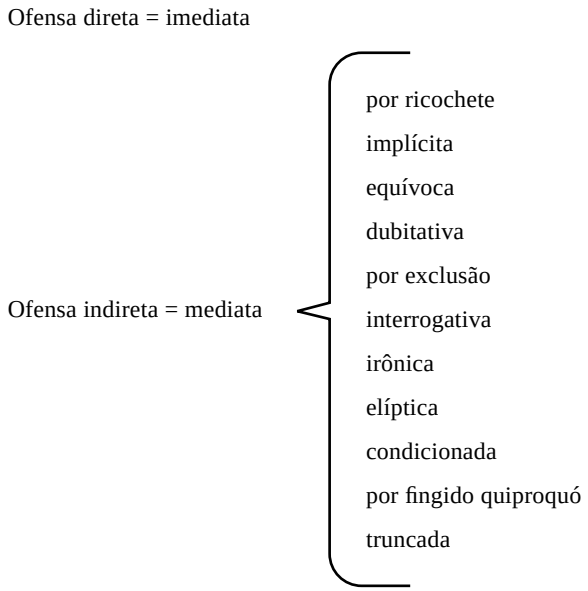
> Consiste a ofensa real na conjugação de três elementos, dois objetivos e um subjetivo, os quais se complementam: a prática de violência ou vias de fato, um meio ou instrumento que seja aviltante pela sua própria natureza e a deliberada intenção de atingir a honra alheia pela forma usada. [...]. Exemplos típicos temos na bofetada com dorso da mão, na agressão mediante o uso de um chicote etc. (Aranha, 2005, p. 15)

Ressalta-se que este trabalho tem como foco as ofensas oral, gráfica e simbólica, as quais podem ser apresentadas por intermédio de um documento arquivístico: a primeira em documento sonoro, a segunda em documento textual e a terceira em um documento iconográfico, por exemplo.

Em relação aos modos de execução das ofensas morais, Aranha (2005, p. 16-17) descreve que podem ser os mais variados, porém as divide em dois grupos – ofensas diretas e ofensas indiretas. Na ofensa direta a conclusão é imediata ou instantânea e não necessita de nenhum método dedutivo ou associativo, ou seja, "o pensamento e a intensão do ofensor estão explícitos no meio de exteriorização usado"; já na ofensa indireta a conclusão é mediata, ou seja, é de difícil caracterização e é inferida, uma vez que "o pensamento e a intenção do ofensor não são exteriorizados cla-

ramente, necessitando de um meio dedutivo ou associativo para se chegar à conclusão". Aranha (2005, p. 17) também explica que as ofensas indiretas podem ser proferidas por intermédio de diversos submodos, os quais são apresentados no seguinte esquema elucidativo (Figura 17):

Figura 17 Modos de execução das ofensas morais



Fonte: Aranha (2005, p. 16).

Em relação a cada submodo de execução das ofensas indiretas, o Quadro 14, a seguir, contém uma síntese de cada uma delas com base em Aranha (2005, p. 17-21).

Quadro 14 Submodos da ofensa indireta

Ofensa indireta	Situação	Exemplos de Aranha (2005)
por ricochete	Quando, embora tenha sido dirigida diretamente a uma pessoa, acaba-se atingindo uma outra pessoa.	"Pode-se atingir a esposa, chamando-se o marido de 'cornudo', pois o impropério lançado contra o marido diz respeito a uma conduta moralmente reprovável da mulher. Atinge-se a genitora, lançando-se ao filho o epíteto de 'filho da p.', pois a mãe saiu agredida em razão da referência de seu comportamento. Agride-se ao pai, ao afirmar-se que o filho é 'burro' porque segue a linha da família etc."
implícita	Quando a ofensa está subentendida (contida ocultamente). Ela pode ser lançada indiretamente (abrangida em uma maior e mais ampla) ou utilizando-se do raciocínio contrário (*per argumentum a contrario*).	"Como exemplo do primeiro modo [abrangida numa maior] temos a ofensa lançada genericamente contra uma família, estando implícito que o objetivo é o de atingir um de seus componentes: 'A família X tem na praça um conceito de estelionatária'; atingindo-se, obviamente, Y, que pertence àquela família e que foi pessoa visada. No segundo modo [raciocínio contrário] usa-se o raciocínio ao contrário, excluindo-se uma classe ou uma pessoa: 'Não vou àquela igreja porque não aprecio hipócritas'; 'Não vou com vocês ao teatro porque não gosto de andar com más companhias.'"
equívoca	Quando lançada de maneira ambígua, velada ou fugidia, com o objetivo de encobrir o verdadeiro e maléfico – empregando um conceito natural ou próprio, mas em outro sentido.	"Quando alguém diz que perdeu uma eleição porque o outro candidato tinha mais dinheiro para gastar, quando se fala que não se obteve o contrato porque surgiu algo de misterioso na concorrência etc., o pensamento não é exteriorizado de maneira clara, porém com ambiguidade."
dubitativa	Quando se induz a dúvida e lança-se suspeita sobre determinada pessoa, sem que se diga de maneira clara e explícita que a pessoa visada está envolvia em determinado ato.	"'É possível que fulano tenha dado um golpe na praça e enriquecido, pois está com muito dinheiro'; 'Entre os envolvidos no tráfico da droga é possível que beltrano figure'; 'Dizem por aí, eu não sei de nada' etc."
por exclusão	Quando se declara a qualidade de certas pessoas de um grupo e omite-se deliberadamente alguém.	"'Nesta diretoria trabalharam neste ano os diretores fulano e beltrano, aos quais lanço meus cumprimentos'; sicrano, igualmente diretor, saiu ofendido ao não ser incluído entre os diretores que tiveram comportamento elogioso; 'Os únicos jogadores que se esforçaram e demonstraram ser patriotas, suando a camisa da seleção, foram X e Y'; os restantes, excluídos do elogio, foram moralmente atingidos."
interrogativa	Quando, através de uma pergunta maldosa e/ou sem evidente conteúdo, emite-se a agressão.	"'Veja se por acaso o objeto tal não está no seu bolso', 'Para gastar tanto será que você ganhou na loteria?'; 'Você teve que gastar muito para vencer a concorrência?'."
irônica	Quando se utiliza de palavras, gestos e atitudes que representam o oposto do que se diz ou se deseja dizer – uso do sarcasmo, zombaria insultuosa.	"Há um exemplo clássico: a afirmativa 'Viva o rei dos judeus', ou 'Salve o rei dos judeus' ou 'I.N.R.I', colocada no madeiro de Cristo, representa o modo típico de ofensa irônica."
elíptica	Quando se faz uso de um meio reticente, ou seja, omite-se (deixa em silêncio) intencional e deliberadamente aquilo que na verdade iria dizer – não se revela o pensamento, porém é conhecido o desejo de ofender.	"'O senhor fulano, profundo conhecedor do mercado financeiro e por isso mesmo...'; 'A senhora sicrana chamava a atenção de todos porque estava vestindo...' etc."

Ofensa indireta	Situação	Exemplos de Aranha (2005)
condicionada	Quando se atribui a alguém uma qualidade depreciativa, acrescentando-se que assim seria se ele tivesse praticado determinado ato, porém se sabe efetivamente que o ato foi praticado.	"Ocorre quando, a título de exemplo, se diz que 'Fulano teria sido velhaco se assinasse tal contrato', sabedor de que ele assinou a avença; que 'Beltrana seria mulher leviana se tivesse ido a tal festa', com pleno conhecimento de que ela lá esteve."
por fingido quiproquó	Quando intencional e deliberadamente troca-se letras, palavras ou frases parecidas, aparentando mera confusão.	"O exemplo é por demais clássico e conhecido: 'O meretríssimo, desculpe, meritíssimo juiz...'".
truncada	Quando se utiliza apenas a primeira letra, palavra ou frase, não se completando, porém possível de vários significados, entre eles a ofensa desejada – não revela o sentido dado à letra, palavra ou frase que omitiu, porém o seu uso foi no sentido ofensivo.	"'O senhor fulano não passa de um v...'; que tanto pode ser velhaco, vadio, vigarista ou virtuoso; 'A senhora beltrana é uma mulher p...', que tanto pode ser piedosa como prostituta."

Fonte: elaborado pelo autor com base em Aranha (2005, p. 17-21).

Compreendidas as formas e modos de execução de ofensa moral, é importante, também, antes de finalizar este capítulo, abordar algumas especificidades, questões polêmicas e os limites do exercício do direito à honra.

Especificidades, questões polêmicas e limites do exercício do direito à honra

Em relação ao exercício do direito à honra, é importante destacar algumas situações e hipóteses específicas e polêmicas (tanto na doutrina quanto na jurisprudência) bem como aquelas que representam limites ao exercício do direito à honra. Essas casos dizem respeito à honra do Estado; à honra familiar; à honra do incapaz; à honra do nascituro; ao interesse público; à liberdade de informação e liberdade de expressão.

Especificidades e questões polêmicas relacionadas ao exercício do direito à honra

Uma questão que é colocada em pauta por Amarante (2005) em relação ao conceito de honra, tendo em vista os seus aspectos múltiplos, é a honra do Estado, embora reconheça que a doutrina em favor da existência de um direito à honra do Estado não seja precisa e, em alguns casos, é confundida com honorificência e normas de cerimoniais. De acordo com a autora, inicialmente, é preciso reconhecer que o Estado, enquanto uma realidade viva, também possui honra própria e, portanto, tem o direito de

> não se ver atingido por insultos e ultrajes, quer na pessoa de seus funcionários, representantes legais, quer nas suas instituições, emblemas e signos distintivos. Embora os emblemas e signos distintivos não se enquadrem na definição por nós acolhida, fazem parte, ao lado da honra, da integridade moral, como espécies de identidade pessoal. [...]. *Entendemos que existe um direito internacional à honra, quando houver insultos e ultrajes, seja às instituições, aos servidores representativos de órgãos, ao próprio Estado como pessoa jurídica e ao representante legítimo deste, nesta qualidade*. (Amarante, 2005, p. 47-48, grifo nosso)

Amarante (2005, p. 49) destaca ainda que "a honra do Estado é também a de todos os filhos ou indivíduos que o integram" e complementa que

o conceito de honra do Estado não deve ser visto apenas sob o aspecto do âmbito externo (internacional), mas também no âmbito interno: "O direito à honra igualmente existe, tal como na formulação exposta, para os entes políticos que compõem a federação, pessoas jurídicas de direito público interno: União, estados, municípios, Distrito Federal" (Amarante, 2005, p. 49).

Sobre a honorificência, Amarante (2005, p. 51) faz o seguinte alerta:

> Distinto da honra, mas, muitas vezes com esta confundido, situa-se o direito à honorificência. Em sentido *lato*, compreende qualquer sinal distintivo conferido à determinada pessoa, elevando-lhe a reputação. É o reconhecimento público de títulos (acadêmico, profissional ou de nobreza), comendas, medalhas de valores civis e militares, prêmios culturais, esportivos, etc. Em sentido *restrito*, diz respeito às insígnias de uma 'ordem honorífica' ou 'ordem de cavalaria' (associação cavalheiresca que dava direito aos associados de usar o título de cavaleiro).

Diante do exposto, a autora em questão considera que:

> a honorificência é um direito que encerra um *plus*; não é inato, vitalício, nem pertence a todas as pessoas, mas pode elevar o sentimento de honradez e a consideração social do agraciado. *A honorificência não significa direito à honra, não é espécie deste* e, segundo entendemos, não chega à categoria de direito subjetivo personalíssimo com aqueles caracteres do direito à honra. *O entrelaçamento delas corre quando da ofensa à honra, por meio das condecorações ou distinções, isto é, pelo não reconhecimento público de valores honoríficos, indiretamente, é atingida a honra do indivíduo; há diminuição da consideração social pelo não reconhecimento daqueles valores, que serviram de alvo da lesão*. (Amarante, 2005, p. 52, grifo nosso)

Além da honra do Estado, outras três temáticas imprecisas na doutrina, em alguns pontos, são colocadas em pauta por Amarante (2005): a honra familiar, a honra do incapaz e a honra do nascituro.

Sobre o quesito honra familiar, a autora (2005, p. 53) reconhece que a família é dotada de honra própria, uma vez que seus membros "são regidos por normas imperativas de conduta, traçadas por ela [a família], e que dizem respeito ao comportamento pessoal, tradição, princípios e fins". Porém, também reconhece que "de modo geral, as legislações não contemplam normas específicas de tutela da honra familiar", o que, para a autora em tela, "não quer significar que a família deva ficar sem proteção, uma vez que o seu bom nome e o prestígio moral não podem ser tripudiados por terceiros". Amarante (2005) aponta que a existência da honra familiar também é rebatida por alguns juristas, que consideram que, em caso de ofensa dirigida à memória de um falecido, os parentes vivos têm direito individuais e o bem tutelado não é a honra familiar. Recorrendo a Darcy Arruda Miranda,[186] a autora em comento tece as seguintes considerações:

> Entendeu Darcy A. Miranda que, nesse caso, haveria confusão entre o patrimônio moral e material da herança. A honra do morto nada tem a ver com sua herança, como também é frágil sustentar, como fez Florian, que a memória ofendida seja patrimônio público, de interesse público a sua defesa. (Amarante, 2005, p. 54)

186 ARRUDA MIRANDA, Darcy. *Comentários à Lei de Imprensa*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995. v. 1, p. 472-474.

A mesma autora complementa explicando que:

> A dificuldade maior em não se conferir ao núcleo familiar uma honra própria situa-se no fato de este não constituir uma entidade jurídica, diferente dos membros que a compõem, embora houvesse teorizadores em consagrá-lo em um nível de evolução que mereça ser dotado de personalidade jurídica, como Sabatier e os Mazeaud. De acordo com estes últimos, a violação de certos direitos deveria dar nascimento a uma só ação, impetrada pelo representante da família e não ações intentadas individualmente pelos membros da família, para outros direitos, além do direito ao nome, como para direito à honra e outros. [...]. O *fim comum* a todos os componentes e a existência, distinta da existência de seus membros, têm sido a grande dificuldade desse reconhecimento. É bem verdade que, se dotada de personalidade jurídica, mais fácil seria o reconhecimento da existência de um direito à honra familiar. [...]. Existem, no grupo familiar, valores morais que são preservados e transmitidos de geração a geração. Entretanto, esta unidade social não revela para o plano jurídico a matéria, a ponto de transformar a família em pessoa jurídica. Este fato, todavia, não impede o reconhecimento da existência de uma honra familiar [...]. (Amarante, 2005, p. 54-55, grifo do original)

A respeito do direito de ação à reparação do dano, no caso de ofensa dirigida à memória de um falecido, Amarante faz a seguinte defesa:

> entendemos que o direito de agir pertenceria a ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro e colaterais próximos. Dessa forma estaríamos contra a concepção de família, nos moldes reconhecidos pela Carta da República, que tanto pode constituir-se pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por qualquer dos pais (monoparental) e pela adoção. (Amarante, 2005, p. 57)

Ainda sobre a questão da honra familiar, Amarante (2005, p. 57) relembra que o Novo Código Civil pátrio, em parágrafos específicos dos artigos 12 e 20, protege a honra do falecido e confere "legitimidade ativa para requerer medidas preventivas tuteladoras ao cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau", a saber:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. *Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.* [...]. 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*.[187] (Brasil, Presidência da República, 2002, grifo nosso)

Sobre a honra do incapaz, Amarante (2005, p. 58) esclarece que:

187 Cabe aqui relembrar o disposto na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2012), julgada procedente em 10/6/2015, requerida pela Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel em 5/7/2012, cuja decisão final estabelece que o artigo em questão não se aplica quando se tratar de biografias.

> Pelo fato de o indivíduo não estar dotado de capacidade plena para o exercício de seus direitos não ficará à margem da proteção da honra. [...]. Grande parte da doutrina parece não ter dúvidas quanto ao reconhecimento deste direito ao incapaz, seja menor ou maior, porque a capacidade não é pré-requisito para a afirmação do direito à honra e sim à personalidade.

Também explica que, caso a apreciação da ocorrência da lesão à honra dependesse do grau de compreensão da vítima, ficariam desamparados aqueles que mais necessitam de amparo legal, entre eles as crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência ou distúrbio mental, ingênuos, inconscientes e outros. Além disso, pessoas maliciosas e inescrupulosas poderiam se beneficiar de tais circunstâncias. No entanto, a autora menciona que o reconhecimento da tese de que o incapaz é portador do direito à honra não é pacífico:

> os opositores dessa doutrina alegam que os incapazes não se encontram em grau de entendimento capaz de sentir a ofensa nem de sofrerem diminuição da honra. Felizmente esta corrente é minoritária, já que é argumento convincente o fato de que a pessoa fica susceptível e exposta ao perigo que a ofensa, por si, encerra. A sua capacidade de entendimento ou avaliação ao evento danoso não é elemento imprescindível para a configuração do ilícito. (Amarante, 2005, p. 60)

Nesse ponto, Amarante relembra que a Constituição Federal brasileira "confirma a existência dessa honra [ao incapaz] ao declarar textualmente [no art. 227] que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito [...] à dignidade, ao respeito...'". Essa condição também é reforçada pelo Estatuo da Criança e do Adolescente, mais especificamente em seus artigos 15 a 18, a saber:

> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – brincar, praticar esportes e divertir-se; V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI – participar da vida política, na forma da lei; VII – buscar refúgio, auxílio e orientação. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize. Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças

> e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V – advertência. (Incluído pela lei n. 13.010, de 2014) Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais. (Brasil, Presidência da República, 1990a)

Todavia, a polêmica sobre o incapaz não se encerra aqui, como bem lembra Amarante (2005, p. 60), pois "resta examinar se o *autor* do ilícito poderá ser um menor" e/ou incapaz. No caso do menor, a autora explica que "em face do direito positivo penal brasileiro o incapaz (compreendendo-se o menor de dezoito anos, alienados etc.) é inimputável. Porém, diante do direito civil, se a sua ação resultar em dano, este dano não ficará sem reparação, uma vez que as jurisdições são independentes" (Amarante, 2005, p. 60-61, grifo do original).

Como bem explica Amarante (2005), o art. 932, do Código Civil brasileiro, prevê a responsabilidade dos pais ou tutores do menor: "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; [...]" (Brasil, Presidência da República, 2002).

Já no caso dos demais incapazes, o art. 928 do Código Civil estabelece o seguinte:

> Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (Brasil, Presidência da República, 2002)

Outra questão polêmica envolve os nascituros como portadores do direito à honra. A esse respeito, Amarante (2005, p. 59) faz o seguinte comentário: "Há mesmo quem não negue, pelo menos em tese, o direito à honra ao nascituro, embora seja difícil a este a exteriorização de suas faculdades. Partindo-se do princípio de que a honra é um bem assegurado, tal como a vida, a todas as pessoas, entende-se não haver razão para dele ser excluído o nascituro."

Mesmo reconhecendo a existência de posições contrárias (doutrinária e jurisprudencial) sobre a determinação da natureza jurídica do nascituro, a autora em questão defende a tese de que o nascituro não é portador de um direito à honra, mas possuidor de expectativa de direitos.

> Entendemos, relativamente ao nascituro, que não se possa afirmar ou reconhecer este como portador de um direito à honra. As legislações, regra geral, põem a salvo os direitos daquele. Entretanto, o referido direito à honra caracteriza-se como direito inato e personalíssimo, ou seja, é adquirido pelo próprio fato do

> nascimento, obviamente, pela aquisição da personalidade. Os direitos resguardados ao nascituro, a expressão bem o diz, não são reconhecidos a partir da concepção, mas, sim, subordinados ao nascimento com vida, momento a partir do qual o ser adquire personalidade. Portanto, o nascituro, enquanto tal, não é sujeito juridicamente de direito algum, mas de expectativas de direito ou direito potencial. (Amarante, 2005, p. 59)

Abordadas as especificidades e questões polêmicas a respeito da aplicabilidade do direito à honra, segue uma breve descrição dos limites, apontados na teoria, do exercício do direito em questão.

Limites do exercício do direito à honra

Aparecida Amarante (2005, p. 75) explica que "os limites de proteção da honra individual, quanto à divulgação dos fatos pertinentes à vida humana, assentam-se em dois princípios: 1) interesse público e 2) liberdade de expressão".

Sobre o interesse público, a referida autora justifica que:

> A vida de determinadas pessoas, seja pelo exercício de função pública estatal, seja de atividade ligada ao público (cinema, televisão, imprensa, teatro etc.), tem na publicidade grande fator de sucesso. A expectativa do público em relação a fatos da vida privada dessas pessoas restringe-lhes o âmbito desta esfera, quanto maior for a notoriedade. (Amarante, 2005, p. 76)

No entanto, essa autora adverte que o interesse público não deve ser confundido com curiosidade e malignidade injustificada. Além disso, destaca que a divulgação dos fatos deve centrar-se na verdade e seu objetivo não deve ser a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação.

> mesmo que a ofensa à honra no campo civil seja indiferente à veracidade ou não do fato considerado lesivo, a permissibilidade de sua divulgação está contida apenas no interesse público justificado e, nesse caso, a divulgação deve referir-se a fato verdadeiro. Pode ocorrer que a divulgação de certos fatos verdadeiros corresponda a um interesse social, como os que ocorrem nas relações profissionais. Mesmo que um fato seja tido por desonroso, como nas informações bancárias, a finalidade da informação justifica extravasar a notícia do fato. [...]. O *interesse público* difere do *interesse do público*, pois este último pode caracterizar-se por uma injustificada curiosidade ou malignidade. [...]. Se a finalidade é diversa, isto é, se o agente divulga fato relativo a terceiro ou terceiros, com o só intuito de expô-lo ao menosprezo, ódio, humilhação, ridículo, configura-se atentado à honra. (Amarante, 2005, p. 76, grifo do original)

Citando Mario Are (1965, p. 2.229),[188] Amarante (2005) reforça que a denominação fato de interesse público "reflete apreciável interesse da coletividade", como: a) o comportamento de personalidade política; b) a procura dos autores de crime; e c) a verificação de acontecimentos particularmente significativos.

Sobre a relação celebridade-honra, Amarante (2005, p. 77) ressalta que "na honra a celebridade ganha peso". E explica:

188 ARE, Mario. Interesse alla qualificazione e tutela dela personalità. In: *Studi in onori di Alberto Asquinei*. Padova: Cedan, 1965. v. 5.

> Não porque o conceito de honroso se interligue ao de notório. São independentes. Mas pelo fato de que a reputação da pessoa célebre é cercada por pequenos fatos de sua vida, que passariam despercebidos para a sociedade se se tratasse de um indivíduo comum, [contudo] possuem grande relevância para o público. Um pequeno deslize jogaria por terra anos de vida, desfrutados com boa reputação, de um momento para o outro. (Amarante, 2005, p. 77)

Tal autora observa uma dificuldade: "as linhas limítrofes do campo da vida individual privada são flexíveis e elásticas" (Amarante, 2005, p. 76).

Outra questão colocada em pauta pela autora é relativa à nova divulgação de fatos já notórios e de amplo conhecimento do público:

> não têm na sua divulgação, um ataque à intimidade, porém remanesce a ofensa à honra, pois nova divulgação renova o conhecimento ao público e fornece nova contribuição ao descrédito. De Cupis confirmou a assertiva, considerando que a preexistência de fatos notórios por si mesma não exclui a ofensa à honra, devendo ser avaliada a extensão da preexistente notoriedade. (Amarante, 2005, p. 77)

Dando prosseguimento, Aparecida Amarante (2005) aborda a questão do direito à honra e determinadas atividades profissionais ou da vida pública, assinalando que "é nesta atividade da vida pública que, acentuadamente, ocorrem lesões à honra". Tendo como exemplo a vida política, a autora comenta que:

> Embora consista em comportamento reprovável, a pugna pelos cargos eletivos enseja troca de ofensas desonrosas, em que ficam confundidas a vida privada e a vida pública dos candidatos, cada qual querendo sobressair-se mediante imputação ofensiva de fatos ao candidato opositor. O ofendido, raras vezes, procura defender-se dentro dos limites permitidos e oferece contra-ataque ao adversário político, vasculhando-lhe [sic] a vida privada, trazendo à luz fatos de nenhum interesse público, com o só intuito de levá-lo ao desprezo, à desestima pública, além de expô-lo ao ridículo. (Amarante, 2005, p. 78)

No entanto, a respeito do exposto acima, em relação à vida política, a autora apresenta um atenuante:

> Uma observação faz-se necessária. Tratando-se de campanhas eleitorais, pelo princípio de que 'o interesse público sobrepõe-se ao individual', admite-se um maior rigor na verificação da vida cívica e política do candidato, razão por que a revelação de determinados fatos não constitui ofensa à honra, uma vez que o esclarecimento aos eleitores acerca da personalidade do candidato justifica o exame de seu passado e a crítica a seus atos. Isso é bastante utilidade, pois impede que um irresponsável, desonrado, ocupe cargos da mais alta relevância pública. Chassan observara que a tolerância da justiça, nessas situações, deveria ser grande, desculpando-se as publicações injuriosas quando estas ocorrem, não para causar um prejuízo nem para favorecer o espírito de animosidade ou vingança, mas tendo em vista esclarecer o eleitorado. (Amarante, 2005, p. 78)

Por fim, Amarante (2005, p. 79) relembra que "pela nossa Lei de Imprensa, havendo interesse social, justifica-se a divulgação de fato da vida privada"; no entanto, adverte que "o exercício dessa liberdade de informação não pode ser tomado de modo absoluto". Ou seja, não se pode julgar que tudo seja lícito, é preciso ter cuidado, bom senso e civilidade, tendo em vista a preservação da dignidade humana.

Ainda sobre os limites do direito à honra, Barroso expõe que:

> De forma geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que *o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo*; nessa hipótese, não se poderia opor a honra pessoal à verdade. *Excepcionalmente, porém, a doutrina admite (e a legislação de alguns países autoriza) que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros mas detratores da honra individual: é o que se denomina de 'segredo da desonra'. Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse* público na sua divulgação. (Barroso, 2015, p. 14-15, grifo nosso)

O autor em questão também registra que:

> o conflito potencial entre a proteção à honra dos acusados e a *divulgação de fatos criminosos ou de procedimentos criminais (no momento de sua apuração ou posteriormente)* tem sido examinado com frequência pela doutrina e jurisprudência. E, a propósito, *existe amplo consenso no sentido de que há interesse público na divulgação de tais fatos, sendo inoponível a ela o direito do acusado à honra*. (Barroso, 2015, p. 15, grifo nosso)

O mesmo autor apresenta alguns elementos que justificam o interesse público em relação aos fatos criminosos e procedimentos criminais:

> (i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida licitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do 'segredo da desonra' porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do direito penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores. (Barroso, 2015, p. 15-16)

Dando prosseguimento à sua abordagem, Barroso (2015, p. 18) também coloca em pauta a questão da liberdade de informação. Todavia ressalta que doutrinadores brasileiros distinguem liberdade de informação de liberdade de expressão, a saber: "a primeira [liberdade de informação] diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano".

Sobre a distinção em questão, Barroso tece os seguintes comentários:

> Sem embargo, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal. Da mesma forma, a expressão artística muitas vezes tem por base acontecimentos reais. [...]. *É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade* – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] – *pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão*. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: *haverá exercício do direito de*

> *informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade*. (Barroso, 2015, p. 18-19, grifo nosso)

Complementando a questão levantada a respeito das liberdades de informação e de expressão, Barroso também faz menção à expressão "liberdade de imprensa". Tal expressão, de acordo com o mesmo autor, compreende "a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão" (Barroso, 2015, p. 19).

Mediante o exposto, Barroso (2015, p. 19-20) observa que:

> Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto [sic] uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do poder público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povo e a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los. Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados.

No que diz respeito à liberdade de informação, à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, o próprio Barroso (2015) relembra que a Constituição Federal, de 1988, faz menção a elas em incisos do art. 5º e no art. 220, nos seguintes termos:

> Art. 5º [...]. IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]. V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem; [...]. IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]. XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...]. Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (Brasil, Constituição, 1988)

Todavia, Barroso também destaca os limites de tais liberdades:

> é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, *não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição*. É possível lembrar dos *próprios direitos da personalidade [...] como a honra*, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), *a segurança da sociedade e do Estado* (art. 5º, XIII), *a proteção da infância e da adolescência* (art. 21, XVI); *no caso específico de rádio, tele-*

visão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221[189] *traz uma lista de princípios* que devem orientar sua programação. *Além desses limites explícitos na Constituição, há outros que podem ser, com facilidade, considerados imanentes*. Em relação à liberdade de informação, já se destacou que a divulgação de fatos reais, ainda quando desagradáveis ou mesmo penosos para determinado(s) indivíduo(s), é o que a caracteriza. Da circunstância de destinar-se a dar ciência da realidade, decorre *a exigência da verdade – um requisito interno, mais do que um limite –*, já que só se estará diante de informação, digna de proteção nesses termos, quando ele estiver presente.[190] [...]. *Fala-se ainda de um limite genérico às liberdades de informação e de expressão que consistiria no interesse público*. (Barroso, 2015, p. 22-23, grifo nosso)

Tratando-se do interesse público, Barroso acrescenta que:

É preciso, no entanto, certo cuidado com essa espécie de cláusula genérica que, historicamente, tem sido empregada, com grande dissimulação, para a prática de variadas formas de arbítrio no cerceamento das liberdades individuais, na imposição de censura e de discursos oficiais de matizes variados. Mesmo porque, vale lembrar que o pleno exercício das liberdades de informação e de expressão constitui um interesse público em si mesmo, a despeito dos eventuais conteúdos que veiculem. Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do interesse público no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do conteúdo veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas 'inconvenientes', sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações [...] é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. (Barroso, 2015, p. 24-25, grifo do original)

Diante do exposto em relação aos limites das liberdades de informação e expressão – frente aos limites dos direitos de personalidade relacio-

189 "Art. 221 A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (Brasil, Constituição, 1988).

190 Sobre o conceito de verdade, Barroso (2015, p. 23) faz a seguinte observação: "a verdade aqui não corresponde, nem poderia corresponder, a um conceito absoluto. De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informado, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos".

nados à integridade moral, entre eles o direito à honra[191] –, Barroso (2015, p. 17-21) apresenta um conjunto de parâmetros que devem ser considerados pelo intérprete por ocasião da ponderação em caso de colisões, a saber:

a. veracidade do fato;

b. licitude do meio empregado na obtenção da informação;

c. personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia;

d. local do fato (reservado/público);

e. natureza do fato (fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos, tais como acontecimentos da natureza, acidentes e crimes em geral);

f. existência de interesse público na divulgação em tese;

g. existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos;

h. preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação (retificação, retratação, direito de resposta, responsabilização, civil ou penal, e a interdição da divulgação).

Barroso (2015) também destaca o disposto no artigo 20[192] do Novo Código Civil (Brasil, Presidência da República, 2002) e no art. 21 da lei federal n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) (Brasil, Presidência da República, 1967).[193] Para o autor em questão, o disposto no art. 20 leva à seguinte conclusão:

> pode ser proibida, a requerimento do interessado, a utilização da imagem de alguém ou a divulgação de fatos sobre a pessoa, em circunstâncias capazes de lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, inclusive para fins jornalísticos (já que a norma não distingue). As exceções ao preceito são: (i) a

191 Também os direitos à vida privada, à intimidade e à imagem, de interesse neste trabalho.

192 Citado em momentos anteriores. Segue novamente o texto do dispositivo: "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" (Brasil, Presidência da República, 2002).

193 Citado anteriormente. Segue novamente o texto do dispositivo: "Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região. § 1º A exceção da verdade somente se admite: a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido permite a prova. § 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interêsse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele" (Brasil, Presidência da República, 1967).

> autorização da pessoa envolvida ou a circunstância de a exibição ser necessária para (ii) a *administração da justiça* ou (iii) a *manutenção da ordem pública*. Ou seja: pode ser proibido tudo o que não tenha sido autorizado e não seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. (Barroso, 2015, p. 31, grifo do original)

No entanto, Barroso (2015, p. 31-32, grifo do original) tece esta crítica:

> Na sua leitura mais óbvia, a norma não resiste a um sopro de bom direito. Impõem-se, assim, algumas observações. Em primeiro lugar, o dispositivo transcrito emprega dois estranhos conceitos – *administração da justiça* e *manutenção da ordem pública* –, que não constam do texto constitucional e são amplamente imprecisos e difusos. Que espécie de informação ou imagem de uma pessoa poderia ser necessária à administração da justiça? Fatos relacionados a condutas ilícitas, na esfera cível e criminal, talvez. E quanto à *manutenção da ordem pública?* Trata-se de conceito ainda mais indefinido. A divulgação de fotos de criminosos procurados pela polícia poderia enquadrar-se nesse parâmetro, e talvez até mesmo na ideia de administração da justiça. De toda sorte, a fragilidade constitucional desses conceitos pode ser facilmente percebida mediante um exercício simples: o teste de sua incidência sobre diversas hipóteses é capaz de produzir resultados inteiramente incompatíveis com a Constituição. [...], os critérios empregados pelo Código Civil não encontram qualquer amparo constitucional e, na prática, acabam por corresponder à velha cláusula do interesse público, que já serviu a tantos regimes arbitrários.

Fundamentado na sua crítica, Barroso (2015, p. 33) entende que o art. 20 do Novo Código Civil pátrio, "no limite das suas possibilidades semânticas", deve ser interpretado considerando a seguinte condição:

> o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação. Ou seja: ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas licitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.

Em relação ao art. 21 da Lei de Impressa, Barroso aponta dois problemas de ordem constitucional: um envolvendo o caput e outro o parágrafo segundo. Sobre o problema envolvendo o caput do art. 21 da Lei de Impressa, o autor expõe o seguinte:

> De acordo com o caput do artigo transcrito, constituiria crime de difamação (salvo nos casos em que se admite a exceção da verdade) imputar fato verdadeiro a alguém, caso tal fato seja ofensivo à reputação do indivíduo. Alguns exemplos ajudam na compreensão da dificuldade que a aplicação do dispositivo acarreta: jornalista que denunciasse fatos verdadeiros, obtidos licitamente, mas ofensivos, e.g., à reputação de candidatos a algum cargo público, cometeria crime de difamação; o mesmo ocorrendo com a divulgação por um repórter de práticas antiéticas de empresários ou desportistas. A espécie de restrição contida no caput, como se vê, é de difícil compatibilização com um Estado plural

> e democrático – já que só admitiria a divulgação de fatos que promovessem a louvação dos indivíduos –, por interferirem com as liberdades de imprensa, de crítica em geral e de investigação jornalística, especialmente protegidas pela Constituição de 1988. Ainda quando se pudesse admitir a validade desse dispositivo, ele só poderia ser aplicado quando se detectasse apenas o dolo de difamar, estando totalmente ausente o interesse público. Certo é, todavia, que o interesse público sempre se presume na divulgação de um fato verdadeiro. (Barroso, 2015, p. 29-30)

No que tange ao problema envolvendo o parágrafo segundo da lei em discussão, ele explica que a questão é parecida com a suscitada em relação ao caput do artigo e indica dois pontos que merecem ser destacados: um envolvendo a manutenção do status de liberdade, a democracia e o pluralismo; e outro em relação à veracidade do fato.

> Esta é, igualmente, a questão em jogo com relação ao § 2º do mesmo artigo, ao pretender tipificar a publicação ou transmissão de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele. Aqui, a excludente representada pelo interesse público vem expressamente consignada. A esse propósito, impõem-se duas observações. A primeira é a de que, conforme já sublinhado, a Constituição de 1988 consagra as liberdades de informação e de expressão (aqui especificamente de informação) como valiosas em si mesmas, independentemente do conteúdo que veiculem, por serem garantias essenciais para a manutenção do status de liberdade, da democracia e do pluralismo. A segunda é a de que nessa hipótese – a do § 2º do art. 21 da lei n. 5.250/67 –, a divulgação se refere a fatos verdadeiros, assim reconhecidos pelos órgãos judiciais competentes. E mais: o conhecimento sobre eles pode ser obtido por via lícita, já que as informações constam de registros públicos. Portanto, à vista de todos esses elementos – papel da liberdade de expressão, verdade dos fatos e licitude dos meios –, o interesse público na divulgação se presume. De modo que a cláusula excludente constante do dispositivo constitui a regra, sendo que a presunção de legitimidade da divulgação somente cederá em hipóteses muito excepcionais, devidamente comprovadas, aptas a afastar o interesse público. Leitura diversa levaria à não recepção do dispositivo pela ordem constitucional de 1988. (Barroso, 2015, p. 30-31)

Feitas suas críticas e observações, o referido autor conclui que "tanto no caso do caput do art. 21 como no do seu § 2º, *a presença do interesse público na divulgação de fatos noticiáveis excluirá o crime. Tal interesse é presumido, só podendo ser afastado mediante demonstração expressa de sua ausência e do dolo de difamar*" (Barroso, 2015, p. 31-32, grifo nosso).

Com base em suas considerações, críticas e observações em relação aos temas liberdade de informação, liberdade de expressão e interesse público, Barroso defende que:

> É legítima a exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nas quais: (i) sejam citados os nomes ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado; ou (ii) sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado, e que tenham mobilizado a opinião pública. Presentes os elementos de ponderação [...], não se admitirá: (a) a proibição da divulgação, (b) a tipificação da veiculação da matéria ou do programa como difamação e (c) a pretensão de indenização por violação dos direitos da personalidade. (Barroso, 2015, p. 36)

Enfim, diante da revisão de literatura apresentada a respeito do conceito e aplicabilidade do direito à honra, entende-se que a violação à hon-

ra se dá quando uma pessoa (física ou jurídica), não estando fundamentada nas situações/hipóteses e limitações estabelecidas ao longo deste capítulo, imputar, propalar e/ou divulgar um fato determinado ou afirmação genérica, eticamente degradante, injustificado ou ilegítimo, conforme as conjunturas sociais, locais e temporais, resultando em acusação, ofensa, ataque, agressão, xingamento, insulto, depreciação e/ou ridicularização (zombaria) de outra pessoa, ou seja, causando-lhe danos injuriosos, difamatórios ou caluniosos (Quadro 15). Vale ressaltar que, em determinadas situações/hipóteses, entre elas os casos de consentimento (tácito ou expresso) e as limitações reconhecidas como legítimas (Quadro 16), certas condições precisam ser respeitadas.

Quadro 15 Possibilidades de violação do direito à honra

Imputar, propalar e/ou divulgar um fato determinado ou afirmação genérica, eticamente degradante, injustificado ou ilegítimo, conforme as conjunturas sociais, locais e temporais, resultando em acusação, ofensa, ataque, agressão, xingamento, insulto, depreciação e/ou ridicularização (zombaria)

1 ► O QUE
1.1 ► honra externa / objetiva – complexo ou conjunto de predicados ou condições de um indivíduo perante a sociedade e/ou inúmeros agrupamentos sociais em que projeta sua vida (valorização que terceiros fazem da personalidade do indivíduo)
- 1.1.1 ► reconhecimento social
- 1.1.2 ► respeitabilidade social
- 1.1.3 ► mérito / valorização social
- 1.1.4 ► estima / prestígio social
- 1.1.5 ► significação moral, social e jurídica
- 1.1.6 ► reputação / fama / conceito (bom nome) público
- 1.1.7 ► acatamento e apreço público / opinião pública
- 1.1.8 ► honra especial ou profissional (ligada ao meio econômico, literário, artístico, científico), agrupamento social (comunidade religiosa, conterraneidade e outros) ou a profissão exercida – determinada linha de conduta, traçada pela lei, costumes, cultura, hábitos daquela classe de pessoas
- 1.1.9 ► honra política (que se relaciona à conduta política)
- 1.1.10 ► honra familiar (onde se considera o agrupamento social)
- 1.1.11 ► honra do Estado (instituições, servidores representativos de órgãos, o Estado como pessoa jurídica, o seu representante legítimo e os indivíduos que o integram)

1.2 ► honra interna / subjetiva – complexo ou conjunto de predicados ou condições de um indivíduo que lhe confere estima própria (juízo que o próprio indivíduo tem de si)
- 1.2.1 ► personalidade
- 1.2.2 ► brio pessoal / honorabilidade pessoal
- 1.2.3 ► decoro
- 1.2.4 ► sentimento da própria dignidade
- 1.2.5 ► autoestima / autovaloração
- 1.2.6 ► autoconsciência
- 1.2.7 ► virtudes (dotes e qualidades físicos, intelectuais e sociais)
- 1.2.8 ► respeitabilidade pessoal
- 1.2.9 ► pudor, decência, ética, probidade e/ou a integridade
- 1.2.10 ► existência moral (sentimento sobre seus atributos morais – de honestidade, retidão de proceder e bons costumes)
- 1.2.11 ► patrimônio moral (padrões, condições, costumes, comportamentos, atributos e deveres morais que tem para consigo mesmo e para com seus semelhantes e a sociedade)

2 ► QUANDO (SITUAÇÕES/HIPÓTESES)
2.1 ► Se tratar de calúnia – exteriorização pública (consumada perante terceiro) de um fato determinado criminoso ou difamatório falso
- 2.1.1 ► produzindo uma dor/abalo psíquico e/ou moral, acompanhados de atos de repulsa ao ofensor quando o fato atribuído não é verdadeiro
- 2.1.2 ► produzindo uma dor/abalo psíquico e/ou moral, acompanhados de atos de repulsa ao ofensor quando o fato atribuído é verdadeiro, porém a pessoa visada é inocente

2.2 ► Se tratar de difamação – exteriorização pública (consumada perante terceiro) de um fato determinado ofensivo
- 2.2.1 ► produzindo uma dor/abalo psíquico e/ou moral, acompanhados de atos de repulsa ao ofensor

2.3 ► Se tratar de injúria – exteriorização (consumada perante a vítima) de afirmação genérica ofensiva
- 2.3.1 ► produzindo uma dor/abalo psíquico e/ou moral, acompanhados de atos de repulsa ao ofensor, utilizando de elementos referentes a vícios e qualidades negativas que atingem a sua dignidade ou decoro
- 2.3.2 ► produzindo uma dor/abalo psíquico e/ou moral, acompanhados de atos de repulsa ao ofensor, utilizando de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, posição econômica ou social inferior, origem, a condição de portador de deficiência física ou a condição de pessoa incapaz, idosa, portadora de deficiência ou distúrbio mental, entre outros

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Quadro 16 Exceções ao exercício do direito à honra

Não se aplica quando se tratar de noticiário, veiculação ou divulgação de matérias
1 ► de interesse público ou causa socialmente relevante, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
1.1 ► de interesse científico
1.2 ► de interesse artístico
1.3 ► de interesse didático
1.4 ► de interesse cultural
1.5 ► de interesse da história (indivíduos que, dentro de um contexto de narrativa histórica, exerceram um papel de destaque)
1.6 ► de interesse moral
1.7 ► necessárias à manutenção da ordem pública
1.8 ► necessárias à segurança nacional
1.9 ► relacionadas a investigações criminais e atividades investigatórias por parte do Estado
1.10 ► de cunho policial e/ou identificação criminal (indivíduos procurados pela Polícia – julgados autores de ilícitos penais)
1.11 ► de interesse e administração da justiça
1.12 ► de interesse da saúde pública (indivíduo que sofre de doença gravíssima de fácil transmissão e não tem conhecimento, colocando em risco toda a sociedade)
1.13 ► relacionadas à sobrevivência da sociedade
1.14 ► verificação de acontecimentos, atuação e ações do poder público (transparência, controle do poder público e democracia)
1.15 ► necessário ao exercício profissional
1.16 ► fatos já notórios e de amplo conhecimento do público, devendo ser avaliada a extensão da preexistente notoriedade
2 ► cujo consentimento (tácito, expresso, oneroso ou gratuito) foi dado, desde que respeitados os limites pactuados (o que, para que, onde, quando e como)
3 ► sobre local, lugar, cenário ou acontecimento público (coletividade não identificada de pessoas ou em ambiente público), desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
4 ► destinadas ao direito de informar e ser informado, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
5 ► sobre pessoas públicas e notórias, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
5.1 ► obras biográficas literárias ou audiovisuais
5.2 ► função (profissão ou natureza do serviço) de interesse especial
5.3 ► famosos (no presente ou no passado), desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade
5.4 ► no exercício de funções e mandatos públicos (ações público-estatais)
5.5 ► no exercício de ações público-sociais
5.6 ► personalidade de candidato a cargos públicos, tendo em vista esclarecer o eleitorado
6 ► contendo caricaturas, exceto se a intenção de ridicularizar seja patente
7 ► contendo fotografias deliberadamente distorcidas, nas quais as imagens são deturpadas pela montagem ou pelo ângulo em que foram tiradas, exceto se a intenção de ridicularizar seja patente
8 ► proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Os Quadros 15 e 16 sintetizam, no âmbito desta pesquisa, as possibilidades de violação do direito à honra e as exceções ao exercício do direito em questão, respectivamente. *Entende-se que eles apresentam os traços característicos e distintivos do direito à honra e evidenciam os requisitos que podem auxiliar na identificação de documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações pessoais que violam a honra das pessoas.*

Conceito e aplicabilidade dos direitos à vida privada e à intimidade

> Não é preciso ser muito inteligente para ver que se esta tendência cada vez maior em direção à ingerência na intimidade, através de grupos privados e organizações de todas as classes e também pelo governo, não for controlada, em vinte ou trinta anos ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade já que aceitaremos como um fato evidente que vivemos num aquário e que não somos homens livres, mas peixes. (Urabayen, 1977, p. 39-40[194] apud Dotti, 1980, p. 29-30)

Por ocasião da revisão de literatura que se apresenta sobre os direitos à vida privada e à intimidade, observou-se que não existe um consenso em relação aos termos intimidade, vida privada e privacidade, suas definições e conteúdos. Vários autores consideram que os termos "direito à privacidade", "direito à vida privada" e "direito à intimidade" são sinônimos.

René Dotti (1980), por exemplo, utiliza indistintamente os termos "direito à vida privada", "direito à intimidade da vida privada" e "direito à privacidade"; porém, refuta o termo "direito à intimidade" porque, na sua opinião, a intimidade compreende um "bem jurídico que não pode ser considerado isoladamente, mas em referência a algo" – "é um bem jurídico referível a um ambiente ou situação" (Dotti, 1980, p. 69-70). Mas, conforme observado por Agostini (2011, p. 107), em um texto publicado no mesmo ano na *Revista de Informação Legislativa* (ano 17, número 66), sob o título de "A liberdade e o direito à intimidade", René Ariel Dotti considera a distinção entre intimidade e vida privada.

Sobre os termos "intimidade" e "vida privada", Gamiz (2012, p. 35, grifo nosso) apresenta-nos as seguintes concepções etimológicas:

> O termo *intimidade* deriva do latim *intimus*, que significa 'íntimo, mais recôndito, interior', enlaçando-se, ainda, com a ideia de segredo e confiança: daí

194 URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información*: um conflito permanente. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1977.

falar-se em *amici intimi* (amigos íntimos), *intimus consilus* (confidentes de seus segredos), *intima militia* (amizade íntima). Já a *privacidade* (de que derivam os adjetivos *private, privée, privatezza, privato* e privado – vida particular) advém do latim *privatus*, que significa '*privado, particular, próprio, individual, pessoal*'. Abrange um conceito mais amplo do que o de intimidade, englobando tudo que não se quer que seja de conhecimento geral. O termo pode significar também, '*fora do Estado, pertencente à pessoa ou ao indivíduo mesmo*'.

Ao descrever a origem filológica do termo "intimidade", Agostini (2011, p. 113) aponta que:

> íntimo procede de *intimus*, que, por sua vez, é uma variação filológica de *intumus*, a forma superlativa do advérbio *intus*, que quer dizer, dentro. Íntimo seria, nesses termos, aquilo que estaria o mais dentro possível. Ou seja, ao levar-se em conta o sentido etimológico da palavra intimidade constata-se que ela deriva da qualidade de íntimo que, por sua vez, seria aquilo que está o mais dentro possível. A origem etimológica já fornece subsídios para diferenciá-la de vida privada.

Gamiz (2012, p. 36) observa que "as noções de intimidade e de vida privada são complexas e, por isso, tornam-se equívocas e ambíguas, proporcionando, em certos momentos, dificuldades para se precisarem os seus significados". Além disso, acrescenta que, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, percebe-se claramente uma dificuldade relevante no uso dos termos "privacidade", "intimidade" e "vida privada". Sem contar que muitas vezes são utilizados outros termos como alternativas, tais como: "segredo", "sigilo", "recato" e "reserva". Também destaca que a dificuldade em encontrar uma distinção entre os termos "intimidade" e "privacidade" "advém da complexidade apresentada pelos próprios termos e pela abrangência de cada um". Diante do exposto, Gamiz (2012, p. 40-41, grifo do original) menciona que "a doutrina atual costuma utilizar a expressão '*privacidade*' com mais frequência" e que tal preferência se dá por se entender que a expressão "direito à privacidade", em sentido genérico e amplo, abarca todas as manifestações da esfera íntima, da esfera privada e da personalidade a que a Constituição Federal brasileira se refere. No entanto, vale lembrar que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, não faz menção ao termo privacidade, mas aos termos vida privada e intimidade.

Dotti (1980, p. 65-66, grifo nosso) menciona que

> *As várias denominações usadas [...] refletem as dificuldades da doutrina em apresentar uma definição clara acerca de seu conteúdo. A ambiguidade existente em torno do próprio direito, fez surgir para além da expressão 'direito à intimidade' [...] outras designações.* Nos EUA aparece com o nome de *right of privacy*. Em França, além de *droit a la vie privée* existe a designação *droit a l'intimité*. Já na Itália é predominante a expressão *diritto alla riservatezza*, embora alguns autores prefiram *diritto alla vita privatta*. Como esclarece Moraes Leitão no judicioso parecer da Câmara Corporativa de Portugal de que foi relator 'uma parte da doutrina italiana tem sustentado que uma coisa é o *diritto alla riservatezza*, outra o *diritto alla segretezza* ou *al rispetto dela vita privatta*. Este último seria o direito de impedir que terceiros conheçam ou descubram a intimidade da vida privada do titular; aquele, por sua vez, surgiria em momento posterior e consistiria no direito de impedir a divulgação de aspectos daquela intimidade, depois de licitamente conhecida pelo divulgador'. Na Espanha são usados os tratamentos *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada*. Em Portugal, além de *direito à proteção da intimidade da vida privada* é empregada a expressão ambígua de *direito à zona de intimidade da esfera privada*. Na Alemanha [...] usam-se termos como *privatsphäre* ('esfera privada'); *intimsphäre* ('esfera íntima') e *geheimsphäre* ('esfera secreta e outras similares').

Partindo do entendimento de que a dificuldade de se conceituar privacidade e intimidade é resultado da extensão e do conteúdo desses direitos, Gamiz (2012, p. 42) explica que:

> Normalmente, é apresentada por meio de interesses caracterizados por objetivos diversos. Nesse aspecto, a privacidade tem por objetivo proteger o homem contra: 1) Uma série de invasões que possam interferir na sua vida privada, familiar e doméstica; 2) A comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; e 3) A transmissão de informes enviados (ou recebidos) em razão de segredo profissional.

Destaca-se que, de acordo com o mesmo autor, tendo como referência Silva (2003, p. 4-5),[195] tal conceituação encontra vários obstáculos, tais como:

a. as dificuldades na precisão da extensão e conteúdo do direito, cujo o caráter é subjetivo;

b. os valores sociais se diferenciam e variam no tempo e no espaço;

c. os sentimentos variam de pessoa para pessoa;

d. os interesses envolvidos, em determinadas situações, precisam ser sacrificados em função de outros interesses juridicamente protegidos;

e. os diplomas legais ou convenções internacionais não estabelecem noções conceituais sobre a temática (geralmente identificam situações em que o direito é violado, mas não se preocupam em precisar o conceito).

Registra-se que Gamiz (2012, p. 43) expõe que a compreensão da privacidade perpassa a compreensão de valores e aspectos vigentes em uma determinada época de aplicação, tais como: lugar, espaço e meio. Esses requisitos, segundo o autor em comento, "podem vir a configurar características importantes para atingir o conceito de privacidade de modo a proteger uma pessoa que queira resguardar aspectos de sua vida íntima do conhecimento de terceiros". Nesse sentido, o autor declara que:

> Diante dessas questões, é preciso insistir que a 'intimidade' e 'privacidade' se apresentam como conceitos indeterminados, tornando-se espinhosos, como já se disse, abranger todos os contornos que os vocábulos significam numa só definição. No entanto, *os entendimentos dos institutos são construídos com base no comportamento dos indivíduos, como outros fatores externos. Por esse aspecto, utilizando-se a avaliação do caso específico, pode-se tentar definir o âmbito dos referidos conceitos*. [...]. Isso decorre também das categorias múltiplas que a privacidade apresenta, bem como das aspirações que transcendem as barreiras de um Estado. Assim sendo, é difícil estabelecer seus limites para que se possam atingir pontos comuns para o seu entendimento. (Gamiz, 2012, p. 43, grifo nosso)

Sob essa perspectiva, tem-se o fato de alguns autores defenderem uma ideia aberta do conceito de privacidade, adotando uma perspectiva mais prag-

195 SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez Soares, 2003.

mática, na qual só é possível uma delimitação entre o que é íntimo e privado com a análise do caso concreto. Isso se explica porque que cada indivíduo possui sua própria noção do que lhe é íntimo e, por sua vez, encontra-se em condições pessoais específicas e integra contextos culturais, políticos, econômicos e sociais que lhe são próprios. Diversos fatores estão envolvidos (circunstâncias externas – materiais ou não – e circunstâncias internas aos indivíduos). A própria pessoa delimita *o que* lhe é (ou não é) íntimo e privado, *quando*, *onde*, diante *de quem*, *porque* motivo e *em que condições*. *Em outras palavras, depende do contexto*. Sobre essa visão, Gamiz (2012, p. 47, grifo nosso) defende que, "portanto, *a privacidade apresenta múltiplas facetas*, e uma definição isolada não é capaz de constituir uma regra precisa para a circulação das informações, *mediada por questões de ordem ora social, ora institucional*".

O mesmo autor relata que alguns doutrinadores consideram que, em função dessas múltiplas facetas, existam "tipos" ou "espécies" de privacidade. No entanto, descreve que "não se aventuram a defini-los ou a traçar qualquer iniciativa para seu entendimento" (Gamiz, 2012, p. 55). Todavia, tendo como referência Vieira (2007, p. 31),[196] Gamiz (2012, p. 55-56) apresenta a seguinte classificação de "tipos" ou "espécies" de privacidade:

a. privacidade física – tem por propósito impedir invasões em um espaço do corpo ou da solidão não autorizadas pela pessoa;

b. privacidade do domicílio – seu objetivo é resguardar os "segredos domésticos" e a inviolabilidade do lar em sentido amplo;

c. privacidade das comunicações – a finalidade é proteger as correspondências e demais formas de comunicações;

d. privacidade decisional – se refere às decisões do indivíduo, uma vez que o mesmo tem o direito de escolher seu próprio destino (liberdade social de cada pessoa);

e. privacidade informacional – se refere ao recolhimento e partilha de informações sobre o indivíduo, ou seja, a forma como as informações de um indivíduo foram adquiridas (lícita ou ilicitamente).

Ainda sobre a distinção entre vida privada e intimidade, Dotti (1980, p. 67) explica que a construção do direito à intimidade enquanto um círculo mais restrito do direito à vida privada – direito à intimidade da vida privada (sentido *stricto*) – tem sua origem na França, em uma lei de 17 de julho de 1970. Todavia, alguns autores, entre eles italianos, americanos e ingleses, usam a expressão "intimidade", no sentido *lato*, para designar a "vida privada". O mesmo autor destaca que:

> segundo as conclusões do *Committee on Privacy*, reunido em Londres no ano de 1970 para tratar do assunto respeitante à intimidade da vida privada, 'esta incer-

196 VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação*: efetivação desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007.

> teza é consequência, sem dúvida, da reconhecida ausência de uma clara e aceitável definição do que possa ser intimidade'. Todavia é preciso desde logo acentuar que os conceitos de 'vida privada' e 'intimidade' não são coincidentes. Aliás já em 1958, *affaire* Rachel, o tribunal reconhecia a existência de uma zona reservada, de uma esfera de sentimentos da pessoa na qual ninguém poderia penetrar sem consentimento. [...]. A doutrina do consagrado publicista Hebarre[197] veio trazer importantes subsídios a esta distinção quando refere a intimidade como algo diverso e menos amplo que a vida privada: 'aquela é um círculo concêntrico e de menor raio que a outra' porém segundo observava Raymond Lindon[198] 'só a jurisprudência situará onde se encontra a fronteira'. (Dotti, 1980, p. 67-68)

René Dotti (1980, p. 71) descreve que "são muitas as definições propostas, variáveis segundo a qualidade dos autores e o grau de amadurecimento do assunto". No entanto, o referido autor destaca como o conceito de vida privada é visto genericamente:

> A rigor, como observa Monreal, a civilização ocidental reconhece a existência de uma esfera íntima, reservada como consequência da individualidade, da autonomia e da liberdade imanentes a cada Homem. Daí se deduz o respeito à vida privada como o direito que a pessoa humana pode reivindicar para não se ver absorvida pela massa. *Genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados*. (Dotti, 1980, p. 71, grifo nosso)

O autor em questão também expõe definições "clássicas" de alguns juristas, quais sejam:

> Urabayen indica como a mais antiga, a definição do juiz americano Cooley em 1873 na qual o direito à privacidade aparece como *'o direito de ser deixado só'*. O jurista Nizer conceituava-o como 'o direito do indivíduo a uma vida retirada e anônima'. Em 1955, William Swindler [...] sublinhou: *'O direito à vida privada pode ser definido como o direito de viver a sua própria vida em isolamento, sem estar submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou'*. Lucien Martin dizia que *'a vida privada é a vida familiar, pessoal do homem, a sua vida interior, espiritual, aquela que leva quando vive por detrás de sua porta fechada'*. Em 1967 a organização norte-americana ligada à Presidência, a *Office of Science and Technology* afirmava: *'O direito à vida privada é o direito do indivíduo de decidir por si mesmo qual a medida em que partilhará com os outros, o seu pensamento, os seus sentimentos e os fatos de sua vida privada'*. E, no mesmo ano, a Conferência dos Juristas Nórdicos [...] inspirada na definição do prof. Stig Strömholm da Universidade de Upsala compreendia o respeito à vida privada como *'o direito de uma pessoa ser deixada em paz para viver a sua própria vida como um minimum de ingerências exteriores*'. No entendimento autorizado de Royer-Collard, a vida privada deve ser *'uma barreira, um muro, por detrás do qual se pode abandonar a máscara que necessariamente usamos em público'*. [...] por Pietro Rescigno como *'a pretensão do indivíduo de ver impedida a curiosidade alheia, proibindo a indiscrição e a publicidade não voluntária, o conhecimento e a divulgação de suas vicissitudes pessoais e familiares'*. Segundo Wagner, o direito à vida privada se traduz *'pela proteção da tranquilidade moral dos cidadãos'*. E Lyon-Caen em linguagem literária refere-se *'ao jardim secreto que cada um quer proteger contra a indiscrição'*. (Dotti, 1980, p. 71-72, grifo nosso)

197 Não foi possível localizar os dados das referências.

198 Não foi possível localizar os dados das referências.

Dando prosseguimento, Dotti (1980) cita algumas abordagens, no contexto internacional, a respeito do âmbito e abrangência do direito à vida privada; as quais foram sintetizadas no Quadro 17.

Quadro 17 Âmbito e abrangência do direito à vida privada nas concepções de alguns autores

Autor(es)	Âmbito e abrangência do direito à vida privada
Eduardo Novoa Monreal[199]	Duas realidades distintas: ► faculdade de desfrutar de momentos de solidão, recolhimento ou tranquilidade, elaboração intelectual: permite ao homem se aproximar de si mesmo (meditando, orando, contemplando o mundo, entre outras formas) sem ser perturbado por estranhos; ► possibilidade de manter fora do conhecimento de terceiros e do público em geral determinados aspectos que compõem a esfera privada de cada um
Lyon-Caen[200]	Situações que podem ser subtraídas à publicidade: ► as circunstâncias da vida familiar e da vida amorosa (nascimento, esponsais, matrimônio, divórcio, enfermidades, falecimentos); ► as circunstâncias da vida profissional e seus reveses; ► as circunstâncias relacionadas às distrações, lazeres, amizades e determinados aspectos da vida cotidiana; ► o passado; ► os sonhos; ► rendas, nível de vida e quantidades declaradas ao Fisco[201]
Alan Westin[202]	Quatro grandes estados: ► a solidão ou isolamento (direito de estar só); ► o círculo restrito da família e dos amigos, onde as pessoas desenvolvem suas relações sinceras e naturais; ► o anonimato ou direito de gozar da intimidade em público sem ser reconhecido ou identificado; ► a reserva como realidade mais sutil na qual uma pessoa se defende psicologicamente contra as possíveis invasões dos meios de comunicação
William Prosser[203]	Quatro categorias de proteção: ► o indivíduo no seu retiro, isolamento e/ou nos assuntos privados; ► proibição de divulgação ao público de fatos particulares, designadamente, aqueles que podem causar algum embaraço; ► reconhecimento da ilegalidade das publicações em que cidadãos são apresentados sob uma visão distorcida; ► defesa contra a apropriação, por terceiros, de determinados elementos da personalidade do interessando, para fins comerciais (lucro)
Mantovani[204]	Aspectos multiformes da personalidade: ► o aspecto físico ou corporal: imagem, defeitos físicos; ► o perfil psicológico que abrange o caráter e as anomalias mentais; ► o perfil afetivo (círculo familiar, sentimentos e afeições); ► a situação material que engloba a posição profissional, econômica e o nível de vida

199 MONREAL, Eduardo Novoa. La "vida privada" como bien juridicamente protegido, em Nuevo Pensamiento Penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, 1974.

200 Não foi possível localizar os dados das referências.

201 Segundo Dotti (1980, p. 74), a inclusão da renda, do nível de vida e das quantidades declaradas ao Fisco é discutível.

202 Não foi possível localizar os dados das referências.

203 Não foi possível localizar os dados das referências.

204 Não foi possível localizar os dados das referências.

Autor(es)	Âmbito e abrangência do direito à vida privada
Marcello Caetano[205]	A tutela da vida privada compreende diversas manifestações: ► conversas particulares e quaisquer outras formas de comunicação; ► a imagem do indivíduo; ► os bens; ► o domicílio; ► a tranquilidade pessoal (envolvendo o fato de não ser importunado por telefone ou mensagens); ► a proibição *per se* do fornecimento de quaisquer elementos da vida privada destinados a um arquivo, base de dados, ordenador ou qualquer equipamento eletrônico fundado nos princípios da cibernética ou da informática
Brian Walden[206]	Direito de proteção da intrusão: ► contra si; ► contra a família; ► contra suas relações e comunicações com outros; ► contra sua propriedade; ► contra seus negócios Ingerências exercidas: ► espiando, espreitando, vigiando ou acossando; ► escutando ou gravando sem autorização; ► colhendo imagens sem permissão; ► lendo ou copiando documentos sem autorização; ► usando ou revelando informações confidenciais sem permissão ou de fatos (incluindo nome, identidade e imagem) dirigidos a causar angústia, aborrecimentos ou dificuldades, ou situá-los sob falsa perspectiva; ► apropriando-se de seu nome, identidade ou imagem, sem autorização, para proveito de outros
Raymond Lindon[207]	Parcelas fundamentais da vida privada: ► relações familiares (casamento, filiação e divórcio); ► vida amorosa e sentimental; ► direito à imagem; ► impostos; ► lazeres e ócios
Jean Louis Hebarre[208]	► direito ao nome; ► direito à imagem; ► direito à voz; ► direito à intimidade; ► direito à honra e à reputação; ► direito ao esquecimento; ► direito à própria biografia

Fonte: elaborado pelo autor com base em Dotti (1980).

Em complemento, René Dotti (1980, p. 76-77) descreve que, no plano internacional, foram realizadas várias reuniões de juristas com o objetivo de amparar a vida privada em suas diversas vertentes fundamentais. Nesse

205 Projeto de lei apresentado por seu governo em Portugal – 1973.

206 Projeto de lei apresentado ao Parlamento britânico – fundamentado pela Seção Britânica da Comissão Internacional de Juristas – 1969.

207 LINDON, Raymond. *Les droits de la Personnalité*. Paris, 1974.

208 Não foi possível localizar os dados das referências.

sentido, o autor em questão destaca que o Conselho da Europa, no ano de 1970, com o objetivo de delimitar o conteúdo do direito à vida privada, após se inspirar na doutrina e jurisprudência a respeito do mencionado direito, por intermédio da resolução 428, dispôs o seguinte:

> O direito ao respeito da vida privada consiste essencialmente no poder de conduzir a própria vida como se entender, com um mínimo de ingerências. Diz à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra, e à reputação, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias pessoais, à proteção contra a espionagem e outras indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva das comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à vida privada, as pessoas que, por sua própria iniciativa, encorajaram as indiscrições das quais se vieram, ulteriormente, a lamentar... A fórmula 'a vida privada acaba onde começa a vida pública' não é suficiente para resolver este problema. As pessoas que desempenham um papel na vida pública, têm direito à proteção de sua vida privada, salvo no caso em que esta puder ter incidências na vida pública. O fato de um indivíduo ocupar um lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito da sua vida privada. (Conselho da Europa, 1970 apud Dotti, 1980, p. 77)

Por sua vez, Leonardo Agostini (2011), ao discorrer sobre a necessária distinção entre intimidade e vida privada, considera que essa confusão entre os termos intimidade e vida privada e seus significados é decorrente da má interpretação do trabalho de Warren e Brandeis (*Right to privacy*). Agostini (2011, p. 105-106, grifo do original) assim esclarece seu raciocínio:

> não se sabe se por vontade própria ou não, Samuel Warren e Louis Brandeis utilizaram a expressão *right to privacy* para exprimir a ideia de defesa da privacidade do indivíduo. Ao utilizar a expressão privacidade, não procuraram os autores diferenciar *intimidade* de *vida privada*, ou advertir que se referiam a um direito a *privacidade lato sensu* ou *stricto sensu*. Utilizaram a expressão *privacy* para fundamentar todo o seu raciocínio sem se preocupar com eventuais confusões terminológicas que a mesma pudesse originar. A expressão ultrapassou a fronteira estadunidense sendo incorporada por outros estados. Essa incorporação trouxe problemas uma vez que se passou a utilizar indiscriminadamente o termo privacidade como sinônimo de *intimidade* ou de *vida privada*. A partir daí, a confusão reinou em torno dos dois termos persistindo até os dias atuais. [...]. A utilização do termo *privacy* em outros ordenamentos diferentes do americano mais confundiu *intimidade* como *vida privada* do que os distinguiu.

Para explicar o sentido da expressão vida privada, Agostini (2011) resgata alguns elementos históricos abordando as esferas de atuação do indivíduo em sociedade: esfera pública, esfera privada e esfera social. O autor expõe que, naturalmente, quando se procura o significado de vida privada, a primeira impressão é que se trata da contraposição de vida pública e que normalmente as pessoas conceituam a primeira por meio do seguinte exercício de exclusão: trata-se de tudo aquilo que não é público ou que não tem relevância para a vida pública (Agostini, 2011, p. 114). No entanto, o referido autor demonstra que essa conceituação não é válida, principalmente após o advento da Era Moderna, tendo em vista o surgimento do domínio social (responsável por diluir as barreiras existentes entre o domínio público e o domínio privado).

O domínio público, o domínio privado e o domínio social

Para entender o que representa, na atualidade, os domínios público, privado e social, é necessário compreender os significados de espaços público e privado desde a Antiguidade.

Os conceitos de público e privado no pensamento político clássico eram bem diferentes da forma como atualmente compreendemos. Agostini (2011, p. 116, grifo do original) descreve que:

> Para os gregos, a esfera *pública* era o espaço da *liberdade*, enquanto a esfera *privada*, era o espaço da *necessidade*. Esses espaços eram bem delimitados e representados pelas seguintes figuras espaciais: a esfera pública era representada pela 'polis' e a esfera privada pelo lar. [...] para os gregos somente poderia ascender à esfera pública aquele indivíduo que se mostrasse superior a todos os outros. A forma de verificação dessa superioridade era a *libertação* da *necessidade*. Assim, aquele que conseguia libertar-se de suas necessidades vitais básicas era digno de ascender à esfera pública e, assim, discutir os rumos de toda a comunidade.

Hanna Arendt (2014, p. 34) explica que a distinção entre o domínio público e o privado correspondia aos domínios da política (a *polis)* e da família (o lar), respectivamente, o que também pode ser traduzido como as atividades relativas ao mundo comum (as liberdades) e as atividades relativas à manutenção da vida (as necessidades).

> O traço distintivo da esfera do lar era que o fato de que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. A força compulsiva era a própria vida [...] que para sua manutenção e sobrevivência individual, assim como a vida da espécie, requer a companhia dos outros, o de que a manutenção individual devesse ser a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie a tarefa da mulher era tido como óbvio, e ambas as funções naturais [...]. O domínio da *pólis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era a vitória sobre as necessidades da vida no lar constituída a condição óbvia para a liberdade da *pólis*. A política não podia, em circunstância alguma, ser apenas um meio para proteger a sociedade [...]. (Arendt, 2014, p. 36-37)

Conforme explica Arendt (2014, p. 38-39), a liberdade tinha seu espaço no domínio público ou político, ao passo que, no domínio privado, era preciso vencer as necessidades da vida para conquistar a liberdade do mundo e, para tanto, era necessário organizar e governar o espaço privado.

> todo o conceito de liberdade do governar e do governado, do governo e do poder no sentido em que concebemos, bem como a ordem regulada que os acompanha, eram tidos como pré-políticos, pertencentes antes à esfera privada, mais que à esfera pública. A *pólis* diferenciava-se do lar pelo fato de somente conhecer 'iguais', ao passo que o lar era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando do outro *e* também não comandar. Significava nem governar nem ser governado. Assim, dentro do domínio do lar, a liberdade não existia, pois o chefe do lar, seu governante, só era considerado livre na medida em que tinha o poder de deixar o lar e ingressar no domínio político, no qual todos eram iguais. É verdade que essa igualdade no domínio público tem muito pouco em comum com o nosso conceito de igualdade: significava viver entre pares e ter de lidar somente com eles, e pressupunha a existência de 'desiguais', que, de fato, eram sempre a maioria da população na cidade-Estado. A igualdade, por-

> tanto, longe de estar ligada à justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade: ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem governado. (Arendt, 2014, p. 39-40)

Assim, uma vez que o espaço público compreendia a área da liberdade e era integrado por poucos indivíduos (aqueles com dons singulares), também era o espaço das discussões mais importantes da e para a coletividade e, dessa forma, *exigia-se a mais ampla publicidade (um mecanismo capaz de difundir amplamente as ideias e discursos da polis dignos de serem mostrados à coletividade)*. Ou seja, *a publicidade* dos atos, ideias e discursos da *polis torna-se uma necessidade do domínio público*. No domínio privado, por sua vez, eram desenvolvidas atividades que eram consideradas irrelevantes para a sociedade e, portanto, não compreendiam assuntos dignos de publicidade.

> Assim, visualiza-se que a delimitação dos espaços público e privado na Antiguidade se dava da seguinte forma: *o espaço público* era o espaço político no qual só poderiam participar iguais, *cujos assuntos deveriam ser relevantes e, por isso (relevância), deveriam alcançar a máxima publicidade* para que passassem à posteridade, e, *o privado, era o espaço reservado de convivência dos indivíduos no qual estes somente se conectavam pela premente necessidade de sobrevivência, cujos assuntos não eram relevantes para a comunidade e, por tal motivo, não mereciam a publicidade*. (Agostini, 2011, p. 119, grifo nosso)

Desse modo, o privado não correspondia à riqueza privada (propriedade) nem às atividades contemplativas, mas àquilo que é inerente ao próprio homem (seu trabalho e sua sobrevivência – suas necessidades biológicas). Vale destacar que, conforme descrito por Cachapuz (2006, p. 57), "não se vê entre os antigos qualquer sinal de proteção à vida privada, inclusive frente ao Estado, por uma associação a um conceito de liberdade". A mesma autora completa que "o espaço privado só existia como significado da vida servil, em que a atividade do homem estava destinada à sua própria sobrevivência, por extensão à sobrevivência da comunidade" (Cachapuz, 2006, p. 59). A atividade de pensar não integrava o espaço privado, compreendia uma ação reservada àqueles cidadãos que se faziam livres politicamente e que por suas distinções integravam o espaço público.

Com a chegada da Idade Moderna, a fronteira entre o domínio público e o domínio privado foi se diluindo, principalmente em função do surgimento do domínio social. Este trouxe o interesse coletivo por atividades que antes compunham a esfera privada, ocasionando muitos dos problemas atuais que envolvem a vida privada e a intimidade.

Hanna Arendt (2014, p. 46-47) relata o seguinte:

> O aparecimento da sociedade – a ascensão da administração do lar, de suas atividades, seus problemas e dispositivos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas turvou a antiga fronteira entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis.

Conforme relatam Habermas (2003), Arendt (2014), Cachapuz (2006) e Robl Filho (2013), na Idade Média, tendo em vista a divisão econômica dos feudos, gradativamente o domínio público foi perdendo sua perspectiva política e a distinção entre público e privado tornou-se menos intensa. Cachapuz (2006, p. 59) discorre que: "o interesse da comunidade no feudo e o consequente declínio da autoridade imperial no âmbito do poder doméstico acarretaram o deslocamento do espaço de discussão do público e do privado, inicialmente identificados como esferas de poder política, para uma esfera de poder patrimonial".

Sobre essa questão, Habermas (2003, p. 17-18) explica que a tentativa de uma aplicação, ainda que precária, de relações jurídicas da dominação feudal fundiária e a vassalagem que dela derivava, assim como a organização econômica do trabalho social, transformou a casa do senhor feudal no "centro de todas as relações de dominação". Segundo Habermas, essa posição de dominação fundiária pelo senhor da casa no processo de produção não se encaixa na antítese dos antigos a respeito do domínio privado e domínio público.

> Há 'autoridades' superiores e inferiores, 'privilégios' maiores e menores, mas não há nenhum estatuto que possa ser fixado no âmbito jurídico privado a partir do qual, por assim dizer, pessoas privadas pudessem aparecer numa esfera pública. [...] surgem dificuldades: 'Se entendemos o país como a esfera do público, então na casa e no poder nela exercido pelo dono da casa temos mesmo é de tratar de um poder público de segunda ordem, que, certamente, em vista daquilo que lhe é superior, a ordenação do país, é uma ordem privada, mas num sentido muito diferentes do que ocorre num ordenamento jurídico privado moderno. Assim, parece-me compreensível que a autoridade 'privada' e 'pública' fundem-se numa inseparável unidade, já que ambas são a emanação de um único poder, sendo também compreensível que estejam ligadas aos bens fundiários adquiridos'. (Habermas, 2003, p. 18)

No entanto, o próprio Habermas (2003, p. 18-19) descreve que existia, ainda assim, uma certa correspondência em relação à ideia clássica de público e privado:

> refere-se a elementos comunitários à medida que eles se afirmaram nas relações feudais de produção. O domínio comunal (*Allmende*) é coisa pública, *publica*; o poço, a praça do mercado, são para uso comum, publicamente acessíveis, *loci communes*, *loci publici*. Antitética a este setor 'esfera comunitário' (*Gemeine*), que a história da língua correlaciona com bem-comum ou bem público (*common wealth*, *public wealth*), existe a 'esfera do particular' (das 'Besondere'). Ela é o particularizado, o separado, no sentido do privativo, que ainda hoje mantemos na equivalência entre interesses particulares (*Sonderinteressen*) e interesses privados (*Privatinteressen*). No âmbito da constituição feudal, o particular (das Besondere) estava munido de interesses particulares como imunidades e privilégios; nesta perspectiva, o particular (*Sundere*) é a liberação do próprio cerne do domínio fundiário e, com isso, simultaneamente, da 'esfera pública'.

Como se percebe, as noções jurídicas de público e privado se baseavam na concepção de patrimônio (bens privados) e de elementos comunitários (bens públicos), em função de uma estrutura social baseada na dominação feudal fundiária, na vassalagem e na organização econômica do

trabalho social. Destaca-se que, citando Habermas (2003, p. 20), Cachapuz (2006, p. 59) observa que essa distinção, na Idade Média, "entre bem público e bem privado, de interesse público e de interesse privado, inclusive para fins de representatividade pública, não atingia ainda uma dimensão social, mas 'algo como uma marca de *status*'". Sobre essa representatividade pública, Cachapuz (2006, p. 59-60) explica também que:

> era vista, essencialmente, na forma de estruturação das relações entre os cidadãos ou mesmo entre cidadão e o Estado, em que aquilo que se constituiria numa esfera pública estaria conectado à materialização de um 'poder superior'. Não se tratava, necessariamente, de um poder político, mas da aproximação do público a um estado de superioridade em relação às coisas comuns, ou seja, acessível a todos. Há, no período medieval, a compreensão de que o público estaria relacionado ao alcance da pessoa, em sociedade, de um nível hierárquico superior, que, necessariamente, não se encontraria relacionado às coisas comuns a todos. Ao contrário, o público estaria na marca do intangível ao cidadão comum, sendo reservado àqueles que gozariam de privilégios especiais. [...]. O privilégio se encontrava situado num patamar superior, associado a uma vida nobre, a uma vida fundada na coragem, não vinculado ao homem comum.

A questão da representatividade pública, conforme relata Habermas (2003, p. 20), estava associada à dominação e não se tratava de uma assembleia de delegados que representava alguém ou um grupo. Os senhores, os religiosos, a nobreza e a realeza "representavam a sua dominação, ao invés de o fazer pelo povo, fazem-no perante o povo". Dessa forma, a representatividade pública estava ligada aos atributos dos indivíduos e ao comportamento nobre – o status social. "Uma espécie de reservado, em meio a uma sociedade que ia se separando do Estado" (Habermas, 2003, p. 24)

Para Cachapuz (2006, p. 62), esse cenário instalado na Idade Média, de certa forma, permitiu com que, na Idade Moderna, fosse introduzida a ideia de espaço reservado íntimo; "uma idéia de administração da vida privada das coisas relativas ao feudo".

> Via-se no comportamento do homem já no final da Idade Média, mesmo que ainda ligado a uma representatividade pública, um início de preocupação com as coisas que lhe eram, no mínimo, particulares, porque se preocupava com um sentido de apropriação. A ideia de propriedade começava a aparecer, impondo ao homem um novo modo de relacionamento com as coisas do mundo, a partir de uma pretensão de aquisição individual singular. (Cachapuz, 2006, p. 64)

Na Idade Moderna, temas considerados eminentemente privados passam a ocupar a esfera pública e surge uma nova esfera, a esfera social, responsável por legitimar e promover a propriedade privada.

> Em primeiro lugar, a garantia da propriedade privada e a função da riqueza foram radicalmente alteradas. Até o advento do período moderno, a propriedade privada e a riqueza garantiam ao ser humano a possibilidade de participar da vida política, além de preservarem ocultos assuntos que não eram possíveis de serem trazidos a público. [...]. No entanto, com o advento da Idade Moderna, o espaço público foi colonizado por assuntos particulares. Questões relativas à manutenção e ao desenvolvimento da vida biológica, tratadas e efetivadas anteriormente na esfera privada, invadiram a esfera pública moderna, tornando os dirigentes do Estado-nação chefes de uma grande família, composta por todos os cidadãos, nacionais. (Robl Filho, 2013, p. 49)

Cria-se o chamado “mundo comum” com o objetivo de unir os seres humanos, no qual cada indivíduo tem lugar específico e cabe à sociedade política pensar e desenvolver mecanismos para suprir as necessidades biológicas de todos os cidadãos integrantes de uma nação. Assim, tem-se o deslocamento das questões relativas às necessidades do homem para a esfera pública, formando o chamado domínio social ou esfera do social, na qual se reúnem os saberes econômicos e políticos. Conforme relata Robl Filho (2013, p. 53), nesse contexto,

> a sociedade representa a união de um conjunto de indivíduos com interesses privados na manutenção e na reprodução da vida biológica por meio das categorias trabalho e, principalmente, labor. [...] a sociedade é a forma por excelência de reunião dos indivíduos na esfera social, constituindo, por sua vez, a nação, que passa a exigir da esfera pública soluções para assuntos que eram privados, como a propriedade privada, a riqueza e a manutenção do processo vital.

Assim, o Estado é nomeado protetor da liberdade, dos assuntos ligados às necessidades vitais básicas do homem e dos interesses da sociedade e dos indivíduos. Desse modo, todos os cidadãos, independente das suas riquezas, propriedades ou distinções, passam a integrar a esfera pública, a qual busca garantir os interesses da esfera social (interesses socioeconômicos). Ainda nesse contexto, a ideia de liberdade passa a se relacionar com a vida privada e, consequentemente, com a intimidade. Em outras palavras, tem-se, conforme relata Robl Filho (2013, p. 56-57), mudanças substanciais tanto no domínio público quanto no domínio privado.

> Dessa maneira, houve substanciais mudanças nas vidas política e pública com o surgimento da esfera social. Profundas modificações também foram sentidas na esfera privada com a alteração da sua função e o advento da intimidade. A partir da modernidade, não há possibilidade de afirmar que a vida vivida na esfera privada é própria do idiota [conforme entendia os gregos na Antiguidade], assim como não é razoável concordar que a privacidade representava um simples refúgio do ser humano político. [...] com o surgimento da esfera social, a esfera pública não mais possui a função de desenvolvimento das qualidades essencialmente humanas e da imortalidade por meio da ação e do discurso. E verdade, os assuntos relativos às necessidades biológicas são transformados em questões públicas. Nesse novo contexto, o conteúdo e a função da esfera privada também se alteram [...]. Por meio da ascensão do individualismo e o surgimento da intimidade, viver na esfera privada não se constitui mais uma privação.

Ressalta-se que, segundo Arendt (2014, p. 46-47), esse processo de mudança na dicotomia entre público e privado, iniciado na Idade Média e desenvolvido na Idade Moderna, não compreendeu apenas uma mudança de ênfase, mas um enriquecimento da esfera privada, por meio do individualismo, e em oposição à esfera social:

> Não se trata de mera mudança de ênfase. Na percepção dos antigos, o caráter privativo da privatividade, indicado pela própria palavra, era sumamente importante: significava literalmente um estado de encontrar-se privado de alguma coisa, até das mais altas e mais humanas capacidades do homem. Quem quer que vivesse unicamente uma vida privada – um homem que, como o escravo, não fosse admitido para adentrar o público ou que, como o bárbaro, tivesse escolhido não estabelecer tal domínio – não era inteiramente humano. Hoje não pensamos mais primeiramente em privação quando empregamos a palavra

> ‘privatividade’, e isso em parte se deve ao enorme enriquecimento da esfera privada por meio do moderno individualismo. Não obstante, parece ainda mais importante o fato de que a privatividade moderna é pelo menos tão nitidamente oposta ao domínio social – desconhecido dos antigos, que consideravam o seu conteúdo como assunto privado – quanto do domínio político propriamente dito. *O fato histórico decisivo é que a privatividade moderna, em sua função mais relevante, a de abrigar o que é íntimo, foi descoberta não como oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada*. (Arendt, 2014, p. 46-47, grifo nosso)

Em relação a isso, é interessante a seguinte observação de Cachapuz (2006, p. 70):

> Na contramão desse individualismo no âmbito da esfera privada, a escolha por um princípio de igualdade, na esfera pública, encaminha a sociedade para um certo conformismo, identificado pelo culto à normalização. [...]. A aparente tensão entre a exigência de um conformismo no âmbito público e a revelação de um inconformismo e até de um sentimento de individualismo na esfera privada é que talvez permita uma explicação à busca pela proteção à privacidade aos modernos. E isto, fundamentalmente, pela identificação de que a própria história revelou uma ‘irresistível tendência’ de prevalência da esfera pública sobre a esfera privada, inclusive sobre a esfera mais restrita da intimidade.

Arendt (2014, p. 47) descreve que o primeiro a estabelecer uma teoria sobre a intimidade foi Jean-Jacques Rosseau em rebeldia contra a intrusão da sociedade “em uma região recôndida do homem, que até então não necessitara de proteção especial”. Segundo Arendt, essa reação contra a sociedade representava um protesto contra as exigências niveladoras impostas pelo social (regras de comportamento e condutas) e um desejo de sentir-se à vontade na sociedade ou de viver completamente fora dela.

> Um fator decisivo é que a sociedade, em todos os seus níveis, exclui a possibilidade de ação, que outrora era excluída do lar doméstico. Ao invés de ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendem a ‘normalizar’ os seus membros, a fazê-los comportarem-se, a excluir a ação espontânea ou a façanha extraordinária. Com Rosseau, encontramos essas exigências nos salões da alta sociedade, cujas convenções sempre equacionam o indivíduo com a sua posição dentro da estrutura social. O que importa é esse condicionamento com a posição social [...].

Sob essa perspectiva, como expõe Hanna Arendt (2014), se antes os gregos consideravam que pertencer aos “iguais” significava estar entre os pares no domínio público (espaço das liberdades) em virtude das suas singularidades (distinção, no âmbito do domínio público, de méritos individuais); com a Idade Moderna e o surgimento do domínio social, o “ser igual” se baseia nos padrões de comportamentos (conformismo), na uniformidade de uma rotina cotidiana (automatismo) e na não tolerância de certas condutas consideradas anormais e associais. Em outras palavras, a distinção e a diferença tornam-se assuntos privados. Nesse sentido, a autora em questão observa que:

> A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da vida, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual se permite que as atividades relacionadas com a mera sobrevivência apareçam em público. [...]. O domínio social no qual o processo da vida estabeleceu o seu próprio âmbito público,

> desencadeou um crescimento artificial, por assim dizer, do natural; e é contra esse crescimento – não meramente contra a sociedade, mas contra um domínio social em constante crescimento – que o privado e o íntimo, de um lado, e, de outro, o político (no sentido mais restrito da palavra) mostraram-se incapazes de se defender. (Arendt, 2014, p. 57-58)

Surge o desejo de um espaço exclusivo (privativo) protegido da intromissão da sociedade. Um espaço que não é oposto da esfera política, mas da esfera social. A privacidade passa a ser entendida, a partir desse momento, como um espaço exclusivo de vivência consigo mesmo e de desligamento ou afastamento provisório do conformismo e do automatismo nivelador da massificação social. Nesse sentido, Agostini esclarece que:

> A privacidade como um espaço de fuga do indivíduo, de fuga da massificação social, rege-se por um princípio extremamente peculiar: o princípio da *exclusividade*. Na época em que passou a se defender a privacidade do indivíduo, os princípios que imperavam para os espaços público e privado eram o da *igualdade* e o da *diferenciação*. Enquanto no espaço público imperava a igualdade, no espaço privado imperava a *diferenciação*. *Como a privacidade não se encaixa em nenhuma dessas duas espécies a mesma passa a reger-se por um princípio totalmente diferente dos dois até então predominantes, o princípio da exclusividade*. O princípio da *exclusividade* foi concebido como o poder do indivíduo de fazer as escolhas que melhor lhe aprouver para desenvolvimento de sua vida. Assim *o exclusivo passa a ser visto como aquilo que passa pelas opções pessoais do indivíduo*. (Agostini, 2011, p. 124-125, grifo nosso)

Agostini (2011, p. 125, grifo do orignal) acrescenta que o princípio da exclusividade permite que o indivíduo, no uso da sua própria subjetividade, seja capaz de transformar suas percepções e compreensões sobre os fatos sem ser guiado pelas normas e padrões objetivos de conduta, comportamento, semelhanças, interesses e qualidades desejados e/ou impostos por terceiros, pela pressão social ou pelo poder público. Ou seja, o indivíduo tem o poder de escolhas e a possibilidade de ser guiado pelos próprios desejos, sendo-lhe assegurada uma identidade. Segundo Agostini, "esse princípio vai reger tanto a *vida privada* quanto a *intimidade*".

Sobre o princípio da exclusividade, Cachapuz (2006, p. 127) acrescenta o seguinte:

> O que o princípio da exclusividade resguarda à esfera privada, portanto, é o 'direito de "permanecer só" consigo mesmo dentro dessa esfera, excluindo a interferência de terceiros. Isto inclui o direito de cada um às suas preferências, expressões e, ainda mais, à exposição da própria imagem. Cada um tem o direito, em princípio, de determinar se, e em que medida, terceiros poderão levar ao âmbito público relatos de sua vida ou de certos eventos desta'.

Cachapuz (2006, p. 129) explica que "a esfera privada, orientada pela exclusividade, é informada tanto por 1) um conteúdo íntimo que se pretende 'esconder' como 2) pelas coisas relacionadas aos laços de família e amizade". No primeiro caso, a referida autora descreve que essa escolha do indivíduo se dá em função dos seguintes aspectos: "por crença moral, sexual, científica, religiosa ou política, ou ainda pelo simples fato de querer viver de determinada forma, mesmo afrontando princípios estabelecidos socialmente pela opinião pública preponderante". Assim, em sua opinião, "o que a esfera

de intimidade garante ao indivíduo é justamente o direito de destoar da média social e viver, ainda que solitariamente, a sua diferença, a sua escolha". Já em relação ao segundo caso, sobre as relações privadas que o indivíduo vivencia junto de amigos e familiares, a referida autora comenta que:

> São integrantes de uma relação privada do indivíduo aqueles eventos ou informações ligados à sua vida íntima com os mais próximos, estabelecendo uma relação de confiança num âmbito restrito de convivência, ainda distante de um interesse que possa atingir um espaço público de relacionamento. A intromissão não autorizada, ou com quebra de confiança, em eventos particulares como casamentos, solenidades de nascimento ou morte, passeios turísticos em ambientes reservados, ainda que se trate de personalidade pública, pode, portanto, autorizar o reconhecimento de uma violação à vida privada. Também a vida privada do indivíduo integra essa esfera de exclusividade. É a possibilidade de o indivíduo utilizar benefícios da esfera pública sem que, necessariamente, tenha que vivenciar uma devassa na sua vida privada pelo simples fato de participar de evento e de usufruir de atividades compartilhadas com terceiros. [...]. Ainda lhe segue resguardado o direito de preservar sua individualidade naquilo que não interessar compartilhar com terceiros ou que não encontrar justificativa plausível para exibir aos demais. Trata-se, em verdade, de uma reserva de exclusividade em determinadas atividades – porque relacionadas ao modo de ser da vida privada – mesmo quando exista já um primeiro contato entre os interesses do indivíduo e os interesses da coletividade. (Cachapuz, 2006, p. 130-131)

Retomando as considerações de Hanna Arendt, é importante destacar algumas questões relativas ao termo "público". Para Arendt, o termo "público" tem uma relação com dois fenômenos correlatos, porém não idênticos: o primeiro é que "tudo o que aparece em público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível" (Arendt, 2014, p. 61); o segundo é que "o termo 'público' significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que privativamente possuímos nele" (Arendt, 2014, p. 64).

Sobre a primeiro fenômeno, a autora em questão explica o seguinte:

> Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do ser visto e ouvido, mesmo as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos do espírito, os deleites dos sentimentos – levam uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo que assumam um aspecto adequado à aparição pública. [...]. Toda vez que falamos de coisas que só podem ser experimentadas na privatividade ou na intimidade, trazemo-las para uma esfera na qual assumirão uma espécie de realidade que, a despeito de sua intensidade, elas jamais poderiam ter tido antes. [...]. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e radiante da constante presença de outros na cena pública; nesta, só pode ser tolerado o que considerado relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente um assunto privado. É claro que isso não significa que as questões privadas sejam geralmente irrelevantes; pelo contrário, veremos que existem assuntos muito relevantes que só podem sobreviver no domínio privado. (Arendt, 2014, p. 61-63)

Assim, é importante apresentar o seguinte comentário de Arendt (2014, p. 90):

> Embora a distinção entre o privado e o público coincidam com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a permanência e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham o lugar adequado no domínio privado. O significado mais elementar dos dois domínios indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que se possam adquirir alguma forma de existência.

A respeito do segundo fenômeno, de que o termo público significa o próprio mundo, a mesma autora explica o seguinte:

> Esse mundo, contudo, não é idêntico à Terra ou à natureza, enquanto espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica. Antes, tem a ver com o artefato humano, como o que é fabricado pelas mãos humanas, assim como com os negócios realizados entre os que habitam o mundo feito pelo homem. Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que o possuem em comum [...]. O domínio público, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que caiamos uns sobre os outros, por assim dizer. (Arendt, 2014, p. 64-65)

Por outro lado, nesse novo contexto surgido a partir da Idade Moderna, conforme aponta Robl Filho (2013, p. 62), a distinção, a subjetividade e a excelência humana não são mais desenvolvidas no território do domínio público. Agora, "por meio da intimidade, a esfera privada possibilita o desenvolvimento da subjetividade que tenta escapar da padronização social". Em síntese, "a vida privada deixa de ser caracterizada por um conjunto de privações e torna-se, de certa forma, um pilar de libertação humana da estandardização". Desse modo, o conceito de liberdade se desloca para o domínio da vida privada moderna, na qual se encontra abrigada a intimidade (o âmbito mais restrito, mais exclusivo do indivíduo).

Enfim, conforme descreve Cachapuz (2006, p. 82), a dicotomia público-privado chega à Idade Contemporânea "não como algo que confunda ou que anule espaços próprios, mas como uma realidade que permite a coexistência de intervalos específicos ao que merece publicidade e ao que deve ser mantido em reservado". Nesse sentido, de acordo com Maria Cachapuz (2006, p. 88), um ponto que precisa ser considerado a respeito do direito à privacidade na Idade Contemporânea está relacionado a uma das contribuições de Warren e Brandeis, segundo os quais a publicação daquilo que é de caráter privado não está proibida, mas é preciso que se tenha agregada a essa ação uma noção de relevância pública específica. Ou seja, pode se tornar público o que a princípio faz parte do reservado (do exclusivo), desde que, em determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, seja relevante e mereça ser compartilhado e acessível por todos. Nesse caso, a autora em questão reforça que "há um elemento de vontade, individual ou coletiva, que contribui para tornar aparente" aquilo que inicialmente é identificado como matéria reservada. Existe um desejo justificado do indivíduo ou da coletividade que permite que o reservado (o privativo, o exclusivo) se torne visível (público).

A privacidade e a teoria das esferas ou dos círculos concêntricos

Observa-se que a teoria das esferas, cunhada na doutrina alemã, é bastante citada quando se pretende definir privacidade e intimidade. Danilo Doneda (2006, p. 108) descreve que essa teoria, de autoria de Heinrich Hubmann, foi adotada, e também transformada por doutrinadores em diversos países e tem como fundamento o seguinte:

> utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação do sentimento de privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*, que para outros autores seria a *Geheimnisphäre*); a esfera privada (*Privatsphäre*) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (*Öffentlichkentsbereich*).

A respeito dessas três esferas, Cachapuz (2006, p. 115) explica que elas são delimitadas pela intensidade de proteção exigida do Estado, a saber: "uma esfera mais interna e com proteção mais intensa", na qual se encontram contempladas aquelas situações mais íntimas e reservadas do indivíduo; "uma esfera privada ampla", que contempla o âmbito privado na medida em que esse não pertence à esfera mais interna; e "uma esfera social, reservada a tudo que não esteja afeto à esfera privada ampla".

Quanto à aplicação dessa teoria, Tatiana Vieira (2007, p. 38, grifo do original) considera o seguinte:

> Adotando-se a *teoria das esferas*, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre *intimidade* e *vida privada* e, mais ainda diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservados da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *Intimsphäre* ou intimidade em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnisphäre* ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.

Todavia, é importante esclarecer que essa teoria recebeu e recebe diversas críticas. Vieira (2007, p. 38-39), por exemplo, relata que alguns "questionam pela impossibilidade de se determinar cientificamente as fronteiras que demarcam os três círculos [...], em face da incontornável relatividade que se estabelece entre eles". Outros consideram que as informações pessoais "devem ser protegidas com a mesma intensidade, independentemente da esfera em que se situem (vida privada, intimidade ou segredo)".

Robert Alexy (2011, p. 363-364) é um dos autores que tece críticas à referida teoria:

> Não há dúvidas de que uma restrição muito intensa na esfera social requer razões de maior peso que uma restrição irrelevante na esfera privada ampliada. Além disso, frequentemente é difícil decidir se um caso pertence à esfera privada ampliada ou à esfera social. Entre o mais privado e aquilo que não tem nada

> de privado existe uma transição gradual. Por isso, não é possível criar duas classes, gozando uma de maior proteção de direitos fundamentais que a outra; o que se deve é, na verdade, fazer diferenciações tanto com base na intensidade da afetação quanto com base no grau de privacidade. O que a diferenciação entre esferas privada e social corretamente põe em destaque é o fato de que a proteção a direitos fundamentais deve ser tão maior quanto maior for o peso dos princípios protetores da privacidade que estejam aliados ao princípio da liberdade geral de ação. A teoria das esferas demonstra ser, portanto, uma descrição extremamente rudimentar dos diferentes graus de intensidade aos quais, sob diferentes condições, a proteção de direitos fundamentais está submetida. Na parte em que é correta essa teoria sustenta que a proteção da liberdade é tão mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa e conjunto com outros princípios, sobretudo o da dignidade humana. No âmbito da esfera mais interior as relações de peso são tão certas que podem ser expressas em regras relativamente genéricas. No mais, depende-se decisivamente de sopesamento, e cuja face de liberdade se encontra o princípio da liberdade negativa ao lado de alguns princípios adicionais.

Teixeira e Haeberlin (2005, p. 83) explicam que, no Brasil, essa teoria das esferas ou dos círculos concêntricos "foi importada utilizando-se quatro círculos, na seguinte ordem de abrangência do maior para o menor: o do público, o da privacidade, o da intimidade e o do segredo". No que tange ao círculo do público, os autores explicam que ele é "dominado pelo princípio da transparência e da igualdade, em que a comunicação entre os indivíduos é irrestrita em relação aos demais". Em relação ao segundo círculo, o da privacidade, esse encontra-se "sob o domínio do princípio da exclusividade, em que o indivíduo se comunica restritamente, dirigindo-se a um número limitado de pessoas" (restrição da informação apenas aos indivíduos de confiança). Tratando-se do terceiro círculo, o da intimidade, os autores em questão descrevem que esse "possui um âmbito ainda menor por subtrair a externalidade anterior" e contempla "o indivíduo consigo mesmo, cercado de pensamentos e abstraído da necessidade de comunicar-se com os demais". Enfim, quanto ao quarto círculo, o do segredo, explicam que ele encontra-se inserido "no círculo da intimidade – por consequência, no da privacidade –, sendo aquele grau mínimo de comunicabilidade do indivíduo com os demais membros do seu meio social". Teixeira e Haeberlin destacam ainda que o círculo do segredo é aquele que possui "o menor raio em que se desdobra a intimidade". Além disso, acrescentam que "o segredo tem por objeto os atos mais pessoais e íntimos do ser, os quais ele não quer que sejam compartilhados com os outros (ou quer que sejam compartilhados apenas com um número mínimo de pessoas) e, portanto, esconde dos demais" (Teixeira; Haeberlin, 2005, p. 85).

Diante de tais argumentos, é importante registrar que, na opinião de Teixeira e Haeberlin (2005, p. 85), a proteção dos sigilos bancários e fiscais encontra-se amparada no círculo do segredo:

> É, pois, a manifestação da liberdade na forma de negação. E é exatamente neste pequeno universo do segredo que se encontra a proteção dos sigilos bancários e fiscal. Ora, os dados bancários e fiscais comportam informações da seara mais íntima do indivíduo, tais como remunerações, renda, dívidas, discriminação de contas. Se fosse permitido externá-las, em qualquer situação, não apenas as re-

> lações interpessoais estariam em constante fragilização, como a própria noção de crédito (confiança) contaria os dias para o seu fim, uma vez que seria substituída pela possibilidade de obtenção de tais informações a qualquer tempo.

Retomando a teoria das esferas ou dos círculos concêntricos, é preciso mencionar que Cachapuz (2006, p. 116-117) entende que a aproximação da teoria das três esferas à discussão mais ampla sobre a dicotomia entre o público e o privado é interessante, em função de duas questões: 1) porque "o critério de distinção das esfera se relaciona ao que possa pertencer ao âmbito privado, em oposição ao público" e 2) tal critério não está condicionado "à formulação de institutos jurídicos pré-determinados". Nesse sentido, a referida autora considera que a primeira questão suscitada remete ao "reconhecimento de atuação de um princípio de exclusividade em relação ao que é íntimo e privado". Já a segunda questão faz referência "à relevância de aplicação de um princípio de proporcionalidade em sentido estrito para, a partir de uma medida de ponderação, chegar à solução jurídica mais concreta a determinado caso concreto proposto à discussão".

Caracteres de identificação da vida privada e intimidade

Ao analisar a vida privada na perspectiva do princípio da exclusividade, Agostini conclui que:

> vê-se que esse espaço *é o espaço de convivência* do indivíduo protegido pela exclusividade de convivência pelo qual o indivíduo escolhe com que deseja se relacionar. Entretanto, o espaço da vida privada, dada a sua natureza tipicamente relacional, *exige comunicabilidade* e, a comunicabilidade, autoriza que dados próprios do indivíduo tenham que ser confiados a terceiros. (Agostini, 2011, p. 125, grifo nosso)

O mesmo autor explica o fato de que exigir um espaço de convivência e a comunicabilidade não significa que os dados relativos à vida privada estejam desprotegidos, assim como o fato do indivíduo ter opções de escolhas não significa que tais dados não possam ser manipulados indevidamente. Agostini (2011, p. 125, grifo do original) ressalta que tais dados e informações "deixam de ser ocultados e passam a fazer parte de uma face *exterior* do modo de vida do indivíduo dada a necessidade relacional".

De acordo com o autor em questão, nesse espaço relacional estariam inseridas aquelas informações referentes às opções da convivência do indivíduo. Agostini (2011, p. 126) cita alguns exemplos: "como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência)".

Nesse sentido, conforme descrito por Agostini (2011, p. 126), em função da necessidade comunicacional da convivência, a vida privada congrega um conjunto de situações cujas informações são fornecidas sem constrangimentos, embora sejam privativas.

> São informações que, embora privativas – como nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. –, condicio-

nam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura.

Mediante a constatação acima, o referido autor entende que:

> Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, *os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles*. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, *o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito*. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade. (Agostini, 2011, p. 126, grifo nosso)

Conforme pode ser observado, na concepção do autor em tela, a proteção é em função da relação estabelecida pelos indivíduos e da possibilidade dos dados e informações disponibilizadas no espaço relacional estabelecido (um contexto exclusivo) serem explorados por terceiros em outros espaços (outros contextos, ou seja, além do contexto exclusivo). Tais informações são privativas de um contexto específico, no qual em função da necessidade da convivência, da identificação e da comunicabilidade o indivíduo optou por compartilhá-las com aqueles que integram o contexto em questão.

Em relação aos caracteres identificadores da intimidade, Agostini (2011, p. 126, grifo nosso) também expõe seus argumentos sob a ótica do princípio da exclusividade: "sob a ótica do princípio da exclusividade *a intimidade pode ser vista como âmbito exclusivo que reserva para si o que n*ão se comunica externamente *para terceiros* por não apresentar qualquer relevância social".

Tendo como referência os apontamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p. 147),[209] Agostini descreve que:

> a intimidade pode ser vista como *a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consist*ência à sua personalidade – dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, *enfim dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo*

209 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, ano 1, p. 140-156, 1992.

> *a integridade moral do sujeito*. Em termos do *princípio da exclusividade*, Tércio Sampaio entende que intimidade é, nesses casos, *em grau máximo*. (Agostini, 2011, p. 127, grifo nosso)

Sobre esses dados e informações de caráter íntimo, Agostini acrescenta as seguintes observações:

> *o emissor pode comunicar tais dados, se o desejar, mas a ninguém é dado exigir dele a informação transmitida, salvo em casos especialíssimos em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem*: o direito de não ser obrigado a revelar situações íntimas é limitado pelo direito de o receptor recusar informações íntimas que lhe firam a própria intimidade. Por isso, em processos que versem situações íntimas, a lei garante o sigilo. (Agostini, 2011, p. 127, grifo nosso)

Feitas as devidas apresentações a respeito das características identificadoras da vida privada e da intimidade, Agostini (2011, p. 127-128, grifo nosso) considera que:

> *vida privada e intimidade são espécies de um gênero mais amplo que pode ser designado como privacidade*. A privacidade e, portanto, *intimidade* e *vida privada, são regidos pelo princípio da exclusividade*. O princípio da *exclusividade* visa *assegurar* ao indivíduo a sua *identidade* diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela submissão ao poder político. Representa a ideia de que o conteúdo da informação, do dado, da forma de convivência, enfim, das situações subjetivas existenciais do indivíduo, pertencem *exclusivamente* a ele e a mais ninguém. Diante dessa exclusiva propriedade não se autoriza que terceiros se intrometam ou divulguem informações privativas do indivíduo sem sua devida autorização.

O referido autor defende que vida privada e intimidade, apesar de pertencerem ao mesmo gênero, a privacidade,[210] não se confundem. Na sua concepção, a distinção entre intimidade e vida privada se dá em função do seguinte:

> *O traço distintivo entre intimidade e vida privada pode ser encontrado no campo da necessidade de comunicabilidade, e com a necessidade de comunicabilidade, a ideia de repercussão social*. De fato, toda relação humana é, por excelência, uma relação de *comunicação*. Daí porque afirma-se que o cidadão não vive, ele convive. Para que a convivência se mostre possível, o indivíduo necessita abdicar de parte de sua privacidade. Assim, alguns dados que originalmente são *exclusivamente seus*, têm que ser, mesmo que temporariamente, transmitidos a terceiros para que algum interesse seja alcançado. *Os dados ou informações repassados a terceiros continuam sendo seus, mas pela necessidade de convivência, passam a ser compartilhados com mais pessoas. Esses dados, fatos ou situações, podem ser enquadrados como sendo aqueles que formam a vida privada do indivíduo*. No entanto, existem alguns dados, fatos ou situações que não necessitam ser comunicados para terceiros para que o sujeito conviva em sociedade. *Esses dados, fatos ou situações, por se referirem ao núcleo mais elementar da personalidade do indivíduo, bem como não precisar[em] ser comunicados externamente, podem ser qualificados como dados, fatos ou situações que formam a intimidade do indivíduo, ou do grupo ao qual ele pertence*. (Agostini, 2011, p. 128, grifo nosso)

210 Assim como Agostini (2011), outros autores, como Teixeira e Haeberlin (2005), por exemplo, também consideram que a vida privada e a intimidade compreendem espécies do gênero privacidade.

Diante desse traço distintivo, a repercussão social da informação na perspectiva da necessidade de comunicabilidade, para Agostini (2011, p. 128-129), representa a "situação relacional existencial relacionada ao indivíduo". Nesse caso, em se tratando da intimidade, "as situações subjetivas existenciais estão relacionadas "ao próprio indivíduo ou a um grupo limitadíssimo de pessoas" e, além disso, "somente são relevantes para os envolvidos". Em outras palavras, "não são relevantes, via de regra, para a sociedade" e, portanto, "fica desautorizada a intromissão ou divulgação não autorizada de dados íntimos do indivíduo ou de seu grupo afetivo ou de confiança". Quando se trata da vida privada, "a relevância das informações para a sociedade, ou mais adequadamente, para o conviver em sociedade, é maior" e, dessa forma, sendo maior a relevância, menor será o raio de exclusividade.

Intimidade subjetiva e intimidade relacional

A respeito do direito à intimidade, Agostini (2011, p. 204, grifo do original) considera que o interesse juridicamente protegido "é a *proteção dos valores morais, sentimentais e espirituais* da pessoa que vão constituir o seu *acervo* existencial". Ou seja, do corpo, da mente e do espírito. Trata-se da liberdade do indivíduo para tomar suas decisões dignamente em relação à própria vida e que envolvem o seu corpo, a sua mente e o seu espírito. Tal proteção abrange as relações vivenciais do indivíduo consigo mesmo e suas relações interpessoais com determinadas pessoas ou um grupo social, as quais não pretende tornar públicas.

> Nomeadamente, abrange o atinente ao modo de ser do homem, seus pensamentos, sentimentos e afetos, contanto que não sejam voluntariamente tornados públicos pelo interessado. Engloba ainda as convicções filosóficas, religiosas, políticas ou partidárias reservadas; as pequenas acomodações e transigências da vida cotidiana; os flertes, namoros ou esponsais não objeto de publicações no processo preliminar de casamento; as peripécias (renúncias, êxitos, sacrifícios, aborrecimentos e reconciliações) da vida conjugal e familiar; as causas e circunstâncias de um divórcio; a vida amorosa fora e ao lado do casamento (sem prejuízo, neste último caso, dos direitos do cônjuge ofendido); a nudez em zonas naturistas; os comportamentos sexuais íntimos das pessoas, a revelação não autorizada de adoção plena; os critérios educativos paternos; as desavenças entre pais e filhos, entre parentes ou mesmo entre não familiares que não tenha ocorrido publicamente ou que os interessados queiram manter reservadas; o relacionamento pessoal domiciliário no contrato de trabalho doméstico. (Agostini, 2011, p. 205)

Todavia, o mesmo autor aponta que no cerne do conceito de intimidade tem-se duas espécies: a intimidade subjetiva e a intimidade interrelacional.

Agostini (2011, p. 210) explica que a intimidade subjetiva "é aquela que garante ao indivíduo a faculdade de dialogar consigo mesmo". Compreende uma face interna e subjetiva voltada para o próprio indivíduo.

> É o verdadeiro 'pensar com os botões'. É aquela intimidade que o homem desfruta sozinho sem que, necessariamente, esteja na companhia de alguém e sem que, igualmente, tenha que exprimir sua opinião ou o seu sentimento. Seria aquela face da intimidade que o indivíduo reserva-se ao direito de não dividi-la com ninguém. É o momento do ensimesmamento, do isolamento, da mais pura

> reflexão. É o momento em que o indivíduo pode soltar todas as suas amarras e despir-se de todas as suas 'máscaras'. É o período do refúgio e da fuga espiritual. O momento em que o 'indivíduo recolhe-se no seu castelo [...] desce às profundezas de sua alma e sai em busca do seu ser'. É o desfrute daquele lúdico e importante momento que torna possível o exercício da 'liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim, a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte', podendo ser considerado então 'uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito'. (Agostini, 2011, p. 210)

Já a intimidade interrelacional, de acordo com o autor em questão, compreende aquela intimidade que o indivíduo desfruta com os outros, ou seja, que "é usufruída entre o sujeito e as pessoas de um grupo restrito" (Agostini, 2011, p. 210). Envolve um compartilhamento mediante a convivência e laços de afetividade e confiança. Agostini (2011, p. 211, grifo do original) explica que o ser humano é comunicativo por excelência e não consegue viver isoladamente; e, assim, "ele vive *com* e *para* os outros". Nesse processo de convivência, que pode ser duradouro ou não, o indivíduo abre mão de parte da sua individualidade, porém não perde a sua intimidade. Trata-se de uma face externa da intimidade, voltada para as relações interpessoais, na qual o indivíduo deixa transparecer seus defeitos e qualidades, seus sentimentos e suas reflexões.

> É na presença dos outros que o indivíduo consegue identificar os mais belos sentimentos (o amor, a amizade, a compreensão, o respeito, a dignidade). Dada essa peculiaridade característica, pode se dizer que o ser humano é naturalmente compelido a estabelecer relações de afetividade que proporcionem o desenvolvimento de uma vida saudável. Com isso, a intimidade que de certa forma estava fechada para o mundo exterior, vê-se aberta e contingenciada pela necessidade de convívio. Pelo convívio o indivíduo é conduzido então a uma entrega voluntária e sincera, que pode ser mais ou menos profunda e que vai desde a simples amizade, até o laço conjugal, afetivo ou parental. (Agostini, 2011, p. 211)

Na concepção de Agostini (2011, p. 213), por representar o núcleo essencial de uma pessoa, a intimidade subjetiva, no caso de colisões com outros direitos, deve prevalecer; já a intimidade interrecional, por se comunicar externamente, pode ceder.

A violação da vida privada e da intimidade

De acordo com Agostini (2011), a violação ou a ofensa (o fato antijurídico) da intimidade (e aqui acrescenta-se, da vida privada) acontece por intermédio de duas modalidades: a intromissão ou invasão e a divulgação não autorizada.

A intromissão, de acordo com o mesmo autor, "pode ser entendida como aquela ação de terceiro que invade a intimidade do indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas". Agostini (2011, p. 215) cita alguns exemplos de formas de intromissão:

> Ela pode se dar por várias formas. Pela penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la, pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone. Pela gravação de conversas

> e tomadas de cenas fotográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral. Pela audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente. Pela utilização de publicações, ou em outros meios de informação, de fotografias ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes. Pela invasão e subtração de dados armazenados nas memórias de computadores pessoais.

Já a divulgação não autorizada compreende "aquela em que o indivíduo não se intromete na intimidade do indivíduo, pois desfruta de sua intimidade, mas, traindo o laço de confiança ou de afetividade criado com o mesmo, divulga, sem a sua autorização" (Agostini, 2011, p. 215-216).

Os direitos à vida privada e à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro

René Dotti (1980, p. 27) descreve que o reconhecimento do direito à vida privada enquanto um direito autônomo iniciou-se no final do século XIX em função da preocupação internacional após a revolução tecnológica sob influência da Segunda Guerra Mundial. Além desse, outros fatores que, em sua concepção, contribuíram foram a ampliação das funções políticas e administrativas do Estado e, consequentemente, alguns casos de arbitrariedades cometidas por autoridades e conflitos entre o povo e o governo. "Por isso, elaboram-se leis de responsabilidade pelos atos dos agentes públicos e, diante dos reflexos do desenvolvimento científico e tecnológico já se criam normas protetoras da intimidade" (Dotti, 1980, p. 30).

O referido autor explica que as constantes e rápidas mudanças da vida moderna inseriram o homem em um mundo de invenções e de instrumentos com o objetivo de auxiliá-lo nas suas relações e convivência com os outros (pessoas e instituições). Mas, percebeu-se que esses meios estavam sujeitos tanto ao "uso pacífico" quanto ao "abuso ofensivo" (Dotti, 1980, p. 34-35).

> A erosão da privacidade causada pelos instrumentos, meios e condições resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico constitui fonte de apreensões para muitos países. Em maio de 1967 a Comissão Internacional de Juristas realizou em Estocolmo um congresso sobre a tutela da vida privada, com grande repercussão legislativa. No mês de setembro daquele ano, em Varena, foi realizado o 3º Simpósio de Estudos de Direito e Processo Penal [...] para tratar, com exclusividade, do direito à vida privada e, particularmente, quanto à intimidade. [...]. Em 1968 realizou-se em Teerã uma Conferência Internacional dos Direitos do Homem, cujos resultados apontaram as descobertas científicas e a evolução da técnica como fatores capazes de colocar em risco os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas, apesar do reconhecimento de grandes perspectivas ao desenvolvimento econômico, social e cultural. Em 19 de dezembro daquele mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas sensibilizando-se com a posição assumida pela conferência de Teerã, adotou a resolução concernente aos direitos do homem e ao progresso da ciência e da técnica. (Dotti, 1980, p. 37-38)

Além dos fatos narrados acima, Dotti (1980) cita outros movimentos internacionais que também tiveram importância na consagração do direito à vida privada e à intimidade:

a. a denúncia proferida na sessão de 12/11/1973 da Academia das Ciências Morais e Políticas da França sobre as modernas técnicas de invasão da intimidade e os perigos acarretados pelo universo dos computadores;

b. a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembleia Geral das Nações Unidas de 10/12/1948, em especial o art. 12;

c. a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, 1948, em especial o art. 5º;

d. a aprovação, em Roma, em 1950, da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em especial o art. 8º;

e. a aprovação, em 1966, em Nova Iorque, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em especial o art. 17; e

f. a aprovação, em 1969, do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial o art. 11.

Em obra mais recente, Leonardo Agostini (2011, p. 97-98) também expõe alguns fatores que contribuíram para a preocupação com a vida privada e a intimidade e, consequentemente, com a necessidade da tutela jurídica desses bens ou valores.

> Com a falência do Estado liberal e a sua substituição pelo Estado social, cresce a intromissão do Estado no espaço que antes era privado e exclusivo do indivíduo. Ressurge o aforismo jurídico romano de que o público deve primar sobre o privado, acentuando-se, com isso, a intromissão do Estado nas relações privadas. Sente-se, daí, forte ascendência da esfera pública sobre a privada. O aumento da máquina pública provoca também o aumento do interesse das populações por informações sobre o exercício desse mesmo poder público. Mas não só informações sobre o exercício do poder público passam a ser objeto de interesse das populações urbanas. Também aumenta o interesse dos indivíduos sobre o que ocorre na sua comunidade. Essa curiosidade fomenta o desenvolvimento de novos meios de comunicação social. Esses novos meios de comunicação social surgem e propagam-se com rapidez, sem que o sistema jurídico tenha competência para regular-lhes. Diante da ausência de uma sólida regulamentação e da avidez da notícia muitos veículos passam a se intrometer cada vez mais nos espaços privados do cidadão, com a escusa de que a intimidade dos indivíduos poderia ser ofendida em nome do 'interesse público'. Juntando-se então todos esses ingredientes (revolução urbana; advento do Estado social; primazia do público sobre o privado; fomentação da criação de diversos veículos de comunicação), se constata, facilmente, que a intimidade do indivíduo passou a ser fortemente ameaçada.

Agostini (2011, p. 98) destaca, ainda, que, além desse contexto supramencionado, as duas Grandes Guerras Mundiais, enquanto propulsoras dos avanços tecnológicos e técnicas de inteligência, contribuíram para a preocupação com a privacidade.

> Nesse sentido surgem lentes e microfones de alto alcance, binóculos com visão noturna, internet, além de vários outros instrumentos tecnológicos que até então se mostravam inimagináveis. Com o término da Segunda Guerra muitas

> daquelas invenções dos campos de batalha passam a ser aperfeiçoadas e preparadas para ser posta no mercado civil. Assim, invenções que antes só eram imaginadas no campo da ficção científica, ganham 'vida' e passam a integrar o rol de instrumentos colocados à disposição do indivíduo para desempenho de suas diversas funções sociais. E isso provoca grande tensões sociais na medida em que tais instrumentos facilitam a bisbilhotice, o enxerimento, a invasão da esfera privada do cidadão.

Em síntese, conforme relatado pelo autor, as formas de invasão da privacidade se multiplicaram.

A respeito do advento tecnológico e da era digital, Gamiz (2012, p. 31), descreve que, se de um lado o avanço tecnológico representa um avanço no modo de viver das pessoas, por outro, representa "um sério problema para a preservação do direito à privacidade". O autor ressalta que:

> neste início de século, cuja característica tem sido o surgimento de uma sociedade informatizada, emerge a necessidade de mecanismos de proteção contra os eventuais abusos que ocorrem nesse processamento, principalmente quanto à dignidade do ser humano. Os usuários da internet vão enfrentar enormes dificuldades no seu cotidiano – como problemas de violação dos dados bancários pessoais e publicação ou divulgação indevida de imagens. Além disso, existem diversos órgãos que trocam informações *on-line* ou detêm informações na rede que sempre podem ser acessadas por qualquer indivíduo, legal ou ilegalmente, bem como milhões de dados pessoais estão disponíveis na rede e são passíveis de serem violados ou interceptados. (Gamiz, 2012, p. 31-32)

O mesmo autor também expõe outro ponto que merece atenção: as investigações dos governos como meio de prevenir os atos de terrorismos:

> após o atentado [de 11/9/2001 nos EUA], o Congresso americano promulgou o *Patriot Act*, proposto pelo então presidente George W. Bush. [...] essa lei confere ao governo poderes para vasculhar informações privadas como meio de prevenir ações terroristas. Depois disso, ainda nos EUA, foi criado um programa de computador (*Matriz*) que tem a capacidade de combinar informações de bancos de dados públicos e privados, com o objetivo de identificar pessoas envolvidas em atividades terroristas. Nessa linha de raciocínio, Nicholas Negroponte e Bill Gates, dois maiores arautos do mundo digital, em recente entrevista, ao descreverem os benefícios surgidos com a sociedade da informação, reconheceram que, nesse mundo, a privacidade será um dos direitos pessoais mais prejudicados e violados. Os estudiosos no assunto concordam que a privacidade é o grande desafio da nova sociedade, chegando a pensar na necessidade de se avaliar a reconstrução do conceito do referido direito fundamental. (Gamiz, 2012, p. 32)

Prosseguindo, Dotti (1980, p. 52) destaca que, no entendimento de alguns doutrinadores do direito, "a pátria da proteção legal da intimidade" é o Estados Unidos. O autor aponta que:

> a matéria foi tratada em nível de teoria pelo trabalho de Warren e Brandeis na *Harvard Law Revue* [...], sob o título: *The right to privacy*. Três anos mais tarde, o Tribunal de Nova Iorque usou pela primeira vez a nomenclatura empregada pelos dois advogados quando julgou em favor de um ator que vira seu retrato divulgado por um jornal promovendo um concurso de popularidade, contra o qual se opunha. Disse a Corte que '[...] um indivíduo tem o direito à proteção tanto no que se refere à sua pessoa como à sua propriedade e, atualmente, o direito à vida chegou a significar o direito de fruí-la sem publicidade ou incômodo de uma pesquisa organizada sem licença e de cujo resultado depende, ao

> menos na opinião pública, o valor do caráter ou da capacidade pessoais'. Os tribunais asseguram em tais casos que o indivíduo tenha o que muito bem foi definido como 'o direito a ser deixado em paz'. [...] quando a pessoa está satisfeita com a intimidade de seu lugar, tem o direto à paz de espírito e não pode ser posta na grelha que a imprensa aquece, de uma rivalidade excitada, nem se pode votar por ele contra sua vontade e seus protestos. (Dotti, 1980, p. 52-53)

Porém, Dotti (1980, p. 59-60) registra, também, que a primeira manifestação pública em defesa da intimidade ocorreu na França, em discurso proferido por Royer-Collard, em 27/4/1819, na Câmara dos Deputados, por ocasião de um debate a respeito de um artigo de um projeto de lei sobre crime de imprensa. Acrescenta, ainda, que "teria sido em 1858 que a justiça francesa decidiu sobre o direito que mais tarde seria chamado de 'intimidade da vida privada'"; tendo em vista o famoso caso da atriz Elisa Félix, pseudônimo Rachel.[211]

Enfim o referido autor explica que:

> São muitos os pronunciamentos judiciais ao logo deste século XX, reconhecendo a existência de um direito à intimidade que não é procurado somente para alcançar a tranquilidade, numa espécie de encontro consigo mesmo através da solidão. A vida privada pode ser também o ambiente necessário para realizar atividade profissional ou qualquer outro tipo de manifestação: desde a cerimônia religiosa até a mais profana sessão de humorismo pela narração de estórias cômicas. (Dotti, 1980, p. 64)

Agostini (2011, p. 101) também ressalta a importância da obra dos advogados estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis, *The right to privacy*, que influenciou o pensamento jurídico mundial sobre a defesa da privacidade. Porém, Agostini relembra que Warren e Brandeis estavam, inicialmente, preocupados com a atuação da imprensa:

> Warren e Brandeis defenderam que não existiria, certamente, dúvida alguma sobre a conveniência (a bem da verdade necessidade) de proporcionar algum tipo de proteção à privacidade do indivíduo, uma vez que a imprensa estava ultrapassando os limites da propriedade e da decência. Acidamente afirmavam que o mexerico e a fofoca tinham deixado de ser ocupação de gente ociosa e depravada, para converter-se em mercadoria, buscada com afinco e, inclusive, descaramento. Para eles o mais íntimo dos detalhes de relações sexuais dos indivíduos se divulgavam nas colunas dos periódicos para satisfação da curiosidade lasciva das pessoas. (Agostini, 2011, p. 102-103)

Agostini (2011, p. 103-104) também enfatiza que Warren e Brandeis, além de constatarem os efeitos negativos da intromissão da privacidade, como o sofrimento espiritual e a angústia nas pessoas, indicaram algumas questões positivas:

> entendiam os autores estadunidenses que o sistema do *common law* deveria garantir a cada pessoa o direito de decidir até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções poderiam ser comunicados a terceiros, não se admitindo, em qualquer hipótese, que se forçasse alguém a fazê-lo contra sua vontade. Outrossim, após analisar todo o sistema jurídico do *common law* concluíram

211 O caso da atriz foi tratado no subcapítulo "O direito à imagem no ordenamento jurídico".

> que o mesmo albergaria a proteção a um direito à privacidade. Para eles, tal direito: i) em tese não impediria a publicação do que fosse de interesse público; ii) a finalidade desse direito seria a de garantir aos indivíduos que não se vissem arrastados a uma publicidade indesejável e indesejada; iii) fatos provados que se relacionassem à privacidade somente poderiam ser publicados quando tivessem conexão direta e legítima com a função desempenhada pelo indivíduo na sociedade; iv) todos os homens (públicos ou não) teriam igual direito a manter certas coisas a salvo da curiosidade popular; v) o direito à privacidade decairia com a publicação dos fatos pelo próprio indivíduo ou com a obtenção de seu consentimento; vi) a veracidade do que se publica não seria defesa para intromissão na privacidade do indivíduo; e, por fim, vii) a ausência de má-fé de quem publicasse algo, não poderia ser usada como defesa.

Os argumentos de Warren e Brandeis se expandiram para vários países, alcançaram diversos tribunais e influenciaram muitas disposições legais e convenções a respeito da proteção da privacidade.

A respeito da tutela dos direitos à vida privada e à intimidade no cenário internacional, Robl Filho (2013, p. 166) disserta que, tendo em vista "os anseios individuais e sociais, a vida privada e íntima foi reconhecida como um direito humano no artigo 8º, DUDH" (Declaração Universal de Direitos Humanos). Então, a partir desse reconhecimento, paulatinamente inúmeros países positivaram explicitamente no texto constitucional e em leis infraconstitucionais esse[s] direito[s]". Para confirmar sua afirmação, o referido autor apresenta, como exemplo, a positivação de tais direitos nos Estados Unidos da América, França, Espanha, Portugal, Argentina e Peru. Vejamos:

> Nos Estados Unidos da América, além da importante construção jurisprudencial, foi promulgado o *Privacy Act* em 1974, protegendo no nível federal as informações pessoais privadas e íntimas contra atos da administração pública. Em 1970, a França previu o respeito à vida privada na lei 70.643 que introduziu o artigo 9º no Código Civil, cuja função é proteger a vida privada. A Espanha, por sua vez, garante a intimidade e a vida privada no artigo 18, n. 1, da Constituição de 1978, além de existir uma lei do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem de 1982. Ainda, na Europa, deve ser citada a República Portuguesa, a qual tutela a intimidade da vida privada e familiar no artigo 26, n. 1, da Constituição de 1976, e tipifica algumas condutas atentatórias à reserva da vida privada nos artigos 176 a 185 do Código Penal de 1982, além de proteger a intimidade da vida privada no artigo 80, n. 1, do Código Civil de 1966. No que que se refere à América Latina, o resultado foi o mesmo: proteção da intimidade e da vida privada. Para ilustrar essa positivação, cita-se alguns exemplos. Em 30 de setembro de 1975, foi sancionada a lei 21.173 na Argentina, que inclui o artigo 1.071 *bis* no Código Civil, prescrevendo o direito à intimidade. O Código Civil peruano de 1984, por sua vez, no artigo 14, tutela a intimidade da vida pessoal e familiar. (Robl Filho, 2013, p. 166-167)

Sobre a positivação explícita dos direitos à intimidade e à vida privada, o mesmo autor faz algumas observações interessantes:

> Através da exposição de alguns textos normativos que positivam explicitamente o direito à intimidade e à vida privada, pode-se asseverar que *sua tutela começa a ser reconhecida efetivamente a partir dos anos 70 do século XX. Exatamente nesse período histórico surge o pensamento e as práticas pós-modernas, que buscam a superação do moralismo laico e religioso responsável pela opressão substancial de grande parte dos seres humanos. [...] o Brasil foi um dos últimos países a reconhecê-lo*. A doutrina brasileira, com uma relevância maior do que

> a jurisprudência em um primeiro momento, foi essencial para o desenvolvimento do direito à intimidade e à vida privada ao analisar os importantes desenvolvimentos jurisprudenciais e legislativos nos Estados Unidos e na Europa. (Robl Filho, 2013, p. 166-167, grifo nosso)

Mori (2010, p. 22-23), por sua vez, descreve que, nas Constituições brasileiras promulgadas anteriormente a de 1988, não havia uma proteção expressa do direito à intimidade (e aqui acrescenta-se o direito à vida privada), mas, em sua concepção e de alguns autores, tal proteção estava presente de forma implícita e era considerada no âmbito de proteção de outros direitos da personalidade:

> a Constituição do Império, de 1824, falava apenas em inviolabilidade do domicílio e das cartas, em seu art. 179, VII e XXVII, e protegia, portanto, a intimidade. A Constituição da República, de 1891, também o regulava em seu art. 72, §§ 11 e 12, através da inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Da mesma forma das duas anteriores, a Constituição de 1934 protegeu-a em seu art. 113, ns. 8 e 16. A Constituição de 1937, fruto de um regime ditatorial, chamada de 'Constituição Polaca', repetiu, em linhas gerais, o conteúdo da Constituição de 1934, no seu art. 112, § 6º. A Constituição de 1946 que restituiu ao país o regime democrático, protegeu a intimidade através da inviolabilidade do domicílio e da correspondência no art. 141, §§ 6º e 15. A Constituição de 1967 e sua emenda 1, de 1969, continuaram a tutelar a intimidade, quando garantiram o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, no art. 153, § 9º, e a inviolabilidade de domicílio, no art. 153, § 10º. Nesta Constituição a tutela genérica da intimidade pode ser implicitamente localizada no § 36 do art. 153.

Conforme mencionado anteriormente, a proteção à vida privada e à intimidade encontra-se, na atualidade, no inciso X do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988. Quanto ao enunciado normativo em questão, Teixeira e Haerbelin (2005, p. 81) consideram que:

> em sua aparente simplicidade, é suscetível de inúmeras dúvidas, principalmente no que se refere à abrangência de sua proteção. Estas dúvidas são originárias, principalmente, da confusão que muitos operadores do direito fazem em relação aos institutos, uns manifestando serem sinônimos, outros divergindo e estabelecendo uma definição própria para cada um dos institutos correlacionados à privacidade e sua proteção.

Em relação à tutela dos direitos à intimidade e à vida privada, no cenário brasileiro, Farias (2008, p. 129) explica que, além de eles serem garantidos na Constituição de 1988, podem ser resguardados no âmbito do direito penal e do direito civil.

No Brasil, tais proteções não são expressas diretamente no Código Penal, mas indiretamente: violação do domicílio (art. 150), da correspondência, destruição de correspondência e violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151) e violação de correspondência comercial (art. 152), crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154) (Brasil, Presidência da República, 1940).

O Código Civil brasileiro (Brasil, Presidência da República, 2002) menciona apenas o termo vida privada, porém alguns autores consideram que a intimidade encontra-se nele contemplada. Cachapuz (2006, p. 206),

por exemplo, declara que "a fundamentação racional para a tutela dos direitos à intimidade e à vida privada restou suficientemente facilitada pela redação do art. 21 no novo Código Civil": "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" (Brasil, Presidência da República, 2002).

Nesse contexto, vale destacar, novamente, a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2012), julgada procedente em 10 de junho de 2015, cuja decisão final também estabelece que, além do artigo 20 (a respeito da imagem e da honra), o artigo 21 do Código Civil não se aplica quando se tratar de biografias.

Na Constituição Federal brasileira, além do disposto no inciso X do art. 5º a respeito da intimidade e da vida privada, a intimidade também é mencionada no inciso LX do mesmo artigo e no inciso IX do art. 93:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. 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; [...]. LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...]. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]. (Brasil, Constituição, 1988)

No entanto, Xavier (2014, p. 225) descreve que a Constituição de 1988 estabelece, expressamente, além do disposto nos incisos destacados acima, outras categorias de sigilo, tais como: das comunicações (art. 5º, inciso XII; art. 139, inciso III), da fonte (art. 5º, inciso XIV), das votações (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea b; art. 14; art. 52, incisos III, IV e XI; art. 60, § 4º, inciso II; art. 98, inciso II; art. 119, inciso I; art. 120, § 1º; e art. 130-A, § 3º), de Justiça (art. 136, § 1º, inciso I, alíneas b e c).

Além disso, a legislação infraconstitucional também prevê os sigilos, que podem envolver (direta ou indiretamente) informações relativas à vida privada e à intimidade das pessoas, tais como:

a. sigilo profissional (art. 154 do Código Penal e art. 230 do Código Penal Militar, entre outros), sem contar legislações específicas e os códigos de ética dos profissionais de saúde, profissionais do direito, profissionais das áreas de psicologia e psiquiatria, assistentes sociais etc.;

b. sigilo de documento particular (art. 153 do Código Penal e art. 228 do Código Penal Militar);

c. sigilo fiscal (art. 198 do Código Tributário Nacional);

d. sigilo das atividades de inteligência (art. 9º da lei federal n. 9.883/1999);

e. sigilo industrial (art. 195, incisos XI, XII e XIV, da lei federal n. 9.279/1996);

f. sigilo de operação ou serviço prestado por instituição financeira – sigilo bancário (lei complementar n. 105/2001 e art. 18 da lei federal n. 7.492/1986);

g. sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório (art. 3º, § 3º, da lei federal n. 8.666/1993);

h. sigilo de Justiça (art. 155 do Código de Processo Civil; art. 325 do Código Penal; art. 20 do Código de Processo Penal; arts. 8º e 10º da lei federal n. 9.296/1996);

i. sigilo em certidões e informações para ação popular (art. 1º, §6º, da lei federal n. 4.717/1976);

j. sigilo de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos (art. 88-J da lei federal n. 12.970/2014);

k. sigilo de processo administrativo no âmbito da administração pública (art. 46 da lei federal n. 9.784/1999);

l. sigilo de dados armazenados, processados e veiculados mediante atividades de informática – ligadas ao tratamento racional e automático da informação (art. 2º, inciso VIII, da lei federal n. 7.232/1984);

m. princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet (lei federal n. 12.965/2014);

n. sigilo de informações de engenharia genética, biossegurança e biotecnologia (art. 14, inciso XIX da lei federal n. 11.105/2005);

o. sigilo dos serviços notariais e registros (art. 28, inciso IV, e art. 31, inciso IV, da lei federal n. 8.935/1994).

Registra-se que há muitas outras situações previstas em leis, decretos e resoluções federais, estaduais e municipais e códigos de conduta, que direta ou indiretamente, envolvem o registro de informações relativas à vida privada e à intimidade das pessoas, tais como assistência à saúde (hospitalar e ambulatorial), vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, aborto, adoção, filiação (legítima e ilegítima), assédio sexual, estupro, incesto, adultério, relações conjugais, concubinato, divórcio, discriminação e racismo, proteção da criança e adolescente, proteção de incapaz, proteção do consumidor, anistia, informações escolares (notas e histórico escolar, por exemplo), banco de dados de entidades governamentais, previdência, pesquisas científicas e acadêmicas.

Como se percebe, são tantas as possibilidades e situações que se torna inviável, no âmbito desta pesquisa, tratar de cada uma delas. Dessa forma, optou-se apenas por pontuá-las, conforme feito acima.

A natureza jurídica autônoma dos direitos à vida privada e à intimidade e a relação com outros direitos

A respeito da natureza jurídica dos direitos à vida privada e à intimidade, a maioria dos autores considera tais direitos, direitos autônomos e integrantes do rol dos direitos fundamentais enquanto direitos da personalidade. Ao tratar das características que compõem a natureza jurídica do direito à privacidade, Gamiz (2012) descreve que é: inato (surge automaticamente com o nascimento do indivíduo – é natural); vitalício, perene ou perpétuo (é essencial, não falta a nenhum indivíduo e o acompanha por toda a vida); indispensável ou inalienável (o indivíduo tem o poder de deixar de exercê-lo, mas não é renunciável); imprescritível (não se extingue pelo uso, o indivíduo não o perde pelo fato de não exercê-lo); e oponível *erga omnes* (o indivíduo titular do direito é livre para exercê-lo, cabendo a todos os demais o dever de respeitar tal exercício).

Mesmo considerando os direitos à vida privada e à intimidade como autônomos, não se pode negar suas relações com outros direitos, como o direito à imagem, o direito ao nome, o direito ao domicílio e à correspondência, o direito à honra, o direito à integridade física e moral, o direito à vida profissional e o direito ao esquecimento.

No que toca à relação entre os direitos à imagem e à vida privada e à intimidade, e à relação com o direito à honra, apesar das referidas temáticas já terem sido exploradas nos capítulos anteriores, julgou-se importante reforçar a estreita relação entre esses direitos.

Como foi visto anteriormente, um indivíduo pode ter a imagem violada independente da violação da vida privada e da intimidade, no entanto, conforme destaca René Dotti, por exemplo, a violação da privacidade em diversas situações se consuma através de situações em que a imagem também foi violada: "a violação do direito à imagem quando usada para fins publicitários, pode revestir diversas modalidades de ingerência na vida privada, não raro confundindo-se inteiramente com ela. [...]. A jurisprudência ilustra em muitas ocasiões a estreita conexão entre estes dois direitos da personalidade" (Dotti, 1980, p. 78).

Quanto à relação com o direito à honra, como já mencionado, a invasão da vida privada e da intimidade não pressupõe invasão da honra, nem vice-versa. No entanto, é importante reforçar que:

> *enquanto o ataque à honra ofende o conceito 'social' que o sujeito passivo pretende gozar, na agressão à intimidade não existe a finalidade danosa dirigida contra o conceito, mas, sim, contra o 'ambiente' de privacidade que envolve a vítima*. Honra e intimidade, portanto são bens juridicamente diversos em face da distinção de valores que lhes são inerentes. [...]. Sendo a honra um dos bens integrantes da vida de relação social, dela se distingue a intimidade da vida

> privada que traduz um sentimento e uma vontade de refúgio, de afastamento e de não participação. (Dotti, 1980, p. 85-86, grifo nosso)

Cabe ressaltar que, conforme relembra Dotti (1980, p. 86), "não é raro, porém, que a intimidade e outros bens, sejam atacados pelo mesmo sujeito, ao mesmo tempo ou guardando distância e espaço para caracterizar um concurso de infrações de natureza formal ou material".

A título de exemplo, o autor citado se vale do caso de Jacqueline Onassis, a qual foi fotografada inteiramente nua quando tomava banho de sol em uma ilha particular. Na ocasião, entendeu-se que a fotografia constituiu crime de injúria, "na medida em que ofendeu o decoro inerente à vítima, cuja celebridade não extinguiu sua vida privada. Destaca-se que, no episódio em questão, foram violadas tanto a intimidade quanto a honra e a imagem.

Em se tratando da relação com os direitos à vida privada e à intimidade e o direito ao nome, Dotti (1980, p. 80-81) menciona que o segundo tem seu amparo de forma específica na legislação civil, sendo, inclusive, tido como um dos mais importantes direitos da personalidade, por traduzir o meio mais característico de individualização. Todavia, o autor observa que "o nome parece associado a diversos casos de invasão da vida privada".

A respeito da relação entre o direito ao domicílio e à correspondência, alguns apontamentos de Dotti (1980, p. 82-84) também merecem ser destacados.

O referido autor explica que a proteção do domicílio assegura ao indivíduo "a possibilidade de isolamento físico e moral" que, por sua vez, compreende "o núcleo da reserva da vida privada". Destaca-se que nem tudo que acontece no interior de um domicílio é relativo à vida privada, porém, como menciona Dotti (1980, p. 82), o domicílio representa o elemento espacial no qual, com frequência, concretiza-se a violação da vida privada e da intimidade. A título de exemplo, o autor em questão cita o caso da atriz Brigitte Bardot, que teve imagens colhidas na intimidade do domicílio sem prévia autorização, ainda que se tratasse de uma figura pública. Na ocasião, o advogado da atriz argumentou que: "Pouco importa que a Sra. Bardot tenha chegado a ser célebre porque foi vista em certas películas. Uma modelo que posa nua tem direito, como qualquer um, a uma vida privada". Esse argumento levou o Tribunal do Sena a concluir que "a fotografia da Sra. Bardot, estrela de cinema, publicada pelo periódico *Daily Express* foi colhida embora ela não estivesse realizando qualquer atividade profissional, quando se encontrava na intimidade da sua existência" (Dotti, 1980, p. 83).

Quanto ao direito à correspondência, Dotti (1980, p. 83) descreve que "durante muito tempo a doutrina considerou o segredo de correspondência como uma das expressões mais destacadas da vida privada". Dotti ressalta que a liberdade de correspondência é considerada como "uma das expressões fundamentais da liberdade de pensamento" e, quando reservada, constitui uma das modalidades da privacidade. Além disso, o autor em questão comenta que "atualmente, com a amplitude dos recursos de comu-

nicação, outras áreas da intimidade foram sendo devassadas de maneira a justificar a preocupação em resguardá-las através de normas protetoras da inviolabilidade". Nesse sentido, menciona que:

> Os autores entendem que a correspondência é sempre confidencial e reservada quando se refere à intimidade da vida privada e assim se considera que o direito ao segredo epistolar existe não somente quando se trata de cartas reservadas ou confidenciais, mas igualmente, quanto àquelas que não tenham, visivelmente, tal caráter. Em monografia específica sobre o tema do segredo, Crespi[212] doutrina que '*assim como o domicílio é a projeção espacial da pessoa, a correspondência é a projeção espiritual da personalidade e, como tal, merece proteção idêntica*'. A inviolabilidade de correspondência representa uma das facetas do poliédrico direito à intimidade e uma das manifestações específicas da liberdade individual que integra os direitos da personalidade. (Dotti, 1980, p. 83-84, grifo nosso)

No que concerne à relação entre o direito à integridade física e moral e os direitos à vida privada e à intimidade, Dotti (1980, p. 87) expõe que:

> O exercício amplo das faculdades inerentes à privacidade exige não somente a liberdade de expressão dos sentimentos ideia ou anseios – numa palavra: de liberdade moral e espiritual – como, necessariamente, da liberdade física sem a qual se tornam difíceis ou impossíveis as outras. Os atentados à vida privada, na medida em que afetam o direito de estar só, poderão também comprometer a saúde ou a integridade corporal.

O autor em tela também explica que, no caso da integridade moral, a conexão com a intimidade de um indivíduo pode se dar, por exemplo, em interrogatórios mediante processos ilegais: tortura, narcoanálise (por meio do uso de narcóticos), hipnose, detector de mentiras, entre outros.

> A existência de instrumentos que expropriam da forma mais sutil as emoções, tendências, caracteres, aspectos íntimos e outras manifestações particulares dos indivíduos, e a consideração da influência que exercem sobre estes anulando inteiramente a sua vontade e o poder de resistência, coloca-os num plano que transcende o respeito à vida privada para afetar a própria dignidade humana. (Dotti, 1980, p. 88)

Quanto à relação dos direitos em tela com o direito à vida profissional, Dotti (1980, p. 89) ressalta que algumas profissões "se situam na cena pública", como, por exemplo, um candidato a uma função pública e um artista.

Acrescentam-se, nesse contexto, aqueles profissionais que lidam com fatos e informações sobre a vida privada e íntima dos indivíduos, tais como médicos, psicólogos, padres, assistentes sociais e advogados; que, inclusive, fazem votos de manutenção do segredo profissional. Vale destacar que bancários, analistas de sistemas e os próprios arquivistas, entre outros, no exercício de suas profissões, estão sujeitos à manipulação de informações dessa natureza.

Além disso, o próprio Dotti (1980, p. 89-90) cita as relações profissionais entre patrões e empregados. Segundo esse autor, em tais relações, "torna-se evidente que o empregador não tem o direito de conhecer e censurar as opiniões políticas e atividades sindicais dos subordinados", nem

212 Não foi possível localizar os dados da referência.

muito menos nas suas relações familiares e amorosas, por exemplo; inclusive não podem usar de tais informações para ameaçarem os empregados. Todavia, o referido autor observa que em situações em que determinados aspectos da intimidade ameaçam o bom funcionamento dos serviços ou o prestígio e imagem da instituição têm-se um atenuante.

Por fim, sobre a relação com o direito ao esquecimento, René Dotti (1980, p. 90-91) comenta que tal direito "evoluiu à medida em que a jurisprudência ia aclarando as silhuetas e o conteúdo do direito à privacidade". Tal autor destaca que "o Tribunal de Apelação da Califórnia [...] reconheceu a existência de um 'direito ao esquecimento', que, desassombradamente é um dos importantes aspectos da vida privada". Dotti (1980, p. 92) também comenta que tal reconhecimento se deu no Tribunal de Paris: "o Tribunal de Paris reconheceu expressamente que 'as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida'".

O exercício dos direitos à vida privada e à intimidade

Trabalhando com uma perspectiva de abordagem pragmatista, Gamiz (2012, p. 70) declara que o âmbito de proteção do direito à privacidade (e, aqui, entende-se o direito à vida privada e o direito à intimidade) tem relação direta com o seu "caráter eminentemente elástico e variável". Dessa forma, o referido autor considera que "o tempo, o espaço e o titular são fatores importantes para determinar o grau de abrangência dessa proteção".

Para Gamiz (2012, p. 71), as sociedades se distinguem no tempo e no espaço em termos de demandas, de importância a determinados aspectos e fatores, de avanços tecnológicos, costumes, hábitos, entre outros, ou seja, manifestam características pluralistas que influenciam no entendimento do que representa a privacidade para cada grupo social. Esse autor também chama atenção para o titular do direito ou indivíduo que seja pessoa pública ou notória, caso em que há "maior elasticidade de aplicação". Isso se dá porque desperta no público uma curiosidade coletiva sobre suas vidas e, assim, esses indivíduos têm sua privacidade diminuída.

> A pessoa notória ou pública apresenta parâmetros de aferição menos rígidos do que as pessoas anônimas. Isso se dá em razão da necessidade de autoexposição e promoção pessoal desses indivíduos. A mesma situação ocorre quando uma pessoa adquire notoriedade de forma eventual ou em razão de um fato, seja ele positivo ou negativo, pois desperta a curiosidade do público em geral. (Gamiz, 2012, p. 71)

Gamiz (2012, p. 72) destaca, ainda, que a amplitude da projeção social do indivíduo público ou notório é inversamente proporcional à possibilidade de contestar ou impedir intromissões alheias em sua vida privada. Observa, inclusive, que, em determinados casos, "o interesse público sobrepõe-se à intimidade do indivíduo e a invade". Torna-se difícil definir a fronteira entre público e privado e, nesse caso, "é preciso sopear o interesse

público pelo conhecimento da informação ou notícia". O autor em destaque adverte que "a diminuição do âmbito de proteção da privacidade dessas pessoas não afasta a proteção constitucional contra as ofensas que não sejam afetadas à atividade profissional realizada".

Diante do exposto, Gamiz (2012, p. 72) recomenda dois critérios para restrição do direito à privacidade: 1) a notícia deve atender ao interesse público e 2) deve-se expor o mínimo possível a intimidade do indivíduo. Além dos dois critérios, complementa que:

> A divulgação de informações particulares de pessoa com projeção social *deverá revestir-se de liceidade*, especialmente quando elas forem de interesse público genuíno. *Além disso, deve atender aos termos exatos da verdade e, na medida do possível, atingir o mínimo da privacidade do indivíduo em questão*. Ressalta-se que, nesse sentido, a privacidade dessas pessoas sofre apenas uma limitação, não uma supressão. [...] *para a solução do conflito, há que considerar as circunstâncias do caso concreto, devendo-se pesar os interesses em atrito, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, na condição específica, segundo um critério de justiça prática*. (Gamiz, 2012, p. 72, grifo nosso)

Como se percebe, o referido autor reforça que quando a privacidade encontra-se em colisão com o direito de acesso/liberdade de informação, este último deve pautar-se nos seguintes requisitos: 1) veracidade dos fatos; 2) formas lícitas de obtenção das informações e (3) interesse público pelo fato noticioso.

Ao abordar sobre o respeito ao titular do direito à intimidade (e, aqui, entende-se também do direito à vida privada), Agostini (2011, p. 208) destaca que:

> Dado que a intimidade é um valor que brota da dignidade é importante frisar que a proteção deve ser estendida a todos os indivíduos independentemente de sua capacidade jurídica, da função desempenhada, do estatuto jurídico, etc. De fato a dignidade da pessoa não admite discriminação seja por razão de nascimento, raça, sexo, opiniões ou crenças. É independente de idade, inteligência e saúde mental, da situação em que o indivíduo se encontre, das suas qualidades específicas, assim como da sua conduta e do seu comportamento. Disso decorre a ideia de que é vedado ao Estado distinguir entre os indivíduos em função de presumido valor moral, daí porque não deve arrogar-se ao direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império.

Mediante tais argumentos, Agostini (2011, p. 208-209) observa que tal proteção se destina tanto aos cidadãos legalmente capazes, quanto àqueles considerados incapazes; assim como não apenas aos cidadãos que fazem usufruto dos seus direitos civis e políticos, mas também àqueles que estejam privados desses direitos, como os encarcerados. O referido autor, concordando com Gamiz (2012), reforça que tais direitos não se destinam apenas aos cidadãos comuns, mas também aos indivíduos que "adquiriram, seja por sucesso profissional ou artístico, o *status* de notoriedade pública". Agostini concorda que os direitos do indivíduo público ou notório não são excluídos ou anulados, todavia faz a seguinte observação:

> Inegavelmente a relação entre o indivíduo notoriamente conhecido e a massa é conflitante. Conflitante porque quando o indivíduo não é conhecido ele faz de tudo para ser. Entretanto, ao alcançar a notoriedade, ele deseja usufruir de pri-

> vacidade e intimidade tal como nos tempos anteriores. [...] *por certo o grau de usufruto de privacidade e de intimidade será reduzido*, entretanto não será aniquilado. [...]. Nesse sentido, mesmo aqueles indivíduos que alcançaram grande notoriedade na sociedade (artistas, desportistas, políticos, dentre outros) *são titulares do direito à intimidade sem qualquer diferença para o cidadão 'comum'. A limitação do direito à privacidade se refere à vida privada do que propriamente sua intimidade*. (Agostini, 2011, p. 209, grifo nosso)

Sobre o local de fruição de tais direitos, Agostini (2011, p. 214-215) menciona que, naturalmente, somos levados a concluir que o espaço de fruição da intimidade é a residência do indivíduo, todavia esta compreende apenas um dos locais em que isso é possível.

> A intimidade pode ser exercida e usufruída em qualquer lugar (desde que é claro observem-se os padrões culturais do local do usufruto nos casos da intimidade corporal e sexual). Nesse sentido, ela pode ser usufruída exemplificadamente na rua, no interior de um automóvel, em hotéis, motéis, loft's, spa's, clínicas médicas, restaurantes e, até mesmo, quando a pessoa se confunde – mas não participe – com a multidão. Nestes tempos modernos, por mais estranho que possa parecer, a intimidade pode ser usufruída até virtualmente. *Ou seja, não é o critério espacial que define o que é íntimo, o que é privado e o que é público, mas sim o interesse envolvido*. (Agostini, 2011, p. 214, grifo nosso)

Robl Filho (2013, p. 158), tendo como referência a aplicação do direito à privacidade no Estados Unidos, destaca argumentos similares aos de Agostini (2011):

> Como [...] aspecto do direito à vida privada e à intimidade [...] observa-se o direito à solitude tanto dentro da própria casa como fora do âmbito familiar. No que se refere à tutela da intimidade e da vida privada dentro da própria casa, deve-se frisar que a espacialidade da casa constitui-se em um dos locais privilegiados para que os indivíduos desenvolvam suas emoções, sentimentos e pensamentos. [...] a intimidade, valor central da vida privada moderna e contemporânea, não está relacionada diretamente com um espaço físico específico, pois emoções, sentimentos, pensamentos, relações com o próprio corpo e contatos íntimos com outras pessoas podem ser desenvolvidos até em espaços públicos.

Conforme discutido nos capítulos relativos ao direito à imagem e ao direito à honra, com a morte do indivíduo, extinguem-se os direitos à intimidade e à vida privada, uma vez que o exercício desses direitos é pessoal e intransponível. Porém, registra-se que Dotti (1980, p. 103) faz a seguinte ressalva:

> se determinados eventos da privacidade forem objeto de intromissões após a morte da pessoa que teve sua memória devassada, é perfeitamente viável que os seus herdeiros promovam medidas adequadas para coibir o abuso. Assim tem entendido a doutrina desde que a revelação das particularidades alusivas ao falecido interferem na vida privada da família.

O mesmo autor reforça que o indivíduo não perde o direito à intimidade e à vida privada, caso não o exerça durante um determinado período da sua vida, uma vez que tais direitos são imprescritíveis. A esse respeito, Mori (2010, p. 56-57) complementa que:

> A vontade do indivíduo no direito à intimidade tem um papel decisivo incontestável, pois o interessado pode livremente optar por deixar de exercer o seu direito. [...]. A questão encontra solução na diferença que é de caráter temporal, ou seja, no caso do consentimento do interessado, o indivíduo opta por tempo-

> rariamente deixar de exercer o seu direito enquanto renúncia é duradoura, e, portanto, inalienável. É importante afirmar que o consentimento haverá de ser fornecido para fim determinado, ou seja, não significa extensão. Há de ser específico. [...]. A anuência deve ser dada por todas as pessoas envolvidas no episódio. Não basta o consentimento de apenas um, ou de alguns, quando outros também estejam com a sua intimidade em jogo. Em relação à admissibilidade de presunção do consentimento, há controvérsia na doutrina. Parte da doutrina, entre eles Mílton Fernandes defende que o consentimento há de ser sempre expresso, mesmo quando a pessoa esteja em locais fronteiriços da publicidade. Outra corrente admite o consentimento tácito, quando o comportamento do titular for compatível com uma postura de anuência. Entre eles, Paulo José da Costa Júnior que argumenta que poderá o consentimento ser tácito, quando for dedutível do comportamento do titular do direito.

Limites do exercício dos direitos à vida privada e à intimidade

O art. 8º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovada em 1950 e que atualmente integra a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dispõe o seguinte:

> Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária [1] para a segurança nacional, [2] para a segurança pública, [3] para o bem-estar econômico do país, [4] a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, [5] a proteção da saúde ou da moral, ou a [6] proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*. (Convenção..., s.d., p. 11, grifo nosso)

Como se percebe, a destacada Convenção apresenta seis categorias de limites (ou exceções) ao exercício dos direitos à intimidade e à vida privada.

René Dotti (1980, p. 183) cita que no Congresso de Juristas dos Países Nórdicos, que aconteceu em 1967, em Estocolmo, também foram estabelecidos alguns limites considerados "necessários para se assegurar o equilíbrio entre os interesses individuais em relação aos interesses coletivos de pessoas, grupos ou Estado". Seguem os dispositivos: "1º – O 'interesse público' (segurança nacional, segurança pública, da defesa, da ordem e da prevenção do crime, da proteção da saúde ou da moral). 2º – O 'interesse privado' (defesa de interesse de outras pessoas ou grupos de pessoas)" (Dotti, 1980, p. 183).

No entanto, o referido autor acrescenta que, apesar de tais limites se concentrarem geralmente nos problemas relacionados à segurança nacional, à segurança coletiva e à segura individual,

> as exceções à vida privada se manifestam ainda sob outras causas, também importantes, como o interesse da história e o *direito de conhecer*, ambos dirigidos em atenção às qualidades de algumas pessoas que, pela notoriedade social ou particulares características de comportamento ou modo de ser, atraem a atenção pública. (Dotti, 1980, p. 188, grifo do original)

Para ilustrar a questão suscitada acima, Dotti (1980, p. 188) menciona que em 1984, o Tribunal de Massachusetts decidiu que "o direito à intimidade não pode impedir o público de conhecer a imagem de grandes figuras populares como um político, um escritor, um artista ou inventor".

Em complemento, cita alguns argumentos do filósofo e jurista Recaséns Siches a respeito dos interesses individuais, interesses sociais e interesses públicos:

> O [...] autor indica um quadro relativamente mais detalhado dos vários tipos concretos de interesses humanos que reclamam proteção jurídica, dividindo-os em três grandes grupos: a) 'interesses individuais', compreendendo a vida, a personalidade, a integridade corporal e a saúde; as liberdades de consciência de pensamento e de religião; a liberdade frente à coação e à fraude; a liberdade de domicílio, locomoção, de contrato e de trabalho; a honra, reputação, privacidade (não interferência na vida privada), propriedade e o cumprimento de contratos; a liberdade de matrimônio, defesa do lar e da moradia; e ainda os interesses atinentes às relações entre marido e mulher e entre pais e filhos; b) 'interesses sociais', como a paz e a ordem; a segurança em geral (abrangendo a segurança na eficácia das normas jurídicas e o bem-estar comum ou geral cuja definição acarreta sérias dificuldades quanto à colisão com certos interesses individuais); o progresso e a difusão culturais; a decência pública; a preservação dos recursos naturais; a existência de uma ordem social que atenda a todos com iguais oportunidades; o desenvolvimento econômico, etc.; c) 'interesses públicos', como os do Estado relativamente à sua organização política e econômica, segurança nacional. (Dotti, 1980, p. 189)

Mediante essa enumeração de interesses, Dotti (1980, p. 189-190) explica que "a colisão entre eles é um reflexo natural da luta de existência, que envolve não somente os particulares entre si, mas igualmente o Estado e os grupos de indivíduos de várias tendências e características em função das suas necessidades e interesses". Nesse sentido, o autor descreve que "não tem sido possível a apresentação de fórmulas legislativas que, a um só tempo, contemplem todas as situações de conflito e proponham soluções adequadas". No entanto, para Dotti (1980, p. 194), é possível enumerar algumas modalidades de ingerência "que ameaçam o núcleo de reserva da vida privada", nas quais verificam-se alguns casos de violação à intimidade. No entanto, o autor em tela reconhece que

> Por outro lado, *a complexidade do assunto e a grande variedade das ocorrências*, sugerem por vezes meditações *aprofundadas sobre a importância e a extensão das liberdades em confronto*, o que poderá levar o intérprete à convicção de que para além das modalidades tradicionais de colisão, existem outras formas de interferência ao sabor da realidade concreta. (Dotti, 1980, p. 194, grifo nosso)

Mesmo diante de tais observações, o autor apresenta um rol de modalidades ou situações que podem representar limites ao exercício dos direitos à vida privada e à intimidade, a saber:

a. o interesse da segurança nacional;
b. o interesse da investigação criminal;
c. o interesse da saúde pública;
d. o interesse da história;
e. o interesse sobre as figuras públicas;
f. o interesse da administração pública;
g. o interesse da crônica policial ou forense;
h. o interesse da crítica (exercida pela imprensa);

i. o interesse da cultura;

j. o interesse no exercício do direito de ação (para atender outros direitos e interesses, por exemplo, as causas atinentes ao direito da família, tais como investigação de paternidade, separações judiciais litigiosas, nulidades ou anulações de casamento, divórcio, pensão alimentícia, busca e apreensão de menores, arrolamento de bens, suspensão ou destituição do pátrio poder, tutela e curatela, prestação de contas dos bens de incapazes e outras); e

k. o consentimento do interessado.

Como se percebe, a maioria das categorias são praticamente as mesmas que limitam o exercício dos direitos à imagem e à honra elencadas e exploradas nos dois capítulos anteriores. Nesse sentido, julgou-se que não seria necessário analisar cada uma delas novamente.

Enfim, diante da revisão de literatura supra-apresentada a respeito do conceito e aplicabilidade dos direitos à vida privada e à intimidade, entende-se que:

a. a violação da vida privada (*lato sensu*) se dá quando uma pessoa (física ou jurídica) intromete, invade, manipula, divulga e/ou publica, sem autorização e indevidamente, independente de má fé, assuntos, fatos e aspectos que compreendem aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos do indivíduo (em grau médio) em que acontecem relações de convivência moderada (reservada – número limitado de pessoas) com outros indivíduos e que exige comunicabilidade.

b. a violação da intimidade inter-relacional se dá quando uma pessoa (física ou jurídica) intromete, invade, manipula, divulga e/ou publica, sem autorização e indevidamente, independente de má fé, assuntos, fatos e aspectos que compreendem aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos do indivíduo (grau mínimo) em que acontecem relações de convivência mínima com outros indivíduos (mais reservada – número limitadíssimo de pessoas) e que exige comunicabilidade.

c. a violação da intimidade subjetiva se dá quando uma pessoa (física ou jurídica) intromete, invade, manipula, divulga e/ou publica, sem autorização e indevidamente, independente de má fé, assuntos, fatos e aspectos que compreendem aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos do indivíduo (grau máximo) em que não acontecem relações de convivência com outros indivíduos, mas de vivência consigo mesmo, e que não exige comunicabilidade (Quadro 18).

Vale ressaltar que, em determinadas situações/hipóteses, entre elas os casos de consentimento (tácito ou expresso) e as limitações reconhecidas (Quadro 19) como legítimas, certas condições precisam ser respeitadas.

Quadro 18 Possibilidades de violação dos direitos à vida privada e à intimidade

Intrometer, invadir, manipular, divulgar e/ou publicar, sem autorização e indevidamente, independente de má fé, assuntos, fatos e aspectos que compõem os espaços exclusivos de vivência consigo mesmo e/ou convivência reservada (ou particular) de um indivíduo, os quais, segundo a sua vontade, não deveriam repercutir publicamente

1 ► O QUE
1.1 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações relativas ao núcleo essencial e mais elementar da personalidade do indivíduo
- 1.1.1 ► Conduta e comportamento
- 1.1.2 ► Defeitos, qualidades
- 1.1.3 ► Autoestima, honra, reputação e pudor
- 1.1.4 ► Emoções e sentimentos
- 1.1.5 ► Tendências, convicções e crenças
- 1.1.6 ► Individualidade
- 1.1.7 ► Avaliações personalíssimas
- 1.1.8 ► Preferências, interesses e opções
- 1.1.9 ► Sonhos, desejos e anseios
- 1.1.10 ► Valores éticos e morais
- 1.1.11 ► Valores sentimentais e espirituais
- 1.1.12 ► Vicissitudes, vícios, manias, hábitos e costumes
- 1.1.13 ► Critérios educativos (incluídos os paternos)
- 1.1.14 ► Perfil afetivo
- 1.1.15 ► Perfil psicológico (incluído o caráter e as anomalias mentais)

1.2 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos exercícios cognitivos do indivíduo
- 1.2.1 ► Desfrute do lúdico e da imaginação
- 1.2.2 ► Ideias e pensamentos
- 1.2.3 ► Elaboração intelectual e reflexões
- 1.2.4 ► Consciência

1.3 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações físicas ou corporais do indivíduo:
- 1.3.1 ► Imagem (retrato, atributo e científica)
- 1.3.2 ► Defeitos físicos
- 1.3.3 ► Integridade física e saúde
- 1.3.4 ► Nudez (em zonas naturistas)
- 1.3.5 ► Qualidades e expressões corporais

1.4 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações relativas às liberdades e autonomia (modo de ser e agir) do indivíduo:
- 1.4.1 ► Decisões e escolhas pessoais/particulares
- 1.4.2 ► Realização e cumprimento de ações, deveres, obrigações e contratos particulares
- 1.4.3 ► Liberdades fundamentais relativas à mente
- 1.4.4 ► Liberdades fundamentais relativas ao corpo
- 1.4.5 ► Liberdades fundamentais relativas ao espírito
- 1.4.6 ► Liberdade de locomoção (frequência de lugares)

1.5 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações materiais que englobam a posição profissional, econômica e o nível de vida
- 1.5.1 ► Bens e propriedades particulares
- 1.5.2 ► Negócios, lucros e prejuízos
- 1.5.3 ► Rendas e investimentos
- 1.5.4 ► Dívidas e cobranças
- 1.5.5 ► Pagamentos e obrigações financeiras
- 1.5.6 ► Benefícios
- 1.5.7 ► Receitas e despesas

1.6 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações que integram contextos específicos e exclusivos de convivência (situações relacionais)
- 1.6.1 ► Vida familiar, doméstica e/ou domiciliar e seus reveses
- 1.6.2 ► Vida cultural, política, social, econômica e seus reveses
- 1.6.3 ► Vida profissional e seus reveses
- 1.6.4 ► Vida afetiva e seus reveses (laços conjugais, amorosos, sentimentais, de amizade, parentais, sem prejuízo dos direitos de terceiros)
- 1.6.5 ► Vida sexual e seus reveses (relações sexuais, comportamentos sexuais, sem prejuízo dos direitos de terceiros)
- 1.6.6 ► Vida espiritual e religiosa e seus reveses

1.7 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações relativas à comunicação do indivíduo
- 1.7.1 ► Correspondências particulares
- 1.7.2 ► Conversas particulares
- 1.7.3 ► Formas e meios de comunicação particulares

1.8 ► Elementos de identificação do indivíduo
- 1.8.1 ► Nome
- 1.8.2 ► Endereço
- 1.8.3 ► Profissão
- 1.8.4 ► Idade
- 1.8.5 ► Estado civil
- 1.8.6 ► Filiação
- 1.8.7 ► Número de registro público oficial

1.9 ► Aspectos, circunstâncias e manifestações relativas às acomodações e transigências da vida cotidiana
- 1.9.1 ► Peripécias
- 1.9.2 ► Reconciliações
- 1.9.3 ► Alegrias, realizações e êxitos
- 1.9.4 ► Tristezas, aborrecimentos e decepções
- 1.9.5 ► Renúncias e sacrifícios
- 1.9.6 ► Fracassos e derrotas
- 1.9.7 ► Lazeres e ócios
- 1.9.8 ► Momentos de solidão, isolamento, recolhimento ou tranquilidade moral e do espírito

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Intrometer, invadir, manipular, divulgar e/ou publicar, sem autorização e indevidamente, independente de má fé, assuntos, fatos e aspectos que compõem os espaços exclusivos de vivência consigo mesmo e/ou convivência reservada (ou particular) de um indivíduo, os quais, segundo a sua vontade, não deveriam repercutir publicamente

2 ► QUANDO (SITUAÇÕES/HIPÓTESES)

a) ► Vida privada (*lato sensu*) – compreender aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos de um indivíduo (em grau médio) em que acontece relações de convivência moderada (reservada – número limitado de pessoas) e que exige comunicabilidade. Tem-se a identificação e projeção, pelo indivíduo, da sua face externa e interna

b) ► Intimidade inter-relacional – compreender aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos de um indivíduo (grau mínimo) em que acontecem relações de convivência mínima (mais reservada – número limitadíssimo de pessoas) e que exige comunicabilidade. Compreende a face externa do indivíduo (integridade física e integridade moral), por ele compartilhada

c) ► Intimidade subjetiva – compreender aspectos, circunstâncias e manifestações relativas aos espaços exclusivos de um indivíduo (grau máximo) em que não acontecem relações de convivência, mas de vivência consigo mesmo, e que não exige comunicabilidade. Compreende a face interna e exclusiva do indivíduo (integridade física e integridade moral)

2.1 ► Se tratar de publicidade (comunicação e repercussão pública e/ou social) involuntária, ilegal e/ou indevida de assuntos e/ou fatos pertencente à pessoa ou ao indivíduo mesmo
- 2.1.1 ► que desnudam a personalidade do indivíduo
- 2.1.2 ► relativos ao modo de ser do indivíduo
- 2.1.3 ► relativos à condução da própria vida (individual, familiar, doméstica, profissional e/ou social reservada)
- 2.1.4 ► relativos à relação do indivíduo com os demais membros do seu meio social reservado e/ou familiar
- 2.1.5 ► que abalam, quebram ou destroem a consistência psíquica e/ou moral do indivíduo, causando sofrimento espiritual, angústia, aborrecimentos e dificuldades
- 2.1.6 ► inúteis, embaraçosos e indiscretos
- 2.1.7 ► não relevantes para a sociedade e/ou que não necessitam ser comunicados para terceiros para que o sujeito conviva em sociedade
- 2.1.8 ► não relacionadas com o espaço público de relacionamento do indivíduo
- 2.1.9 ► relacionados à curiosidade alheia
- 2.1.10 ► sob falsas perspectivas ou o indivíduo é apresentado sob uma visão distorcida
- 2.1.11 ► confidenciais
- 2.1.12 ► imagens pessoais (fotografias, vídeos etc.)
- 2.1.13 ► que o indivíduo não quer que seja de conhecimento geral/público
- 2.1.14 ► que depõem contra o indivíduo e/ou contra sua família, suas relações e comunicações com outros, sua propriedade e/ou seus negócios

2.2 ► Se tratar de reserva de exclusividade
- 2.2.1 ► momento do ensimesmamento, de isolamento, de reflexão do indivíduo
- 2.2.2 ► refúgio/fuga espiritual (de ser deixado em paz)
- 2.2.3 ► desejo do indivíduo de se manter em anonimato (direito de gozar da intimidade em público sem ser reconhecido ou identificado)
- 2.2.4 ► abstração da necessidade de comunicar-se com os demais
- 2.2.5 ► abstração de controles e padrões sociais e do poder público
- 2.2.6 ► abstração das ingerências alheias

2.3 ► Se tratar de invasão e/ou utilização abusiva das comunicações privadas (meios e instrumentos de comunicações)

2.4 ► Se tratar de divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular

2.5 ► Se tratar de espionagem e outras indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis
- 2.5.1 ► observações ocultas (vigiar, espreitar, espiar, acossar)
- 2.5.2 ► escutas e gravações sem autorização
- 2.5.3 ► coleta e registro de imagens sem permissão
- 2.5.4 ► leitura e reprografia (cópia) de documentos particulares sem autorização

2.6 ► Se tratar de apropriação, por terceiros, de determinados elementos da personalidade e identificação do interessando, para fins comerciais (lucro) e/ou para proveito próprio ou de terceiros, sem autorização

2.7 ► Se tratar de quebra de relação de confiança num âmbito restrito de convivência (distante de um interesse que possa atingir um espaço público de relacionamento)

2.8 ► Se tratar de violações dos espaços particulares de vivência e convivência do indivíduo

2.9 ► Se tratar de violação dos segredos e sigilos relativos a relacionamentos, atividades e procedimentos em que o indivíduo se encontra inserido (contextos específicos e exclusivos de convivência) – segundo dispositivos legais e códigos de ética e conduta
- 2.9.1 ► das comunicações (textual, telegráfica, radioelétrica, telefônica, entre outras)
- 2.9.2 ► de correspondência (incluindo a destruição de correspondência)
- 2.9.3 ► da fonte
- 2.9.4 ► das votações
- 2.9.5 ► de Justiça
- 2.9.6 ► profissional
- 2.9.7 ► fiscal
- 2.9.8 ► das atividades de inteligência e policiais
- 2.9.9 ► industrial e empresarial
- 2.9.10 ► de operação ou serviço prestado por instituição financeira (bancário)
- 2.9.11 ► de procedimentos administrativos
- 2.9.12 ► de processo administrativo no âmbito da administração pública
- 2.9.13 ► relativos a ação popular
- 2.9.14 ► de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos, aquaviários, etc.
- 2.9.15 ► de dados armazenados, processados e veiculados mediante atividades de informática ligadas ao tratamento racional e automático da informação
- 2.9.16 ► de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet
- 2.9.17 ► de informações de engenharia genética, biossegurança e biotecnologia
- 2.9.18 ► de serviços notariais e registros
- 2.9.19 ► relativos à assistência à saúde
- 2.9.20 ► relativos à vigilância sanitária e à vigilância epidemiológica
- 2.9.21 ► outros segredos e sigilos previstos no ordenamento jurídico e códigos de conduta

2.10 ► Se tratar de interrogatórios mediante processos e meios ilegais como tortura, narcoanálise (mediante o uso de narcóticos), hipnose, detector de mentiras e outros

Quadro 19 Exceções ao exercício dos direitos à vida privada e à intimidade

Não se aplica quando se tratar de noticiário, veiculação ou divulgação de matérias
1 ► De interesse público ou causa socialmente relevante, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
1.1 ► de interesse científico
1.2 ► de interesse artístico
1.3 ► de interesse didático
1.4 ► de interesse cultural
1.5 ► de interesse da história (indivíduos que, dentro de um contexto de narrativa histórica, exerceram um papel de destaque)
1.6 ► de interesse moral
1.7 ► necessárias à manutenção da ordem pública
1.8 ► necessárias à segurança nacional
1.9 ► relacionadas a investigações criminais e atividades investigatórias por parte do Estado
1.10 ► de cunho policial e/ou identificação criminal (indivíduos procurados pela Polícia – julgados autores de ilícitos penais)
1.11 ► de interesse e administração da justiça
1.12 ► de interesse da saúde pública (indivíduo que sofre de doença gravíssima de fácil transmissão e não tem conhecimento, colocando em risco toda a sociedade)
1.13 ► relacionadas à sobrevivência da sociedade
1.14 ► verificação de acontecimentos, atuação e ações do poder público (transparência, controle do poder público e democracia)
1.15 ► necessário ao exercício profissional
1.16 ► fatos já notórios e de amplo conhecimento do público, devendo ser avaliada a extensão da preexistente notoriedade
2 ► Cujo consentimento (tácito, expresso, oneroso ou gratuito) foi dado, desde que respeitados os limites pactuados (o que, para que, onde, quando e como)
3 ► Sobre local, lugar, cenário ou acontecimento público (coletividade não identificada de pessoas ou em ambiente público), desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
4 ► Destinadas ao direito de informar e ser informado, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
5 ► Sobre pessoas públicas e notórias, desde que sejam apresentadas informações verídicas, corretas e imparciais; o texto se restrinja à matéria em foco; a informação tenha sido obtida por meios admitidos pelo direito; e que a divulgação dos fatos não tenha como objetivo a exposição ao menosprezo, ódio e/ou humilhação
5.1 ► obras biográficas literárias ou audiovisuais
5.2 ► função (profissão ou natureza do serviço) de interesse especial
5.3 ► famosos (no presente ou no passado), desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade
5.4 ► no exercício de funções e mandatos públicos (ações público-estatais)
5.5 ► no exercício de ações público-sociais
5.6 ► personalidade de candidato a cargos públicos, tendo em vista esclarecer o eleitorado
6 ► Proteção dos direitos e das liberdades de terceiros

Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Os Quadros 18 e 19 sintetizam, no âmbito desta pesquisa, as possibilidades de violação dos direitos à vida privada e à intimidade e as exceções ao exercício dos direitos em questão, respectivamente. *Entende-se que eles apresentam os traços característicos e distintivos dos direitos à vida privada e à intimidade e evidenciam os requisitos que podem auxiliar na identificação de documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações pessoais que violam a vida privada e a intimidade das pessoas.*

A utilidade dos arquivos, as características próprias do documento arquivístico, o princípio da proveniência e o contexto arquivístico

> Esses papéis não são papéis, e sim vidas de homens, de países, de povos. (Jules Michelet, 1833[213] apud Delmas, 2010, p. 11)

Na obra *Arquivos para quê?*, Bruno Delmas (2010b, p. 17-18) descreve que "em relação aos arquivos, as atitudes são muito variadas e, geralmente, reina um grande desconhecimento sobre o que sejam". Tal autor lamenta a noção incompleta que a grande maioria possui a respeito da natureza e dos múltiplos usos dos arquivos. No entanto, observa que:

> O desenvolvimento do uso de documentos foi seguindo o constante alargamento do espaço de vida dos homens e da sua integração crescente nesse ambiente no decorrer dos séculos: famílias, comunidades em aldeias ou paróquias, latifúndios, cidades e bairros, profissões, empresas, províncias e regiões, países e Estados, organizações internacionais e supranacionais... *O acúmulo de relações cada vez mais densas e amplas aumenta de forma exponencial as necessidades e os usos de documentos preciosos para agir, negociar e viver*. Os arquivos aumentam proporcionalmente a isso. (Delmas, 2010b, p. 19-20, grifo nosso)

O próprio autor defende que as utilidades dos arquivos são infinitas, porém, didaticamente, as reagrupa em quatro utilidades consideradas fundamentais: 1) para provar; 2) para lembrar; 3) para compreender; e 4) para identificar-se.

> Provar seus direitos é uma utilidade jurídica e judiciária. Lembrar-se é uma utilidade de gestão. Compreender é uma utilidade científica de conhecimento. Identificar-se é uma utilidade social. Essas utilidades desenvolveram-se em paralelo, porém, cada uma delas sofreu transformações diversas dependendo das épocas, em razão da própria evolução da sociedade. (Delmas, 2010b, p. 21)

Delmas (2010b, p. 23) reforça que os documentos arquivísticos *enquanto provas* são responsáveis por fundamentar tanto os direitos quanto as obrigações de uma entidade (pública ou privada, física ou jurídica) e

213 Não foi possível localizar os dados da referência.

destaca que, na atualidade, "esse papel como suporte da prova cresce incessantemente". Nesse sentido, o autor (2010b, p. 25-26) considera que "os arquivos são documentos 'sensíveis'", principalmente quando classificados como sigilosos, uma vez que estão sujeitos ao desaparecimento e a eliminações (acidentais ou não) antes da prescrição das ações.

Sobre a utilidade *lembrar*, o autor citado (2010b, p. 26-27) comenta que essa "é uma necessidade prática da vida cotidiana de qualquer pessoa ou instituição", que tem uma relação direta com a necessidade de continuidade das ações que compõem a vida dos indivíduos. Ou seja, por intermédio dos documentos arquivísticos produzidos e mantidos (a memória registrada e arquivada) lembra-se do que foi feito, da experiência e dos saberes adquiridos para continuar agindo (gestão do conhecimento). Ressalta-se que Delmas (2010b, p. 28) considera que a utilidade lembrar não é menos importante que a utilidade provar: "guardar o rastro da continuidade das ações para poder referir-se a elas adquire uma importância tão grande quanto a da prova jurídica. Com a crescente estabilidade das instituições surge progressivamente a necessidade de lembrar-se também das razões que motivaram as ações".

No tocante à utilidade *compreender*, Delmas (2010b, p. 34) afirma que "os arquivos são fonte de conhecimento", enquanto fontes de pesquisa, de ordem técnica e científica. Vale ressaltar que se ignora veemente e frequentemente os documentos arquivísticos enquanto memórias de conhecimentos, de saberes e de estudos técnicos (saberes administrativos); assim como fontes de pesquisa para as diversas áreas de conhecimento, além da história. O próprio Delmas (2010b, p. 35, grifo nosso) lamenta esse fato: "É muitas vezes difícil conceber que possa haver um acúmulo de experiências e de *saberes científicos e técnicos* não explorados nas instituições arquivísticas". Nesse ponto, o autor, inclusive, chama a atenção para situações em que algumas instituições comercializam informações valiosas contidas em documentos arquivísticos. Como exemplos disso, cita-se o caso de entidades responsáveis por estudos estatísticos e econômicos e outros apresentados por Delmas (2010b, p. 38-39, grifo nosso):

> Na área audiovisual, em que o uso dos arquivos é imediato e entra no circuito econômico, sabe-se perfeitamente que *os arquivos são uma fonte diretamente comercializável*. Todos os canais de televisão do mundo sabem bem disso, assim como as federações de esportes e os organizadores de espetáculos. Será que o resto do mundo também sabe ou se preocupa com isso? Vinte anos atrás visitei a famosa fábrica de papéis pintados Zuber [...]. Essa empresa [...] tornou-se famosa no século XIX pelos seus papéis para decoração de interiores. No decorrer da visita era possível folhear à vontade os enormes catálogos contendo milhares de modelos produzidos ao longo de quase dois séculos. Ao nosso lado, um grupo de visitantes estrangeiros não parava de fotografar todos os modelos. Surpreso, perguntei aos responsáveis se isso era permitido. Pareciam não se chocar com tal conduta. Mas quando lhes disse que eles poderiam se surpreender se encontrassem seus desenhos patenteados e comercializados no exterior, começaram a prestar atenção. *Esquece-se muito frequentemente que os arquivos são uma imensa fonte de conhecimento e fazem parte dos ativos das empresas como dos Estados.*

Em relação à utilidade *identificar-se*, Delmas (2010b p. 39) descreve que se trata tanto de uma utilidade social, quanto de uma "utilidade psicológica e moral", tendo em vista que os documentos arquivísticos são instrumentos de referências indispensáveis para a vida dos indivíduos, enquanto fontes de consciência de suas existências (fator de estabilidade afetiva e psicológica) e de promoção de suas relações sociais. A esse respeito o autor em questão faz o seguinte comentário:

> O conhecimento de suas origens é essencial para o homem. Os sociólogos, psicólogos e antropólogos denunciam que a ausência de transmissão das raízes, por parte dos pais e da escola, é um dos fatores que levam indivíduos à incapacidade de se reconhecer como parte de uma história coletiva, tornando-se sujeitos a neuroses ou comportamentos violentos, às vezes, podem se ligar a mitos, ou ideias abstratas, as quais, ao negar a realidade, alimentam todos os corporativismos, extremismos, seitas e integrismos. Para as jovens gerações, essa perda é hoje um dos problemas sociais mais preocupantes [...]. (Delmas, 2010b p. 40-41)

Delmas (2010b p. 41) destaca que a utilidade *identificar-se*, diferente das outras três utilidades dos arquivos, "tem uma função mais política e simbólica do que testemunhal". O autor também observa que essa necessidade não é própria apenas dos indivíduos, mas também das comunidades, grupos sociais e empresas. No caso das empresas, para se afirmarem no mercado revelando suas identidades, valores e história, formalizarem e desenvolverem suas culturas, bem como promoverem o sentimento de pertencimento a cada um de seus membros. A respeito da administração pública e a utilidade identificar-se, Delmas (2010b p. 48) afirma que "tudo o que foi dito sobre os indivíduos, as famílias e as empresas vale também para a administração pública". E complementa: "Os arquivos constituem o 'arsenal' do Estado, ao mesmo tempo instrumentos e testemunhos. [...]. Os arquivos servem aos regimes e aos novos Estados como meio de enraizarem-se no tempo, com mais solidez" (Delmas, 2010b p. 50-51).

Enfim, após discorrer sobre as utilidades dos arquivos ou conjunto de documentos arquivísticos, o referido autor conclui que:

> Embora se pense comumente que os arquivos servem, sobretudo, para a escrita da história e que alimentam uma parte importante das editoras, *eles têm muitas outras utilidades, utilidades múltiplas* que vão se diversificando no decorrer do tempo. Dependendo do momento e das circunstâncias, nunca são os mesmos que se revelam, mas *quando necessitamos deles, são essenciais e acompanham todos os momentos e todos os aspectos de nossas vidas individuais e coletivas. Os arquivos são um desafio político. Disso decorre o seu poder e a necessidade de conservá-los, como também a sua rejeição, até sua destruição por parte daqueles que não querem que a verdade seja conhecida*. (Delmas, 2010b p. 53, grifo nosso)

Sobre a utilidade dos arquivos, Heloísa Bellotto destaca seu papel instrumental e testemunhal:

> *Arquivos são instrumentos, arquivos são ferramentas*. Ferramentas da administração (dos órgãos públicos ou das organizações privadas); ferramentas da cidadania (dos direitos e dos deveres dos cidadãos); ferramentas do direito (fontes do exercício jurídico); ferramentas da historiografia (os documentos

> são os instrumentos de trabalho do historiador); tudo isso, ademais de serem instrumentos indispensáveis da ciência, da tecnologia, do dia a dia das pessoas. Arquivos são instrumentos nos quais a informação está registrada, para que dela se faça uso. [...]. Arquivos são instrumentos para serem usados. *Arquivos existem para que as ações administrativas, jurídicas, técnicas, científicas etc. sejam conhecidas, sejam cumpridas se for ocaso e, sobretudo, sejam provadas. Documentos de arquivo são provas. Nascem como provas, permanecem como testemunhas*. (Bellotto, 2014, p. 179, grifo nosso)

Todavia, Bellotto (2014), em uma perspectiva diferente de Delmas (2010b), que não deixa de ser complementar, também aponta o uso multifacetado dos arquivos e estabelece três categorias, porém considerando os objetos e sujeitos, a saber: o uso prático, cujo objeto é operativo; o uso popular, cujo objeto é informativo; e o uso acadêmico, cujo objeto é especulativo.

- Uso prático – quem o realiza: o administrador, o jurista, o profissional. Ele é operativo, corresponde a ações (ou informação para ações). Tem sentido administrativo, jurídico, técnico, profissional.
- Uso popular – quem o realiza: o cidadão comum. Ele é informativo, correspondendo a conhecimento (sentido cultural) ou informação (caráter pessoal, direitos).
- Uso acadêmico – quem o realiza: o pesquisador, em geral, historiador.[214] Ele é especulativo, corresponde à ideia a partir das informações obtidas no documento, para análise e "explicação" da história. Esse uso pode ter caráter científico (pesquisa) ou sociocultural.

Sobre esses três tipos de uso dos documentos arquivísticos, a referida autora acrescenta o seguinte:

> *Em cada um desses usos*, nos quais as pessoas se servem desse instrumento, isto é, do documento de arquivo, *há muitas variantes*. No primeiro caso, o uso prático, que é o uso fundamental dos arquivos, ele *pode ser interno, externo, pode ser misto*. E isso justamente é o que é fascinante nos arquivos – a sua variedade, a sua universalidade, a sua abrangência, toda a sociedade e complexo de suas relações, dos seus feitos, ações e transações, dos seus comportamentos, tudo isso, em uma forma informacional, cabe aos arquivos. E eles estão aí para servir à sociedade a qual pertencem. *É a sociedade, são as suas entidades, os seus cidadãos que determinam o uso dos arquivos: como, por que e para que eles serão instrumentos*. (Bellotto, 2014, p. 180, grifo nosso)

Diante do exposto, citando García Belsunce,[215] Belloto (2014, p. 180, grifo nosso) observa que "*o uso é que determina o arquivo e não o arquivo que determina o uso*".

---

214 Bellotto (2014, p. 181-182) menciona que tal uso tende a ampliar-se, pois se antes os usuários dos arquivos eram em sua maioria os historiadores e professores de história, na atualidade tem observado que o rol de interessados está aumentando em muito.

215 Em trabalho apresentado no IX Congresso Internacional de Arquivos, Londres, 1980, cujo título foi: *El uso práctico de los archivos*.

Dando prosseguimento sobre o uso dos documentos arquivísticos, a mesma autora (2014, p. 180-181, grifo nosso) tece algumas considerações interessantes, que serve como um alerta, a respeito da relação *especificidades do documento arquivístico x informação*:

> O uso do arquivo, o arquivo como instrumento, está diretamente ligado ao conceito de informação registrada, basicamente a de caráter administrativo e/ou jurídico. *Os arquivos contêm informações em seu estado puro, original, seus documentos são provas, antes de serem informações*. A 'informação arquivística' *não é informação tomada no sentido geral*. É assim um tanto equivocadamente chamada, só porque se acha em um arquivo. *Na realidade, ela é o que denota a sua origem, a razão pela qual foi criada*. A 'informação arquivística', isto é, a de origem jurídica, administrativa, funcional, orgânica *é, antes de mais nada, prova, por mais simples que seja. O documento de arquivo é informação que tem em volta de si características e atributos próprios, tem tempo e circunstância, é eivada do 'vínculo arquivístico'. Ele é a sua ligação indissolúvel com as funções e as atividades próprias da sua entidade produtora/acumuladora, seja ela pública ou privada, e com os outros documentos que compõem o respectivo arquivo.*

Nesse sentido, diante dos comentários apresentados, uma vez compreendidas as utilidades dos arquivos, considera-se importante destacar o que é um documento arquivístico, algo bem mais complexo que se costuma compreender.

O documento arquivístico e suas características

Inicialmente, é importante esclarecer a preferência, aqui, pelo termo "documento arquivístico" em detrimento ao termo "documento de arquivo". Essa opção encontra justificativa em Rondinelli (2013, p. 144, grifo do original), a saber:

> Ocorre [...] que no nosso entendimento, o adjetivo 'arquivístico' identifica mais adequadamente a entidade em questão, à medida que lhe atribui uma qualidade: a entidade é *arquivística*. E por que o é? Por sua própria natureza, ou melhor, porque é produzida ou recebida no decorrer das atividades de uma pessoa física ou jurídica. Já o termo 'documento de arquivo' possui mais uma conotação de lugar: o documento *está no arquivo*. E por que? Porque ali foi colocado. Em apoio à nossa argumentação, registramos as ponderações de Heredia Herrera (2007)[216] segundo as quais um documento de arquivo não precisa estar num arquivo para existir. Já o arquivo como instituição de guarda de documentos arquivísticos não existe sem eles. Outro apoio vem de Duranti,[217] que em 'Archives place' aborda a questão dos arquivos como um lugar (*place*) que conferia autenticidade ao documento ali depositado justamente pela sua natureza arquivística. Finalmente, recorremos a Jenkinson (1947, p. 4)[218] para quem 'arquivos são documentos com uma qualificação'.

Registra-se, ainda, que, seguindo a mesma linha de pensamento de Rondinelli (2013, p. 144), não se defende a substituição do termo "docu-

216 HEREDIA HERRERA, Antonia. *Que es um archivo?* Gijón: Ediciones Trea, 2007.

217 Não foi possível localizar os dados das referências.

218 Não foi possível localizar os dados das referências.

mento de arquivo" por "documento arquivístico". Entende-se que ambos estão corretos; apenas se considera "o segundo mais preciso na identificação do objeto da arquivologia".

Vale ressaltar, também, que alguns autores utilizam o termo "arquivo" ou "arquivos" em detrimento de "documento arquivístico" e "documentos arquivísticos". No entanto, considera-se arquivo o conjunto de documentos arquivísticos.

Antes de apresentar as considerações dos autores analisados a respeito do documento arquivístico, é importante destacar que, no âmbito deste trabalho, considera-se que os documentos arquivísticos são diferentes dos outros tipos de documentos e, portanto, possuem características que lhes são próprias. Assim, não é qualquer documento (no sentido lato) que pode ser qualificado como arquivístico. É nesse sentido que as linhas a seguir se configuram: compreendem uma revisita a abordagens de autores nacionais e internacionais que destacam as características e qualidades próprias do documento arquivístico consideradas importantes no âmbito deste trabalho.

Dito isso, inicia-se esta seção partindo de algumas considerações do arquivista francês Bruno Delmas.

Delmas, ao resumir e apresentar a definição de documento arquivístico estabelecida na legislação da França, de 3 de janeiro de 1979, observa que na legislação da maioria dos países o enunciado contempla praticamente os mesmos termos.

> Há [...] unanimidade a respeito da definição dos arquivos: documentos reunidos por uma pessoa ou instituição em razão de suas necessidades, formando, assim, um conjunto solidário e orgânico denominado fundo de arquivo, conservado para usos posteriores. Tais utilizações são [...] numerosas, diversas, mutáveis e imprevisíveis. (Delmas, 2010b, p. 56)

A título de comparação, encontra-se, no quadro a seguir (Quadro 20), a definição resumida e apresentada por Delmas (2010b, p. 56) referente à legislação francesa e a definição apresentada na lei federal brasileira n. 8.159/1991 para arquivos (conjunto de documentos arquivísticos). Como pode ser percebido no Quadro 20, ambos os enunciados são marcados por duas ideias: 1) a relação direta com o exercício das atividades da entidade produtora (seja ela física ou jurídica, pública ou privada); 2) a independência do suporte.

Quadro 20 Documentos arquivísticos na legislação francesa (1979) e na legislação brasileira (1991)

Definição da legislação francesa de 1979 resumida por Delmas (2010b, p. 56)	Definição da lei federal n. 8.159/1991 (art. 2º)
Os documentos de arquivo, independentemente de data, suporte, forma ou local de conservação são aqueles solidariamente *produzidos ou recebidos por qualquer pessoa física ou jurídica ou privada, no exercício de suas atividades*, acumulados e organizados em consequência dessas mesmas atividades e conservados para eventuais usos futuros.	Consideram-se arquivos, para os fins desta lei, os conjuntos de documentos *produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte* da informação ou a natureza dos documentos.

Fonte: elaborado pelo autor.

Prosseguindo, Delmas (2010b, p. 56, grifo nosso) descreve que o documento arquivístico "é instrumento de ação e, como tal, possui *três qualidades*: ele é necessário, pessoal e preservado".

A respeito da primeira e da segunda qualidades, *necessário* e *pessoal*, o autor em tela menciona que "nós os utilizamos regularmente, sem sequer pensar no que são". Todavia, destaca que "são padronizados e normalizados, pois devem comportar certo número de informações precisas e *especificar quem as fornece, quem as estabelece e quem as atesta". E, além disso, são pessoais por se destinarem a determinada(s) pessoa(s)* (Delmas, 2010b, p. 57, grifo nosso). Estas últimas circunstâncias os tornam únicos.

Considerando os argumentos acima, Delmas revela outra característica fundamental dos documentos arquivístico, a *organicidade*:

> A cada ação, cada procedimento e cada etapa do procedimento correspondem formulários e documentos específicos que os tornam possíveis, que os materializam e acompanham. [...]. Nenhuma ação se compõe de um único passo, e sim de uma sucessão deles; além disso, nenhum passo é isolado e independente daqueles que o precedem ou daqueles que o sucedem. Ocorre o mesmo com os documentos que, produzidos para viabilizar determinada ação, representam os gestos necessários ao seu cumprimento, *documentos igualmente indissociáveis daqueles que os precedem e daqueles que os sucedem* [...]. Assim, os documentos de arquivo *pertencem a conjuntos solidários organizados segundo as necessidades de cada ação, e não por uma escolha arbitrária. Formam conjuntos orgânicos*. [...]. Muitas vezes, as novas tecnologias, bem como as ciências sociais, fazem esquecer que um documento de arquivo é sempre um elemento de um fundo de arquivo. (Delmas, 2010b, p. 58, grifo nosso)

Ainda sobre a segunda qualidade, o fato do documento arquivístico ser *pessoal*, Delmas tece alguns comentários interessantes para o âmbito do estudo que aqui se apresenta, quais sejam:

> *Todos os arquivos são resultados da ação do indivíduo ou do organismo que os produz, recebe e reúne ao longo de uma atividade, e tais documentos se revestem de caráter pessoal. Dizem respeito à 'vida privada' de alguém ou de um organismo, embora possam interessar indiretamente a várias outras pessoas, com as quais mantêm ligação mais ou menos importante*. Assim, encontram-se nos Arquivos públicos *documentos que dizem respeito a cada cidadão*: atos notariais, impostos, escolas, educação, serviço militar, recenseamento, justiça, cemitérios etc. Todos têm direito de acesso a esses documentos. (Delmas, 2010b, p. 59, grifo nosso)

No entanto, diante desses argumentos, tal autor faz a seguinte advertência:

> *Tudo que é pessoal acaba por assumir caráter sigiloso, o que vale também para os documentos de arquivo. Nesse caso, funciona uma lógica totalmente diferente* da que ocorre com a imprensa ou com as bibliotecas: os arquivos encontram-se fora do domínio da difusão da informação. *O 'sigilo dos arquivos' nada tem a ver com o direito do autor ou produtor de obras literárias ou audiovisuais, nem com a deontologia da informação da mídia, mas com o direito à intimidade e à vida privada*. (Delmas, 2010b, p. 59, grifo nosso)

Dando continuidade, Delmas reforça que:

> Como exceção à natureza geral dos arquivos, os documentos públicos são submetidos a regras derrogatórias relacionadas à transparência do Estado para com os cidadãos e às necessidades do que se denomina hoje a boa governança [...]. *Por se relacionar com o controle democrático dos cidadãos sobre o Estado, com a exigência das ações públicas e com o direito de saber daquilo que lhes interessa, o acesso aos*

> *arquivos públicos deve respeitar também a vida privada de cada um de nós. Trata-se, assim, de questão delicada, oscilando entre os interesses do controle democrático e a curiosidade, de um lado, e entre o direito à intimidade das pessoas e ao sigilo da administração e das empresas, de outro*. (Delmas, 2010b, p. 60, grifo nosso)

Como se percebe, os documentos arquivísticos, mesmo quando públicos (produzidos, recebidos e acumulados por entidades públicas no exercício de ações públicas), podem contemplar questões relativas à vida privada e à intimidade dos cidadãos.

Em relação à terceira qualidade, *preservado*, Delmas assim a descreve:

> O documento de arquivo é o resultado de uma ação passada que se pretende guardar, ao longo do tempo, por um prazo mais ou menos extenso, para necessidades futuras. *A guarda dos arquivos se inscreve na duração, no tempo longo da vida dos homens e das instituições, ao contrário das necessidades da comunicação, da informação e, em geral, da documentação, que são orientadas para a atualidade e o imediato*. (Delmas, 2010b, p. 61, grifo nosso)

Frente às três qualidades elencadas do documento arquivístico, o ato de ser necessário, pessoal e preservado, Delmas revela mais uma de suas características, a *autenticidade*:

> *Todas essas características conferem aos documentos de arquivo uma presunção geral de autenticidade*, mesmo àqueles, os mais numerosos, que não são atos autênticos. É por isso que a Justiça recorre a eles frequentemente, pois *documentos de arquivos fornecem um testemunho involuntário e, portanto, objetivo. Oferecem ainda, por não serem isolados, possibilidades de controle e, portanto, de crítica*. É por essa razão que os historiadores fizeram deles sua fonte privilegiada para chegar à verdade. (Delmas, 2010b, p. 61, grifo nosso)

Bellotto (2014, p. 307), por sua vez, ao discutir sobre o papel do documento arquivístico junto à sociedade, destaca a força probatória dos mesmos, a qual *não está relacionada à informação contida no documento em si, mas no contexto em que foram produzidos/acumulados*, correspondendo às relações que os documentos arquivísticos possuem com as ações para as quais serviram de instrumentos, conferindo-lhes um caráter específico e único.

> *Documentos de arquivo são testemunhos inequívocos da vida das instituições*. Estão registradas nos arquivos as informações sobre o estabelecimento, a competência, as atribuições, as funções, as operações e as atuações levadas a efeito, por uma entidade pública ou privada, no decorrer da sua existência. Arquivos são capazes de demonstrar como decorrem – e decorreram – as relações administrativas, políticas e sociais por elas mantidas, tanto no âmbito interno como externo, seja com outras entidades de seu mesmo nível, ou com as que lhes são, hierarquicamente, superiores ou inferiores. *Estão na raiz de todos os atos de causa, efeito e resultados do para quê, do como, do porquê, do quando e do quanto, sob todos os pontos de vista, do ser e do existir das entidades que vão surgindo, em decorrência das necessidades de uma sociedade*. [...]. *Essa especificidade da informação arquivística leva certamente à constatação de que 'o arquivo é não só informação,* mas também potenciador da informação, e essa é uma questão que já não oferece dúvidas. *A informação não é só o que passa, mas também o que permanece*'. (Bellotto, 2014, p. 306-307, grifo nosso)

A respeito do papel probatório e da informação veiculada nos documentos arquivísticos, são interessantes alguns apontamentos de Sousa (2007, p. 109). Para o autor em questão, o exercício de caracterização e diferenciação dos

documentos arquivísticos envolve dois movimentos cumulativos e não excludentes: 1) o contexto de produção e 2) a compreensão da informação veiculada.

> No primeiro movimento, o documento é considerado como resultado de uma ação administrativa. Dessa forma, ele é, ao mesmo tempo, resultado e prova, testemunho dessa atividade. [...]. E é o contexto de produção que permitirá a compreensão da informação contida no documento de arquivo. [...]. A informação contida no documento de arquivo é resultado da atividade que o produziu. Dessa forma, em um primeiro momento essa informação, *por mais abrangente que seja, é vinculada e marcada por essa atividade*. (Sousa, 2007, p. 109-110, grifo nosso)

Como se percebe, é preciso compreender o que, por quem, para quem, por quê, para que, quando, onde, como e em que condições o documento foi produzido, ou seja, em que contexto. A busca por essas respostas permite compreender os motivos de criação dos documentos arquivísticos, isto é, o que se pretendia evidenciar/provar com a criação deles. O conteúdo, ou seja, a informação registrada, é fruto de um contexto, que não pode deixar de ser considerado. Dessa forma, a compreensão do conteúdo do documento arquivístico, a informação registrada, depende da compreensão do contexto de produção.

Convém registrar que Sousa (2007, p. 113) considera que tanto o ambiente quanto o conteúdo dos documentos arquivísticos "são delimitados e definidos pelo sujeito acumulador" (pessoa física ou jurídica). Nesse sentido, assim define os arquivos: "um conjunto finito de documentos acumulados, que tem suas fronteiras demarcadas pela missão do criador, no caso das instituições, e pela área de atuação, no caso das pessoas físicas". Além disso, o mesmo autor comenta que "se o documento é o resultado da atividade de uma pessoa física ou jurídica, podemos falar do caráter orgânico desse registro. A organicidade é revelada pelo inter-relacionamento e pelo contexto de existência e de criação".

Retomando os ensinamentos de Bellotto a respeito das características dos documentos arquivísticos, destaca-se que a autora, em outra publicação, na qual aborda a gênese e a função do documento arquivístico, propõe-se a decodificar a relação *gênese do documento arquivístico – função do documento arquivístico – informação – testemunho*. Para tanto, parte da premissa que "a qualidade primordial do documento de arquivo [...] é a de ser prova". Nesse sentido, explica que o documento arquivístico "consegue ser prova justamente por causa da simbiose indivisível entre produtor – contexto – gênese – função". Além disso, citando Romero Tallafigo,[219] destaca que "o documento de arquivo, não importa o suporte, inclusive o eletrônico, é um produto social", que acompanha e envolve o homem compreendendo uma ferramenta de constância, de testemunho de atos e fatos e que integra um processo de comunicação de uma determinada sociedade (que tem seu próprio contexto segundo a sua época) (Bellotto, 2010, p. 161-162).

219 ROMERO TALLAFIGO, Manuel. *Historia del documento e la Edad Contemporênea*: la comunicación y la representación. Carmona: Associacíon de Archiveros de Andalúcia, 1994.

Partindo das considerações acima, a autora explica que:

> *As duas características do documento de arquivo, a de ser prova e a de ser informação/testemunho acabam por serem paralelas e inseparáveis. Ele nasce como prova, permanece como informação/testemunho*. O documento de arquivo tanto resulta como registro de uma determinada ação, como registra ações que provocam outras ações. Enfim, 'o documento de arquivo nasce para dar vida à razão de sua origem' (Rodriguez Bravo, 2002, p. 142).[220] E ao nascer, se se trata de documento público, é 'concebido, estruturado e produzido regularmente sob normas precisas por órgão administrativos encarnados em funcionários (autoridades delegadas) que declaram e materializam atos e fatos'. [...] *redigidos com o fim de fixar e fazer constar/acontecer atos e fatos que respondem a atuações sujeitas à jurisdição administrativa e o de ser veículo importante de comunicação entre órgãos, funcionários e cidadãos*. (Belloto, 2010, p. 162-163, grifo nosso)

Tendo como referência essas duas características do documento arquivístico, a de ser prova e a de ser informação/testemunho, a mesma autora defende que:

> Autenticidade, confiabilidade, integridade, permanência, é o que se espera dos documentos de arquivo como garantia de cidadania, de governabilidade, de entendimento e permanência do respeito aos direitos e deveres entre governantes e governados, na esfera pública, ou mesmo, dentro dos microcosmos das organizações e entidades privadas. (Bellotto, 2010, p. 162)

Dando prosseguimento na proposta de decodificar a relação *gênese – função– informação – testemunho*, Heloísa Bellotto (2010) coloca em pauta duas características identificadoras do documento arquivístico, as quais descreve como princípios: a *proveniência* e a *organicidade* (também denominada por alguns autores "*vínculo arquivístico*"[221]).

> *As mais importantes características identificadoras dos documentos de arquivo* relativamente aos outros tipos de documentos *são o princípio da proveniência (vínculo ao órgão produtor/recebedor/acumulador) e o princípio da organicidade* (a coerência lógica e orgânica no contexto de produção, *o vínculo aos outros documentos do mesmo conjunto*). (Bellotto, 2010, p. 163)

Em relação ao vínculo arquivístico, Bellotto faz a seguinte observação:

> Aliás, o decantado *vínculo arquivístico* é pedra de toque dos estudos arquivísticos. [...]. Na feliz expressão de Luciana Duranti, é o vínculo arquivístico que transforma o documento em um verdadeiro 'documento de arquivo'. (Bellotto, 2010, p. 163, grifo nosso)

Em relação ao princípio da proveniência, o vínculo do documento e seu produtor, a mesma autora (2010, p. 163-164) descreve que "ele 'fixa' a identidade do documento relativamente ao seu criador", uma vez que, de acordo com esse princípio, a organização dos arquivos deve obedecer à competência e às atividades da entidade (pessoa física ou jurídica) legitimamente responsável pela produção e/ou acumulação dos documentos, mantendo-se, assim, sua respectiva individualidade dentro do seu contexto orgânico de produção.

---

220 RODRIGUEZ BRAVO, Blanca. *El documento entre la tradición y la renovación*. Madrid: TREA, 2002.

221 Por exemplo: CARUCCI, Paola. *Le fonti archivitiche*: ordenamento e conservazione. Roma: La Nuova Italia Scientífica, 1983; DURANTI, Luciana. The archival bond. *Archives and Museum Informatics*, n. 11, p. 213-218, 1997.

Destacadas algumas utilidades e características próprias dos arquivos, considera-se importante abordar o princípio da proveniência e o seu importante papel diante dos arquivos e das intervenções arquivísticas.

Princípio da proveniência e contexto arquivístico

Antes de apresentar a revisão de literatura a respeito do princípio da proveniência, é importante esclarecer que esse percurso teórico buscou alguns atalhos, de modo que se optou por uma abordagem seletiva e não exaustiva, cujo critério de seleção foram as considerações de autores que apresentam e/ou defendem uma ampliação ou até mesmo uma reformulação do princípio da proveniência. O objetivo deste subcapítulo não é recuperar todas as formas como o princípio da proveniência foi discutido na literatura arquivística (nacional e internacional), mas identificar pontos e abordagens considerados de interesse deste trabalho.

De acordo com Rosseau e Couture (1998, p. 79), o princípio da proveniência é "a lei que rege todas as intervenções arquivísticas", independente da origem, natureza, idade ou suporte dos documentos.

> O princípio da proveniência e o seu resultado, o fundo de arquivo, *impõem-se à arquivística, uma vez que esta tem por objetivo gerir o conjunto das informações geradas por organismo ou por uma pessoa no âmbito das atividades ligadas à missão, ao mandato e ao funcionamento do dito organismo ou ao funcionamento e à vida da referida pessoa*. Pense-se na criação, avaliação, aquisição, classificação, descrição, comunicação ou na conservação dos arquivos: *todas as intervenções do arquivista devem ocorrer sob o signo do princípio da proveniência* e, à partida, do *reconhecimento do fundo de arquivo como unidade central das operações arquivísticas*. [...]. Para uma disciplina, um princípio é uma lei aplicável para tudo, por todos e em todas as situação. Em arquivística, o princípio de proveniência é deste tipo. (Rosseau; Couture, 1998, p. 79, grifo nosso)

Retomando os enunciados elaborados por Natalis de Wailly, nas instruções do Ministério do Interior francês, de 24 de abril de 1841, e aprovadas pelo ministro Tanneguy Duchâtel,[222] Rosseau e Couture (1998, p. 80, grifo nosso) comentam o seguinte:

> Sabemos agora que Natalis de Wailly acabava com [...] propostas, de dar uma personalidade disciplinar própria dos arquivistas fornecendo-lhes uma maneira original de abordar os arquivos, que permitia evitar os graves e irreparáveis erros que se cometiam desse [sic] há muito com a organização dos arquivos por assunto, por tema ou por qualquer fator. Assim nasceu a primeira componente do princípio da proveniência segundo a qual *cada um dos fundos de arquivos é diferente dos seus semelhantes*.

Rosseau e Couture (1996, p. 80) também apontam que, com a adoção, em 1881, na Prússia, do *Provenienzprinzip*, Heinrich von Sybel, diretor dos Arquivos do Estado da Prússia, e Max Lehmann, autor do regulamento de 1º de julho de 1881 relativo aos Arquivos de Estado Secretos de Berlim

222 *Instructions pour la mise en ordre et le classement des archives départementales et communales.*

(*Geheimes Staatsarchiv*), preparam o caminho para a segunda componente do princípio da proveniência, ao indicarem "o respeito pela ordem original e pelas designações originais". Componente essa desenvolvida mais tarde pelos arquivistas S. Muller, J. Feith e R. Fruin, em 1898, quando recomendaram que o sistema de organização (classificação e ordenação) dos documentos arquivísticos deve ter como base a organização primitiva do fundo, a qual corresponde à organização da administração que os produziram e/ou acumularam, ou seja, à organização da administração da qual são provenientes.

Diante do exposto, na concepção dos autores em questão, o princípio da proveniência é composto por duas componentes as quais representam dois graus de aplicação, a saber:

> No primeiro grau, o princípio da proveniência leva-nos a considerar o fundo de arquivo como uma entidade distinta. Assim, é aplicado ao primeiro grau o princípio da proveniência quando se deixam juntos ou quando se agrupam, se tiverem dispersos, todos os documentos criados ou recebidos por determinada personagem, ou organismo, no exercício das suas respectivas actividades. [...]. *O respeito deste primeiro grau é essencial para que os documentos de arquivo conservem sua plena utilidade administrativa* [...]. *Por outro lado, este primeiro grau é também indispensável à plena existência do valor de testemunho do arquivo,* visto que o próprio fundo de arquivo, de que depende esse valor, procede directamente desse respeito. [...]. No segundo grau, o princípio da proveniência exige que *todos os documentos de um fundo de arquivo ocupem um determinado lugar que tem de ser respeitado* ou reestabelecido, caso a ordem primitiva ou a ordem original tenha sido modificada por qualquer razão. (Rosseau; Couture, 1998, p. 83-84, grifo nosso)

Para Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 27, tradução nossa), o princípio da proveniência compreende "um princípio cujo conteúdo teórico não para de crescer", haja vista que, ao longo do tempo, vem passando por diversas reformulações e reflexões, de modo que o seu valor tem sido cada vez mais desenvolvido e ampliado.

Ressalta-se que Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 24, tradução nossa) aponta que a maioria dos autores "parece conceder um duplo valor ao denominado princípio da proveniência": 1) "o respeito à origem dos fundos", conhecido como *princípio do respeito aos fundos* e 2) "o respeito à estrutura desses fundos e à ordem dos documentos no interior dos mesmos", conhecido como *princípio do respeito à ordem original* ou *princípio da ordem original*. Todavia, alguns consideram que ambos os valores são um único princípio e outros consideram que são princípios distintos, mas diretamente relacionados. A esse respeito, a autora em questão defende que:

> A partir da sua evolução geral, podemos concluir considerando um duplo significado do mesmo [princípio da proveniência]: a necessidade de separação de conjuntos orgânicos de documentos cujas proveniências são diferentes, por um lado, e a determinada ordem que esses conjuntos orgânicos, no interior de uma mesma proveniência, devem conter. Ambas considerações representam um duplo valor deste princípio que, depois da sua primeira formulação, vai enriquecendo-se com diferentes formulações posteriores que são indicadores da sua relevância. Dois são os marcos históricos no desenvolvimento teórico deste princípio: o 24 de abril de 1841, data em que se formula o princípio francês de fundo, e o 1898, ano em que tem lugar a aparição da obra dos holandeses, de onde se estabelece a específica

> ordenação dos fundos dentro do qual hoje se conhece como princípio do respeito à ordem original dos documentos. Cada um destes dois princípios representa, na minha opinião, a importância teórica desses dois valores anteriormente considerados que representam um duplo significado de um princípio mais geral, que é o da proveniência. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 33-34, tradução nossa)

Ao retomar o disposto nas instruções do Ministério do Interior francês, de 24 de abril de 1841, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 29, tradução nossa) observa que o conteúdo teórico do então "princípio francês de fundo" – apontado por grande parte de autores da arquivologia como um dos precedentes mais remotos do princípio da proveniência – tem como fundamento dois pontos centrais: 1) "a definição de fundo como conjunto de documentos de uma mesma proveniência: corpo, instituição, família ou indivíduo" e 2) "a precisão da ordem interna do próprio fundo". Também descreve que, à época, tal princípio foi formulado com o objetivo de determinar um método de aplicação prática em relação ao processo de classificação dos documentos arquivísticos, indicando, portanto, a necessidade de se respeitar a proveniência de cada fundo arquivístico, não mesclando seus documentos.

Tendo como referência a obra de Muller, Feith y Fruin, conhecida como *Manual dos arquivistas holandeses*, a referida autora ressalta que os parágrafos 1 e 2 constituem grande parte do princípio da proveniência, de modo que tal princípio se traduz nos parágrafos 16 e 17:

> No primeiro se define o arquivo como o conjunto de documentos escritos recebidos ou produzidos oficialmente por determinado órgão administrativo ou por um de seus funcionários, na medida em que tais documentos se destinavam a permanecer na custódia desse órgão ou de seu funcionário. [...]. No parágrafo 2 expõem: um arquivo é um todo orgânico; enunciado que se desenvolve em sua extensão no comentário posterior ao parágrafo mesmo, de onde se ressalta a importância da origem ao insistir sobre o fato de que um arquivo não se cria arbitrariamente, mas que cresce, se forma e sofre transformações segundo regras fixas. Estas regras, real e teoricamente, constituem grande parte do princípio que estudamos, segundo se deduz do conteúdo do parágrafo 16. Nele os autores sustentam que o sistema de classificação deve estar baseado na organização original do arquivo, a qual em essência corresponde à organização do órgão administrativo que o produziu. Esta regra, aclaram mais adiante, é de todas a mais importante, porque nela se formula o princípio fundamental do qual derivam as demais normas. Princípio que para eles não é possível aplicar sem reestabelecer antes de nada e na medida do possível a ordem original, segundo expressa o parágrafo 17 [...]. Esta é a razão porque este princípio tem sido designado posteriormente como o *princípio do respeito à ordem original*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 33, tradução nossa, grifo do original)

Partindo do pressuposto segundo o qual mediante a aplicação do princípio da proveniência os documentos arquivísticos devem refletir a organização e o funcionamento da instituição de que são produtos e, consequentemente, tem-se a obrigatoriedade de se resgatar e respeitar as circunstâncias imbricadas na gênese de tais documentos, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 61, tradução nossa) considera três elementos que fundamentam o enunciado teórico do princípio em questão, a saber:

> 1) Uma *instituição*, como sujeito produtor de documentos. Elemento que constitui o ponto de referência do próprio princípio. 2) O *documento de arquivo*,

> como produto que resulta da atividade da Instituição, mais especificamente do cumprimento das funções dessa. É, por conseguinte, o segundo elemento [...], a partir da consideração de que esse representa o objeto material deste princípio. 3) E, finalmente, o *arquivo* como o estádio que se destinam os documentos produzidos (elemento 2) pela instituição (elemento 1) e que especificamos como o ponto para a aplicação deste princípio. Portanto, instituição, documento de arquivo e arquivo representam a tríade de elementos necessários para poder enunciar a proveniência nos arquivos. Elementos cuja conceitualização é o resultado de um processo ainda em desenvolvimento.

Em relação ao primeiro elemento, a instituição, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 64, tradução nossa) expõe que sua análise deve considerar três vias:

> A primeira que pode ser considerada como social-antropológica, ajuda-nos, fundamentalmente, a definir não a instituição, mas exatamente as razões para a sua aparência e existência, isto é, a institucionalização, dito de outro modo, nos obrigará a analisar mais do que a instituição, o papel institucional, o seu papel social e sua inserção definitiva em uma ordem que define e a partir da qual ela própria é definida. A segunda via, que transcorre pelos canais legais, nos trará a instituição inscrita nos termos do direito, obrigando-nos analisar mais que as normas que estão estabelecidas a partir do fenômeno da institucionalização, o modo em que estas se praticam, isto é, o procedimento pelo qual uma norma que é criada para regular as relações entre os homens, finalmente a regula. A terceira, por fim, nos permite contemplar a instituição em um âmbito político, como elemento que possibilita o exercício de poder. Inscrita nesta esfera, uma vez que, ao longo do tempo, o poder ao qual fazemos referência também evoluiu, a instituição será analisada a partir de uma perspectiva histórica. Enquanto a função institucional e a instituição ou órgão institucional irão definir o material contido em um arquivo, os percursos das vias nos são apresentados como necessários uma vez que a soma deles vai nos ajudar a definir o conceito de instituição na sua extensão.

Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 66, tradução nossa), citando os sociólogos Horton e Hunt, considera que uma instituição é fruto da vida social, tendo em vista que as pessoas se agrupam com a finalidade de encontrar formas práticas de suprir suas necessidades, buscando orientações factíveis que vão se cristalizando em costumes regulares, mediante a repetição. Desse modo, com o transcorrer do tempo, essas orientações vão adquirindo um corpo de tradições e crenças que justificam e sancionam o surgimento de uma instituição. Assim, em sua concepção, dois aspectos compõem a criação de uma instituição: "a referência às necessidades humanas" e "o caráter de legalidade que respalda as formas práticas de fazer frente a essas necessidades". Quanto ao conceito de institucionalização, a autora em questão considera que consiste no "estabelecimento de normas definidas que determinam posições de status e papéis de funções para o comportamento", ou seja, "a substituição do comportamento espontâneo ou experimental por um comportamento esperado, realizado de acordo com orientações regulares e previsíveis". Dito isso, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 67, tradução nossa) destaca a importância que a função de uma instituição adquire sobre sua conceitualização, haja vista que sua função é responsável por defini-la. Enquanto produto e resultado de uma ordem social uma instituição é definida partindo-se da sua função (que é demarcada pela ordem social em questão, mediante um sistema de regras e normas). Tratam-se de dispositivos sociais que têm como finalidade

atender necessidades, ou seja, dispositivos sociais dotados de funções que se configuram em um complexo de atividades organizadas.

> A instituição responde ou é uma demanda social, e surge com o propósito limitado de satisfazer necessidades específicas, para as quais terá os mecanismos necessários. Esses mecanismos se traduzem em competências ou atribuições que permitem que um determinado organismo atinja objetivos específicos. Conde Villaverde[223] define essas competências como atribuições confiadas exclusivamente a um organismo da administração para resolver questões relativas a um determinado assunto. É, portanto, o elemento que possibilita o cumprimento da função institucional, e teremos, portanto, competências particulares para o cumprimento de funções específicas. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 85, tradução nossa)

Ainda trantando da instituição, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 81) acrescenta que a implicação da obrigatoriedade no cumprimento de suas funções está relacionada à sua qualificação jurídica e legal. E, quando se trata de uma instituição de natureza pública, tal obrigatoriedade mostra-se muito mais forte por ser uma instituição mais política que social, visto que os dispositivos legais e constitucionais precisam ser cumpridos com sucesso.

Mediante tais argumentos, Martín-Pozuelo Campillos conclui que os documentos não são produtos da própria instituição, mas, especificamente, do desenvolvimento de suas funções; e defende que:

> Podemos então considerar que o documento, nas suas múltiplas variantes e tipologias responde a uma necessidade material, possibilitando ao mesmo tempo, satisfazer essa necessidade. Sua finalidade está sujeita à finalidade para a qual o próprio documento surge. Ao mesmo tempo, cada documento responde a uma necessidade finalística da própria administração que precisa do mesmo para materializar a sua atuação. Sendo suas atuações variadas, consequentemente, serão igualmente variadas as tipologias dos documentos. Tipologias que, por natureza, não são caprichosas, mas respondem a um procedimento específico que, como a própria atuação, está sujeito às leis que o ditam. Circunstância esta que lhe dá uma forma definitiva e que mais tarde deve ser refletida no arquivo. [...]. A prova, por outro lado, da importância do documento como tradução material da função de uma instituição é a sua institucionalização, que se torna assim uma função adicional de tudo o que pode exercer. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 82, tradução nossa)

Portanto, de acordo com Martín-Pozuelo Campillos, uma instituição tem necessidade de um arquivo; uma vez que esse é capaz de justificar sua própria existência, possibilitando a realização das suas funções e provando/testemunhando a realização de tais funções.

> Em temos gerais, a necessidade que a instituição tem do arquivo emana diretamente da necessidade de justificar sua própria existência. O arquivo representa, por um lado, a prova de que as suas funções foram cumpridas, e por outro, o instrumento que possibilita que as mesmas possam ser cumpridas. A partir desta perspectiva, é o arquivo mais um serviço da administração. Deve-se destacar uma matiz importante sobre o serviço que o arquivo representa para a instituição que o cria, a matiz finalística que resulta na absorção final de toda a docu-

223 CONDE VILLAVERDE, Maria Luisa. *Manual de tratamento de archivos administrativos*. Madrid: Dirección de Archivos Estatales, 1992.

> mentação por ela gerado, cumprindo um duplo serviço, por um lado, à própria instituição, serviço interno e, por outro, não apenas ao indivíduo que acabou por se relacionar com aquela instituição, mas à sociedade em geral que finalmente e através dele obtém a garantia de pertencer ao grupo, que poderíamos chamar de serviço externo. Assim, externo e interno, ambos os serviços são mesclados e concedem à instituição a sua integridade. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 83-84, tradução nossa)

Enfim, apresentadas suas considerações a respeito do primeiro elemento que, em sua concepção, fundamenta o enunciado teórico do princípio da proveniência, Martín-Pozuelo Campillos assim o define:

> Entendemos a instituição, a partir da análise precedente e da perspectiva arquivística, o sujeito produtor de conjuntos orgânicos de documentos. Referimo-nos tanto a organizações públicas quanto privadas. Incluímos também neste termo qualquer pessoa, empresa ou associação, legalmente sancionada, com uma determinada função social que no exercício dessa função gere um volume documental que a reflita e que finalmente seja recolhido no arquivo. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 86, tradução nossa)

Quanto ao segundo elemento que fundamenta o princípio da proveniência, o documento de arquivo, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 90, tradução nossa), partindo do pressuposto de que o documento arquivístico representa a materialização das atividades específicas que uma instituição desenvolve a partir de sua função, considera que "em sua essência o documento propriamente de arquivo contém em si uma função específica, determinada a partir das razões que lhe dão origem, e que são, em suma, o componente essencial da sua conceituação".

Ao se propor a apresentar uma delimitação conceitual de documento arquivístico, Martín-Pozuelo Campillos (1996) destaca que, para diversos autores,[224] o aspecto fundamental ou essencial que define o documento arquivístico e o diferencia dos demais é sua origem, ou seja, as circunstâncias de sua gênese. Em complemento, a referida autora considera que são cinco as características definidoras de documento arquivístico, as quais estabelecem o papel que ele cumpre junto ao enunciado teórico do princípio da proveniência: 1) o contexto em que é criado; 2) sua unicidade; 3) sua autenticidade; 4) a heterogeneidade de seu conteúdo e, consequentemente, a multiplicidade de sua informação; e 5) a necessidade de que cada uma dessas características esteja sempre presente. No quadro a seguir (Quadro 21), há uma breve explanação a respeito de cada uma dessas características, conforme entendidas por Martín-Pozuelo Campillos.

224 CARUCCI, Paola. *Le fonti archivitiche*: ordenamento e conservazione. Roma: La Nuova Italia Scientífica, 1990; MULLER, S.; FEITH, J. A.; FRUIN, R. *Manual de arranjo e descrição de arquivos.* Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Arquivo Nacional, 1960; TANODI, Aurelio. *El concepto de archivología.* Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, Departamento de Pedagogía Universitaria, 1960. (Extensión Cultural, 1); BRENNEKE, Adolf. *Archivística*: contributo alla teoria ed alla storia archivistica europea. Milano: per i tipi dell'editore dott. Antonio Giuffrè, 1968.

Quadro 21 Características definidoras de documento arquivístico

Características do documento arquivístico	Considerações de Martín-Pozuelo Campillos (grifo nosso)
1) o contexto em que é criado	"É sem dúvida a característica distintiva da antonomásia, ao ponto de que só ela seria suficiente para transformá-lo em uma entidade completamente diferente. A este respeito, devemos dizer que o resto das características são derivadas dela. Todo documento de arquivo é o produto de um conjunto de circunstâncias muito específicas que, encadeadas entre si, conferem-lhe uma característica distintiva do resto. *Mesmo que sejam do mesmo tipo documental, mesmo que a gestão siga os mesmos passos e a resolução final do processo chegue a termos semelhantes, as razões para sua gênese e, portanto, a própria gênese serão sempre diferentes. Desta forma, o valor informativo incluído em seu conteúdo documental seria distorcido se fosse separado dos motivos de sua gênese*. Nesse sentido, [...] Angélica Menne-Harritz afirmou que *um documento isolado de seu contexto pode se tornar incompressível e perder completamente o valor inerente ao seu conteúdo*."
2) sua unicidade	"A segunda característica diferenciadora, em estreita relação ou, além disso, derivada da primeira, seria sua unicidade, *derivada não de outros ambientes de sua gênese, mas de sua própria gênese*. Pode-se dizer, estabelecendo um paralelo, que os documentos vêm para povoar os arquivos como o homem vem para povoar a terra: assim c omo não há duas pessoas iguais, *nenhum documento é igual a outro*. Um vínculo entre os dois, homens e documento, é, na realidade, o que lhes dá esse caráter singular ou diferenciador."
3) sua autenticidade	"Originariamente, os documentos de arquivo não passam de instrumentos de trabalho da administração, fato que, sem a dúvida, lhes confere a categoria de autênticos, *convertendo-os em fiel testemunhos do momento e de situações específicas*. Como afirma Vicenta Cortés, este é um conceito que não deve ser confundido com veracidade, um documento de arquivo pode ser autêntico e falso seu conteúdo."
4) a heterogeneidade de seu conteúdo e, consequentemente, a multiplicidade de sua informação	"Independentemente da matéria ou assunto em questão, cuja riqueza informativo-cultural é de alguma forma incalculável, *um documento de arquivo fornece informações que são sempre indefiníveis e, certamente, fora do objeto da sua criação. Referimo-nos a um tipo de informação que poderíamos considerar literal e cuja leitura é feita entre linhas*. Num dado momento o documento único e mais tarde o arquivo administrativo, nos oferecem informações acerca do trâmite, e as possíveis incidências do mesmo. *Por outro lado, a sua forma material específica e todas as formalidades que dele derivam fazem do documento de arquivo um tipo de documento em que concorrem determinadas especificidades que o diferenciam do estrito conteúdo que esse tem em outras disciplinas*."
5) a necessidade de que cada uma dessas características esteja sempre presente	"A necessidade de cada uma dessas características estar sempre presente é o último elemento definidor. A ausência de uma delas invalidaria o resto, ou dito de outra forma, o resto por si só, sem uma dessas características, não bastaria para qualificar um documento como um documento de arquivo."

Fonte: elaborado pelo autor com base em Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 101-102, tradução nossa).

Mediante tais características, a autora destaca que:

> É conveniente, portanto, *enfatizar a importância de seu contexto, sua origem, sua gênese e, finalmente, sua proveniência*; ou seja, o vínculo com o órgão que lhe dá vida. *Todos estes elementos são contemplados pelo princípio da proveniência, que persegue um objetivo final: a necessidade de cada um deles ser respeitado em um posterior tratamento dos documentos*, tratamento que começa no momento em que o documento, cumprido seu fim no coração da instituição que lhe dá a vida, inicia uma viagem hipotética até finalmente repousar no arquivo. *Desde o início desta viagem hipotética, o documento sofrerá uma transformação substancial no que diz respeito aos seus valores e funções. Esta*

> *circunstância torna urgente arbitrar os mecanismos necessários para que sua essência constitutiva não se torne distorcida. O documento deve manter em si, além do tempo, uma amostra das razões para a sua existência, apenas desta forma, todas as funções adjudicadas ao arquivo podem finalmente ser cumpridas*. Neste sentido, apesar do fato de que com o passar do tempo vai adquirindo valores que não tinha antes, *o documento de arquivo deve em todos os momentos refletir a acumulação de circunstâncias que lhe deram vida. Fato que só é possível com a aplicação do princípio da proveniência*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 103, tradução nossa, grifo nosso)

Por fim, quanto ao terceiro elemento que fundamenta o princípio da proveniência, o arquivo, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 121, tradução nossa, grifo nosso) explica que:

> Já em nossos dias prevalece a definição de arquivo que deriva da inclusão da proveniência como um ingrediente fundamental, com diferenças entre alguns autores e outros que não são substanciais e quando menos radicais. A partir da contribuição da Associação de Arquivistas Franceses, os diferentes dicionários terminológicos, assim como as diversas leis de patrimônio e todas aquelas específicas de arquivos. Todos eles, em suma, *consideram o arquivo como o conjunto de documentos de qualquer natureza, que todo corpo administrativo, toda pessoa física ou moral reúne automaticamente e organicamente, pela mesma razão natural ou legal de suas funções ou suas atividades, ao que se pode acrescentar, que são conservados a título de referência*.

Ressalta-se que, de acordo com a autora em análise, o conceito de arquivo abarca três requisitos ou características definidoras: 1) a existência de uma organização (instituição) com funções cujo exercício será refletido em uma série de documentos; 2) a decisão expressa de que eles serão preservados; e 3) a ordem que possibilita a localização dos mesmos (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 108, tradução nossa).

Também é importante destacar que, de acordo com Martín-Pozuelo Campillos, a definição da função de um documento arquivístico deve ser considerada tanto na formação quanto no tratamento específico de um arquivo:

> É necessário significar o fato de que *o documento evolui desde o momento de sua gênese e é precisamente essa evolução que provoca as especificações em seu tratamento, sempre em virtude de sua função particular*. Assim, *o arquivo que resulta e recolhe a evolução do documento, deve permitir que essas funções sejam cumpridas e, consequentemente, a definição de sua função é o ponto de partida de seu tratamento específico*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 124, tradução nossa, grifo nosso)

Ao apresentar suas considerações sobre a práxis (aplicação concreta) do princípio da proveniência, Martín-Pozuelo Campillos aponta que, conforme mencionado anteriormente, de acordo com o seu desenvolvimento teórico, o princípio da proveniência compreende dois postulados que estão estreitamente relacionados, porém, que implicam, necessariamente, dois diferentes graus de aplicação: o *respeito aos fundos* e o *respeito à estrutura original dos fundos e a ordem natural dos documentos*. Isso significa, para a autora (1996, p. 127, tradução nossa, grifo nosso), que "é o mesmo que *os documentos reunidos em um arquivo devem refletir cada uma das circunstâncias de sua gênese*".

Em relação ao conteúdo teórico do primeiro nível de aplicação, o respeito aos fundos, a referida autora relembra que, de acordo com Jean Favier[225], *um fundo de arquivo se organiza sempre em razão de sua origem*. Além disso, após revistar diversos autores, apresenta a seguinte definição de fundo:

> Podemos considerar que um fundo é *a soma total da documentação que uma entidade produz no exercício de suas funções*. A concepção do fundo depende diretamente da concretização da instituição-entidade responsável *pelo cumprimento de um propósito específico, cujo resultado será a documentação que, no final, sob a obrigação de sua conservação, vai para o arquivo*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 132, tradução nossa, grifo nosso)

Mediante a conceituação destacada, a mesma autora considera que são dois os elementos (ou coordenadas) necessários para que se possa falar em um fundo de arquivo:

> 1) *A concepção da entidade, instituição, organismo, entidade, produtor*. Os limites que impomos ao tipo de instituição apta a produzir um 'fundo', será consequência da delimitação do nível administrativo que lhe corresponde na escala hierárquica da administração, à entidade capaz de gerá-lo. 2) *A função ou funções que finalmente resultam* também representam um critério mais a ter em conta na concepção do fundo. Portanto, *devemos delimitar as interrelações entre a instituição, por um lado, e sua função, por outro*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 132, tradução nossa, grifo nosso)

Tais elementos, de acordo com a autora, estão enquadrados em uma única realidade que é "a instituição como sujeito produtor dos documentos" e que é definida "pela sua função", função essa que "poderá ser mais ou menos complexa". Nesse último caso, quando complexa, é comum o seu desdobramento entre entidades subordinadas (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 132, tradução nossa).

> Para o exercício de suas funções, cada instituição é muitas vezes forçada a se dividir em unidades administrativas complexas cujo vínculo é sua dependência a uma unidade que representa a função principal. Cada uma das entidades ou unidades menores é responsável por executar funções secundárias direcionadas à realização da função principal que define a unidade principal de quem elas realmente dependem. *Assim, uma série de circunstâncias e requisitos devem concorrer de modo que, em última instância, um órgão ou entidade menor é capaz de produzir um fundo de arquivos*. [...] tudo parece indicar que *a complexidade em sua delimitação definitiva deixa de existir quando especificamos quais são suas funções, a concreção cuja investigação é fechada se analisarmos, ainda que brevemente, esse produto, isto é, os documentos*. Finalmente, observamos que *a função legal e a sanção de tal função constituem, em suma, sua própria essência e sua entidade definitiva*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 133, tradução nossa, grifo nosso)

Prosseguindo, Martín-Pozuelo Campillos reforça sua hipótese ao afirmar que:

> todas *essas circunstâncias fazem parte desse contexto, a organicidade do documento, ou seja, não é alheio a cada uma dessas circunstâncias e em absoluto. Com o fim de facilitar o controle desses documentos, [não] devemos esquecer*

225 FAVIER, Jean. *Les arquives*: que sais-je. París: Presses Universitaires de France, 1975. (Le point des connaissances actuelles, n. 805).

> *as circunstâncias que nos referimos, pois em suma constituem dados históricos nada desprezíveis*. São o reflexo de uma situação político-social não estranha ao homem e que no futuro acrescentará novas fontes no conhecimento do mesmo. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 134, tradução nossa, grifo nosso)

Seguindo a linha de raciocínio apresentada, a citada autora conclui que um fundo de arquivo compreende "um conjunto total de documentos cuja característica comum é ser *produto de uma única proveniência e resultado do exercício de uma única função, ou do conjunto de funções que se referem a uma só matéria de atuação*" (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 135, tradução nossa, grifo nosso).

Também destaca que:

> A prova de que as funções, para as quais toda instituição é criada, [...] se cumpra, são os documentos que serão transferidos para o arquivo [...]. Assim, *o arquivo cuja função é manter esses documentos vivos irá assegurar que esse sentido seja recuperado*, o qual, logicamente, deverá respeitar, ou no seu caso, *recuperar cada uma das circunstâncias que o tornaram possível*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 136, tradução nossa, grifo nosso)

Mediante tais argumentos, Martín-Pozuelo Campillos faz o seguinte apontamento:

> Podemos então dizer que proveniência, ou mais especificamente proveniência arquivística, do ponto de vista teórico, é o lugar exato, organismo, instituição, onde a documentação que constitui um fundo de arquivo foi criada. Dito de outro modo, a fonte primária de onde procede um grupo de documentos cuja característica comum é a sua origem. Parece lógico inferir do raciocínio anterior que origem e produtor podem chegar a identificarem-se. No entanto, muitas vezes isso acontece, por razões que agora vamos expor, que a documentação antes de chegar ao arquivo está em outro lugar, ou seja, é enviada para outro organismo e, portanto, é este outro organismo encarregado de enviar esta documentação para o arquivo. O que, então, devemos entender por proveniência, o lugar de onde procede a documentação ou o local onde a documentação foi produzida? E, consequentemente, podemos declarar que a origem e o produtor chegam a ser concluídos na mesma realidade? [...]. *A questão poderia ser colocada de outra maneira, se a instituição tiver como base a sua essência, ou seja, a função ou funções que lhe são confiadas. Não seria mais lógico concentrar a nossa atenção nessa ou nessas funções, deixando apenas como referência o nome recebido pela instituição confiada para este fim, ou seja, o organismo encarregado de desenvolver tal função? Isto, no entanto, exigiria clareza na formulação de competências que muitas vezes não ocorrem, quer como consequência lógica da premeditada falta de transparência no trabalho administrativo, resultando por sua vez de interesses políticos ou qualquer outra razão que não há lugar para citação aqui*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 135, tradução nossa, grifo nosso)

Tendo em vista essa observação, a autora em questão considera o seguinte:

> Assim, a determinação do órgão que produz a documentação e, mais especificamente, a função do órgão ou as funções que lhe são confiadas, determinam os dois critérios fundamentais para a sistematização da documentação arquivística: a) *orgânica*, que toma como base o nome de órgão que produz a documentação; b) e *funcional*, que tem como base, como seu nome indica, a função desse órgão. Assim, com estes dois critérios de sistematização da documentação arquivística, por proveniência podemos entender aquele órgão que produz a documentação *ou a função que lhe é confiada*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 136-137, tradução nossa, grifo nosso)

No que toca ao respeito à estrutura original dos fundos e à ordem natural dos documentos, Martín-Pozuelo Campillos (1996, p. 144-145, tradução nossa) expõe que os arquivistas parecem concordar com o seu significado, a condição do documento inscrito em uma realidade específica, ou seja, sua condição natural, sua origem. Todavia relata que o termo utilizado para o conceito não coincide, pois alguns utilizam "princípio da estrutura interna dos fundos", outros "estrutura arquivística", "reconstituição da estrutura arquivística", "respeito à ordem original", "respeito à ordem primitiva" e "ordenamento interno dos fundos". Também esclarece que o termo ordem "não se limita ao respeito da ordem material e estrita", (ordenação) dos documentos arquivísticos, mas se refere ao reflexo das atividades que os geraram, de forma que seja possível reconstruir total e absolutamente a(s) função(ões) desenvolvida(s) pela instituição, que ao mesmo tempo são responsáveis pela sua concretização. Por essa razão, de acordo com a autora em estudo, parece mais razoável a utilização do termo "estrutura original dos fundos e ordem natural dos documentos", sendo que o primeiro, estrutura original, corresponde às divisões funcionais originais da instituição; e, o segundo, ordem natural, à organicidade dos documentos, uma condição natural originária dos documentos arquivísticos, em oposição a uma posterior desordem dos mesmos, uma condição artificial.

> *Entendendo por estado natural o que deriva de sua própria natureza de origem, ou seja, a disposição dos documentos quando estes se preparavam para cumprir uma missão específica e quando finalmente a cumpriram*. A subsequente desordem dos mesmos nada nos fala de sua função original, mas sim do fato de que a realização final dessa função pode, muito facilmente, gerar um abandono dos próprios documentos que levaram à sua desordem. Assim, *o respeito à estrutura original dos fundos e à ordem natural dos documentos devem ser entendidos a partir da singular concretização do respeito ao seu estado natural original*. [...]. Ordem que não responde à decisão caprichosa de um indivíduo, mas a uma norma de procedimento específica. [...] *o respeito à ordem natural dos documentos deve ser entendido como o modo como os documentos no arquivo hão de refletir necessariamente esse procedimento*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 149, tradução nossa, grifo nosso)

Em relação à ordem original, Sousa (2007, p. 130-131), por exemplo, seguindo uma linha de pensamento semelhante à de Martín-Pozuello Campillos (1996) explica que a preservação da ordem original "significa manter os documentos e as suas relações no contexto das atividades que o geraram". Além disso, tece a seguinte recomendação: "precisamos ter uma outra leitura, que possibilite a manutenção da ordem original desde que ela represente, reflita a própria gênese documental e as relações orgânicas estabelecidas pelos documentos". Destaca-se que Sousa também considera o respeito à ordem original um desdobramento do princípio da proveniência.

Retornando à abordagem de Martín-Pozuelo Campillos, registra-se que, após apresentar as suas considerações a respeito do princípio da proveniência, a autora conclui que:

> Como um todo, a práxis do princípio da proveniência deriva diretamente da práxis administrativa; portanto, podemos assegurar que este princípio contém

a base teórica necessária para definir a função administrativa do arquivo. Ao mesmo tempo, ao permitir a ordem dentro do arquivo, *ele fornece os meios para a recuperação de documentos para fins diferentes dos estritamente administrativos*, assim, na mesma medida, define a função cultural do mesmo. Em consequência e uma vez que define as duas funções fundamentais do arquivo, *representa o ponto de partida da práxis arquivística*. (Martín-Pozuelo Campillos, 1996, p. 76, tradução nossa, grifo nosso)

Rosseau e Couture, ao abordarem a aplicação do princípio da proveniência, também descrevem algumas vantagens, dentre as quais destacam-se as seguintes:

> A aplicação do princípio da proveniência é único meio de garantir, por um lado, a integridade administrativa dos arquivos de uma unidade e, por outro, o pleno valor de testemunho dos documentos. [...] permite ter em conta a natureza dos documentos a tratar. Com efeito, os arquivos são o produto das actividades de um organismo ou de uma pessoa. Ora, os documentos que compõem esses arquivos foram produzidos para responder a objectivos muito precisos, no âmbito de actividades particulares. A decisão de conservá-los no meio que os viu nascer primeiro (primeiro grau do princípio da proveniência) e no lugar exacto que nesse momento lhes foi atribuído (segundo grau) tem muito mais em conta a natureza dos documentos e das particularidades de funcionamento do organismo a que eles dizem respeito, do que conseguiria uma organização por assunto, por ordem cronológica ou outra qualquer. [...] o organismo criador ou a pessoa que reuniu conjuntos de documentos pelas suas actividades é uma unidade objectiva de agrupamento que junta todos os documentos provenientes de uma mesma origem, criando deste modo conjuntos mais fáceis de gerir. *Este procedimento permite, entre outras vantagens, evitar a interpretação e qualquer subjectividade que lhe possa estar associada, visto que um documento normalmente tem apenas uma única proveniência. O princípio da proveniência favorece também a recuperação da informação*. Bearman e Lytle demonstraram-nos bem ao explicarem que *o conhecimento do organismo criador, da sua missão, do mandato, das actividades, do funcionamento, do estilo de gestão, das relações existentes entre estas componentes, são outros tantos factores susceptíveis de facilitar a recuperação da informação contida nos documentos*. [...]. A aplicação do princípio da proveniência maximiza o processo de gestão dos arquivos. *Para cada uma das funções arquivísticas, o princípio da proveniência fornece grandes eixos, um quadro geral de intervenção baseado nas características e nas actividades da pessoa moral ou física a que se refere*. [...] a aplicação do princípio da proveniência elimina qualquer possibilidade de dispersão dos documentos activos, semiactivos, o de arquivos definitivos, dispersão que só pode levar à perda irremediável da informação contextual que resulta da pertença dos referidos documentos a um fundo de arquivo. (Rosseau; Couture, 1998, p. 84-86, grifo nosso)

Além disso, os referidos autores, ao apresentarem suas considerações a respeito do conceito de fundo arquivístico (como consequência do princípio da proveniência), demonstram sua importância e essencialidade na execução das atividades dos arquivistas, ao afirmarem que:

> Não se pode pois, desempenhar a tarefa de arquivista sem recorrer ao princípio da proveniência, sem o qual não pode haver fundo de arquivo. Finalmente, estamos agora aptos a julgar da necessidade incontestável do princípio da proveniência tanto no plano da organização e do tratamento dos arquivos para fins administrativos como no da organização e tratamento para fins patrimoniais ou de investigação. [...]. Enfim, é na prática quotidiana que o princípio da proveniência e o fundo de arquivo que dela decorrem se revelam verdadeiramente, em todo o seu esplendor e complexidade e com toda a importância que têm para a disciplina [arquivologia]. (Rosseau; Couture, 1998, p. 95)

No entanto, Cook (1992), em The concept of the archival fonds in the post-custodial era: theory, problems and solutions, apresenta um dilema, que, em sua visão, ainda não foi resolvido pelos arquivistas:

> Entre a natureza igualmente orgânica, igualmente natural e igualmente transacional da proveniência e da ordem original, reside um dilema não resolvido para os arquivistas. *Isso decorre da tensão de ver o fundo como um produto teórico tanto da criação (proveniência) quanto do arranjo (ordem original), como uma encarnação tanto da realidade lógica quanto da realidade física*. É a tensão entre uma função, um processo, uma atividade dinâmica por um lado, e um produto concreto, um artefato, um documento do outro. (Cook, 1992, p. 25, tradução nossa, grifo nosso)

Diante de tal constatação, o autor (1992, p. 26, tradução nossa) coloca em pauta a seguinte pergunta: "Se o conceito de fundo de arquivo é tão difícil e apresenta tais problemas, então por que se preocupar?"

O próprio Cook responde:

> Há duas razões. Em primeiro lugar, *o fundo é um reflexo essencial da essência do trabalho arquivístico*, do que faz com que os registros arquivísticos sejam valiosos, do que define nossa profissão. Em segundo lugar, *além disso, cada alternativa sugerida é pior e mais enganosa*. (Cook, 1992, p. 26, tradução nossa)

Diante de tal dilema e ao mesmo tempo da necessidade e importância do conceito de fundo de arquivo para o trabalho arquivístico, Cook recomenda uma solução, apresentando um quadro teórico geral ou conceitual, pautado no que ele chama de "era pós-custodial", na qual o paradigma conceitual compreende as realidades lógicas ou virtuais.

> praticamente todos os arquivistas modernos em todas as culturas, línguas e nações ecoam em voz alta essas afirmações sobre a importância do respeito dos fundos e os princípios relacionados de proveniência e ordem original. *Ao aderir a esses princípios, os arquivistas são capazes de preservar a natureza orgânica dos arquivos como evidência de transações*. Através dessa adesão, *o caráter probatório dos arquivos é protegido, pelo qual os documentos refletem, de forma inerente, as funções, programas e atividades da pessoa ou instituição que os criou, e os processos transacionais pelos quais essa criação ocorreu*. Arquivos não são coleções artificiais adquiridas, organizadas e descritas em primeira instância por tema, assunto, lugar ou tempo; em vez disso, *são adquiridos e descritos, em um relacionamento contextual, orgânico, natural com seu criador e com os atos de criação. Ao respeitar o fundo como a emanação orgânica de um criador de documentos*, os arquivistas de todo o mundo agregam valor aos documentos como evidência e pesquisa, além de aumentar sua própria identidade como profissionais de informação que *compreendem a complexidade do relacionamento único entre cada criador de documentos e os documentos resultantes*, e entre séries ou agrupamentos de documentos inter-relacionados. (Cook, 1992, p. 26, tradução nossa, grifo nosso)

Na concepção de Cook (1992), todos os problemas relativos à aplicação do conceito de fundo derivam do fato deste ser visto exclusivamente como uma entidade física e não como um princípio conceitual. O referido autor defende que o processo de criação, em que estão envolvidos a natureza, o escopo e autoridade do criador, é o que reflete a proveniência de um conjunto orgânico e natural de documentos arquivísticos. Assim, compreende o ponto central da definição de fundo de arquivo, conceito ligado ao criador, um conceito abstrato, uma realidade lógica e funcional. Esse é o entendimento de fundo que sustenta a proveniência.

> É meu argumento que a ideia, o processo ou a função da 'condição de criador' é central para o conceito de fundo. No exercício das suas funções e atividades normais, os indivíduos e as instituições – sejam eles efetivamente os que originam os documentos, recebem os documentos ou partilham e manipulam informações que se encontram ou possam vir a ser registadas – *criam* um agregado de material documental, sob qualquer forma ou meio, que reflete seu status jurídico como criadores de documentos. A agregação 'natural' ou 'orgânica' resultante de documentos é chamada de um fundo. É impossível, portanto, conceber, muito menos identificar, um fundo sem ter um entendimento claro da natureza, escopo e autoridade do criador dos documentos envolvidos e do *processo de criação de documentos*. Estou afirmando que a *criação* (refletindo a proveniência) deve ser vista como central para a definição dos fundos [...]. (Cook, 1992, p. 26, tradução nossa, grifo do original)

Mediante tais argumentos, o autor em questão assim define fundo:

> O fundo, portanto, *deve ser visto principalmente como 'uma construção intelectual'*. [...]. *O fundo é, portanto, o 'todo' conceitual que reflete um processo orgânico* no qual um criador de documentos produz ou acumula séries de documentos *que exibem uma unidade natural baseada em função, atividade, forma ou uso compartilhados. É o cerne desse processo ou relacionamento que liga o criador aos registros que a essência da proveniência ou respeito dos fundos pode ser encontrada* e deve ser protegida. (Cook, 1992, p. 33, tradução nossa, grifo nosso)

Seguindo a linha de pensamento de Cook, Peter Horsman (2002, p. 1, tradução nossa) considera que o respeito aos fundos "reflete uma dimensão externa do respeito à proveniência", enquanto o respeito à ordem original representa uma "dimensão interna". Também declara que o conceito de fundo "é mais complexo do que parece" e "protege a integridade do documento arquivístico, protegendo o seu contexto".

> O fundo de Cook não é mais uma coisa física, para construir ou reconstruir por arranjo (físico), mas um conjunto de relações entre documentos, entre documentos e criadores de documentos, entre documentos e processos de negócios: *uma série múltipla e dinâmica de relações interconectadas entre documentos e seu contexto*. (Horsman, 2002, p. 16, tradução nossa, grifo nosso)

Horsman (2002, p. 21, tradução nossa) considera que "dos escritores em estudo apenas Cook aceitou o espírito 'orgânico' da definição holandesa". E acrescenta:

> *os arquivos são, por sua própria natureza,* tão dinâmicos quanto o contexto em que são criados e utilizados, antes e depois da transferência para os arquivos (históricos). Essa noção parafraseia a metáfora da seção 2 do manual holandês, que se refere ao fundo como um todo orgânico. *A contínua dinâmica de criação e uso de arquivos se reflete em sua estrutura multifacetada ou ordens – ou que poderíamos chamar, como Cook, de toda a relação identificável e múltipla em torno de um documento arquivístico*. Essa abordagem interna 'orgânica' das ordens arquivísticas (e, portanto, a descrição arquivística) baseia-se na realidade do mundo do trabalho dos processos de negócios, das estruturas organizacionais e das atividades de manutenção de documentos, o que deve situar-se acima da imposição 'artificial', arbitrária e externa de um fundo construído. (Horsman, 2002, p. 21, tradução nossa, grifo nosso)

Por sua vez, Erick Ketelaar, em seu artigo "Archival theory and the Dutch Manual" (1996, p. 31, tradução nossa, grifo nosso), descreve que:

> O Manual de Muller, Feith e Fruin (1898) deve muito a Theodoor Van Riemsdijk (arquivista-geral do Estado dos Países Baixos, 1887-1912), que acreditava que *a base da teoria arquivística era a observação e análise cuidadosa de fenômenos e organizações e o uso da diplomacia para compreender o processo de criação de documentos antes de se voltar para a metodologia adequada*. Muller e Fruin, entretanto, favoreceram uma abordagem normativa da metodologia de arquivamento, que foi codificada no Manual. Esta codificação e padronização – parte do processo de profissionalização de arquivistas holandeses – bloqueou o desenvolvimento da teoria de arquivos por um longo tempo. *A moderna ciência arquivística funcional procura, como Van Riemsdijk já compreendeu, uma interpretação funcional do contexto que envolve a criação de documentos, a fim de compreender a integridade dos fundos e as funções dos arquivos*.

Segundo Ketelaar,

> Já em 1877, Van Riemsdijk chegou à conclusão de que *os documentos de arquivo deveriam ser 'colocados em seu contexto natural e original, onde revelassem melhor sua natureza e significado'*. Ele também descobriu que o sistema de arranjo de um fundo de arquivo deveria ser com base na sua organização original. Seu ponto de vista era que, em geral, *a organização original dos documentos arquivísticos corresponde à organização original da administração*. Neste caso, notamos uma diferença importante entre Van Riemsdijk e outros, incluindo os autores do Manual [dos arquivistas holandeses] de data posterior. *Riemsdijk não limita a organização da administração à estrutura do órgão administrativo*, tal como se refere no parágrafo 16 do Manual. Van Riemsdijk *inclui também a gestão dos próprios documentos, os procedimentos, o sistema de registro*. [...]. *Van Riemsdijk focou não no documento real, mas no processo de criação do documento. Ele tentou entender porque e como os registros foram criados e usados por seus usuários originais, em vez de como eles poderiam ser usados no futuro*. Isso não só o distingue de Muller e de outros, torna Van Riemsdijk também um precursor do moderno paradigma pós-custodial, no qual *a análise das características dos documentos individuais é substituída pela compreensão das funções de negócios, transações e fluxos de trabalho que fazem com que os documentos sejam criados*. [...]. Van Riemsdijk fez uma extensa pesquisa sobre a organização arquivística original e administrativa, revendo estas 'em conexão com as oficiais, cuja atividade devemos a criação do arquivo'. Um dos melhores exemplos dessa abordagem é o livro de Van Riemsdijk, de 1885, sobre a chancelaria (o escritório dos funcionários) dos Estados-Gerais desde o século XVI. (Ketelaar, 1996, p. 33, tradução nossa, grifo nosso)

Ressaltando as ideias visionárias de Van Riemsdijk, Eric Ketelaar acrescenta que:

> Van Riemsdijk conclui seu livro com um capítulo final sobre o arranjo de arquivos e a construção de inventários, no qual ele delineia a metodologia que foi canonizada posteriormente no Manual: '*A interconexão dos documentos revela sua natureza e contexto mútuo muito melhor do que qualquer ordem que um arquivista pode introduzir mais tarde*.' De acordo com Van Riemsdijk, o arquivista é forçado a tomar como princípio a preservação da velha ordem. É o que uma geração posterior chamou de 'structuurbeginsel' (o princípio do respeito pela estrutura arquivística): o princípio de que um fundo é um todo, cuja estrutura historicamente determinada não deve ser perturbada por um sistema de organização estranho a esse fundo, mas, se necessário, deve ser restaurado. [...]. Em um de seus projetos, Van Riemsdijk acrescentou *outro argumento a favor da preservação do contexto original dos documentos: romper a interligação original destrói a capacidade de prova dos arquivos*. (Ketelaar, 1996, p. 34, tradução nossa, grifo nosso)

Dados os devidos créditos a Van Riemsdijk, Ketelaar concorda com sua visão e reforça a importância da interpretação funcional do contexto de criação dos documentos arquivísticos.

> Como Van Riemsdijk, há mais de um século, já entendia: *só por uma interpretação funcional do contexto que envolve a criação de documentos, pode-se compreender a integridade dos fundos e as funções dos documentos de arquivo no seu contexto original*. A forma e a função do documento são determinadas pelas funções de negócios que levaram à sua criação. *Portanto, antes de podermos avaliar ou usar documentos, temos que analisar e avaliar a função de negócios*. (Ketelaar, 1996, p. 36-37, tradução nossa, grifo nosso)

Dessa maneira, inicialmente, é preciso entender os criadores e o contexto de criação/acumulação dos documentos arquivísticos, para, em seguida, procurar entender os próprios documentos arquivísticos.

Por fim, Ketelaar conclui que a abordagem contextual dos arquivos é uma ferramenta poderosa não apenas para os arquivistas, mas também para os usuários, pois os auxiliam a encontrar, usar e interpretar os documentos em relação aos quais têm interesses.

> O princípio do respeito pela estrutura arquivística foi descoberto por Van Riemsdijk e codificado no Manual como base para arranjo e descrição. No entanto, em uma ciência arquivística funcional também é a base para avaliar o valor dos documentos. Isso torna a ciência arquivística funcional significativa não apenas para os arquivistas, mas para todas as pessoas que usam arquivos. *Temos de fazer com que nossos usuários – historiadores, outros profissionais, o público em geral – entendam que o caráter único dos arquivos é devido à sua proveniência como registros transacionais criados dentro de um contexto funcional. Esta abordagem contextual é uma ferramenta poderosa para qualquer usuário encontrar, usar e interpretar suas fontes corretamente. Isso pressupõe, no entanto, que o usuário seja habilitado pelo arquivista a responder à pergunta: como o propósito original do registro afeta o que pode ser feito com ele? A ciência arquivística funcional obriga o arquivista a olhar através dos documentos para sua história contextual*. Um fundo é um todo, uma estrutura historicamente determinada, um tecido de relações e de contexto. Porque temos que respeitar essa estrutura e entender esse tecido, temos que estudar sua história para obter *insight* no processo histórico que determinou a estrutura do fundo. (Ketelaar, 1996, p. 37, tradução nossa, grifo nosso)

Tratando-se do poder do princípio da proveniência, em um artigo sobre a questão, David Bearman e Richard Lytle (1985, p. 14, tradução nossa, grifo nosso) defendem que:

> A chave para a contribuição dos arquivistas para a gestão da informação *reside na sua perspectiva única proporcionada pelo princípio de proveniência no que se refere à atividade organizacional, especialmente como as organizações criam, utilizam e descartam informações. Apesar das ideias fornecidas pela proveniência, no entanto, os arquivistas não exploraram seu potencial de recuperação em aplicações arquivísticas tradicionais e nem mesmo tentaram sua aplicação mais ampla ao gerenciamento de todas as informações dentro de suas organizações*.

Ao apresentarem suas críticas em relação à aplicação do princípio de proveniência em ambientes arquivísticos tradicionais, David Bearman e Richard Lytle propõem "sua expansão em uma aplicação mais poderosa à gestão da informação". Além disso, defendem "um papel de liderança muito mais agressivo para os arquivistas na gestão mais ampla dos recursos de informação". Eles descrevem que, nos seus trabalhos ao longo dos anos, "observaram problemas cada vez mais persistentes sobre o valor distintivo da proveniência para a recuperação de materiais de arquivo". Lytle, por exemplo, observou fraquezas na forma como os arquivistas usam a proveniência na recuperação, ao mesmo

tempo em que observou que "seu maior potencial se aplica mais rigorosamente". Bearman, por sua vez, ao definir, sistematicamente, elementos de dados e fluxos de informação em sistemas de informação arquivísticos, descobriu que alguns dos problemas em relação à recuperação de arquivos resultam da falha na "distinção entre informações de proveniência sobre organizações e dados descritivos sobre os próprios documentos arquivíticos". E, assim, acreditam que "a exploração da proveniência como meio predominante de recuperação arquivística revela-a muito mais do que um princípio para a organização e descrição de materiais de arquivo" (Bearman; Lytle, 1985, p. 15, tradução nossa).

Bearman e Lytle (1985, p. 16, tradução nossa) partem do entendimento segundo o qual "o método de obtenção de proveniência, obviamente, baseia-se numa compreensão detalhada da estrutura e dos processos das organizações que criaram os documentos" e questionam se é adequada a visão arquivística norte-americana a respeito das organizações. Essa questão, no âmbito deste trabalho, pode ser comparada com o cenário brasileiro atual.

Diante disso, os autores explicam que:

> A teoria arquivística tem sido fortemente influenciada pela concepção do século XIX da organização. A teoria organizacional clássica assume que a organização típica é autônoma e soberana. Nos níveis mais altos, as ações da organização e as estruturas que ela produz assumem-se como resultado apenas de políticas formuladas internamente. Mesmo se essa visão fosse válida por um tempo mais simples, é muito simplista para organizações modernas que operam em um mundo de corporações multinacionais, unidades intergovernamentais, organizações reguladoras e programas federais administrados por governos estaduais, provinciais e locais. Outros pressupostos das burocracias clássicas também são violados à medida que o funcionamento interno das organizações modernas é explorado. [...]. Em suma, a visão clássica das organizações enfatiza a importância da hierarquia, num mundo teórico onde uma determinada unidade burocrática está subordinada diretamente a não mais de uma unidade superior. Esse tipo de hierarquia é chamado de estrutura mono-hierárquica por cientistas da informação, e sua aplicação às organizações enfatiza a dimensão da cadeia de comando das organizações. Mono-hierarquia é assim um modelo pobre para compreender organizações modernas. [...]. *A riqueza da informação de proveniência tem pouco a ver com a estrutura hierárquica dessas organizações. Esquemas hierárquicos podem ser úteis se tivessem significado nas organizações, mas infelizmente não*. [...]. *Em primeiro lugar, há uma riqueza de informações sobre organizações que foi capturado, pelo menos em parte, por aqueles que as criam e administram*. Essas informações podem ser encontradas em uma variedade de organogramas, declarações de missão, relatórios anuais, propostas parlamentares ou do Congresso e similares. Em segundo lugar, começa a surgir um modelo teórico melhor que capta a complexidade das organizações modernas e vivas. No que se refere à estrutura hierárquica, o modelo é poli-hierárquico porque captura as relações hierárquicas tradicionais ao longo do tempo à medida que as organizações se (re) formam e porque captura relações que não estão dentro do âmbito das relações superiores/subordinadas. Algumas das relações mais importantes não são hierárquicas. *Todas essas relações podem ser abrangidas pelo conceito de rede – capturando relacionamentos formais e informais significativos em uma organização que juntos explicam sua missão, estrutura e atividades*. Infelizmente, a teoria arquivística norte-americana aceitou a visão do século XIX das organizações [...]. As limitações intelectuais impostas por essas premissas e os consequentes defeitos na prática arquivística devem ser superados antes que o poder de proveniência possa ser realizado. (Bearman; Lytle, 1985, p. 16-19, tradução nossa, grifo nosso)

Ressalta-se que, no cenário brasileiro, parece que a teoria arquivística seguiu o mesmo caminho.

Após apontarem o que eles consideram como deficiências da aplicação do princípio da proveniência no cenário norte-americano e apresentarem algumas propostas de "expansão do poder da recuperação baseada na proveniência para ambientes de arquivamento tradicionais",[226] Bearman e Lytle (1985), vislumbrando o que eles denominam "sistema de acesso à informação universal baseado na proveniência",[227] apontam algumas questões consideradas interessantes para o contexto desta pesquisa, a saber:

a. o objetivo é 1) "capturar toda a riqueza de informações de proveniência – as estruturas, processos e atividades das organizações" e 2) "tornar rotineiro o processo inferencial que permite localizar informações que foram ou estão sendo criadas por atividades organizacionais";

b. esse processo de inferência pode ser observado sempre que um arquivista, diante de uma consulta, pergunta-se quais tipos de documentos detêm essa informação e quais funções geram tais tipos de documentos?; e, mediante essas duas perguntas, procura visualizar a história institucional de modo a localizar a série de documentos que provavelmente irá responder à consulta do usuário.

Sem entrar no mérito da viabilidade e aplicabilidade do modelo de sistema proposto pelos autores, considera-se importante uma questão colocada por eles nas suas conclusões:

---

226 Para mais detalhes sugere-se a leitura do item "4.1 *Expanding the power of provenance-based retrieval for traditional archival environments*" do artigo de Bearman e Lytle.

227 De acordo com Bearman e Lytle (1985, p. 25, tradução nossa), "o conceito do sistema é bastante simples. O objetivo é capturar toda a riqueza de informações de proveniência – as estruturas, processos e atividades das organizações – e tornar rotineiro o processo inferencial que permite localizar informações que foram ou estão sendo criadas por atividades organizacionais. O poder do sistema será sua capacidade de recuperar informações atuais e passadas criadas por organizações. [...]. Esta proposta antecipa técnicas grandemente melhoradas para lidar com os dados de autoridade de proveniência. Por exemplo, seria necessário criar bancos de dados dinâmicos e inter-relacionados a partir de sistemas estáticos que capturam estruturas organizacionais, funções, missões, atividades e relacionamentos. Esse novo sistema poderia servir como a principal ferramenta de acesso para toda a documentação/informação criada pelas organizações. Esse controle de autoridade aumentada incorporaria relações estruturais poli-hierárquicas e relações não hierárquicas em um modelo de rede complexa, o que permitiria o rastreamento de funções ou atividades específicas ao longo do tempo e entre jurisdições. Além de localizar informações, o sistema servirá como uma memória institucional de primeira ordem com valor independente para os processos atuais de formulação de políticas, bem como para localização, uso e gerenciamento de informações. À medida que as organizações se tornam maiores, mais complexas e menos hierárquicas, seus funcionários de gestão precisam de uma ferramenta de análise tão poderosa quanto a que se prevê para a administração diária". Ressalta-se que os referidos autores declararam na ocasião que os elementos do sistema em questão e os meios para automatizá-lo poderiam ser indicados. No entanto, desconheciam a viabilidade para implementá-lo completamente. Para mais detalhes sobre o referido sistema, sugere-se a leitura do item "5. *Proposal for a provenance-based universal information access system*" do artigo de Bearman e Lytle.

> *Os arquivistas devem estudar a aplicação do processo de inferência do arquivista de referência* [...]. *No mínimo, os arquivistas poderiam conseguir uma melhoria considerável simplesmente entendendo o processo mais completamente*. Nestes e outros esforços, os arquivistas devem ter em mente que a necessidade de uma gestão mais eficaz da informação e de outros recursos nas organizações modernas pode ser explorada por arquivistas [...]. Talvez a melhor maneira de atrair esses novos recursos seja explorar o poder da informação de proveniência existente [...]. *Arquivistas detêm a chave para a informação de proveniência* se tornar uma ferramenta importante para a gestão de todos os recursos nas organizações modernas. (Bearman; Lytle, 1985, p. 16-19, tradução nossa, grifo nosso)

Prosseguindo com a revisão de literatura a respeito do princípio da proveniência e suas reformulações e ampliação ao longo dos anos, também considerou-se importante o estudo de Jeniffer Douglas (2016).

Jennifer Douglas (2016, p. 47), tendo como referência Peter Horsman[228] e em uma linha de pensamento similar a de Rosseau e Couture (1996) e Martín-Pozuelo Campillos (1996), também declara que o princípio da proveniência é composto por dois subprincípios: o princípio do respeito aos fundos e o princípio do respeito à ordem original. Embora também reconheça que essa visão não é um consenso na arquivologia.[229]

Na tentativa de identificar os diferentes sentidos que foram associados ao princípio da proveniência ao logo dos anos, Douglas (2016) visualizou três maneiras distintas, embora relacionadas, de entendimento do princípio em questão: 1) como um princípio organizador, 2) como construto físico e intelectual e 3) como contexto sócio-histórico.

A respeito da primeira maneira de entendimento do princípio da proveniência, enquanto um princípio organizador, a autora em questão faz referência aos seus primórdios – Wailly e Duchâtel (França), Heinrich von Sybel e Max Lehmann (Prússia) e S. Muller, J. Feith e R. Fruin (Holanda) –, quando, por ocasião da formulação e desenvolvimento do *respeito aos fundos* e do *respeito à ordem original*, defendeu-se que o arranjo (classificação e ordenação) dos conjuntos arquivísticos deve corresponder à maneira como as atividades e funções dos seus

228 HORSMAN, Peter. Taming the elephant: an orthodox approach to the principle of provenance. In: *The principle of provenance*: report from the first Stockholm Conference on archival theory and the principle of provenance. 2-3 September 1993. Stockholm: Swedish National Archives, 1994, p. 51-63.

229 De acordo com Jennifer Douglas (2016, p. 69), a questão sobre o princípio da proveniência como princípio e do respeito aos fundos e respeito à ordem original como subprincípios também foi discutida por: POHJOLA, R. The principle of provenance and the attangement of records/archives. In: *The principle of provenance*: report from the first Stockholm Conference on the archival theory and the principle of provenance, 2-3 September 1993. Stockholm: Swedish National Archives, 1994; SWEENEY, S. The ambiguous origins of the archival principle of provenance. *Libraries and the Cultural Record*, n. 43, p. 193-213, 2008; BOLES, F. Disrespecting original order. *American Archivist*, n. 45, p. 26-32, 1982; OWELL, G. Archival principles and the treatment of private papers. *Archives and Manuscripts*, n. 6, p. 259-268, 1976; YEO, G. Debates em torno da descrição. In: EASTWOOD, Terry; MACNEIL, Heather (orgs.). *Correntes do pensamento arquivístico*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 171-202.

criadores são desenvolvidas. Assim, trata-se de um método de organização, com ênfase e conotação mais pragmática e técnica que teórica,[230] na qual entende-se que os documentos arquivísticos, por serem fruto e reflexo das organizações que os criam, possuem personalidades e individualidades próprias e, portanto, no processo de organização e manutenção deles, deve-se respeitar essa natureza orgânica (que reflete a natureza da entidade produtora). Conforme observa Douglas (2016, p. 52-53), ao citar uma passagem do *Manual dos arquivistas holandeses*:

> Na Seção 16 do ManuaI, Muller, Feith e Fruin argumentam que a disposição original de um *archief*[231] 'de modo geral corresponderá naturalmente à antiga organização da entidade, de cuja função o [*archief*] é o produto. Em outras palavras, presume-se que a estrutura do *archief* reflete a estrutura daquela entidade, suas divisões internas e os processos pelos quais ela atingiu seus fins'.

No que tange à segunda maneira de entendimento do princípio da proveniência, enquanto um construto físico e intelectual, Douglas (2016) a apresenta como uma ampliação da primeira maneira de entendimento, de modo que se parte do pressuposto segundo o qual o foco do princípio é menos na organização física e mais nas relações dos documentos com seus produtores, suas funções e atividades. A referida autora descreve que, em um segundo momento, alguns arquivistas, entre eles Horsman, visualizaram "o desencontro que pode existir entre uma ordem lógica baseada na estrutura administrativa e a ordem física que os documentos adquirem com o passar do tempo". Esse fato levou os arquivistas a repensarem o conceito de fundo arquivístico, considerando, assim, que o mesmo compreende "uma entidade conceitual antes que física" ou "uma abstração em vez de uma entidade física".

Tendo como referência Debra Barr232 e Terry Cook,233 Douglas explica que:

> Debra Barr reprovou o fato de o Grupo Canadense de Trabalho sobre Normas Descritivas não ter reconhecido que '*um fundo pode ser uma abstração em vez de uma entidade física*'. [...]. Em sua opinião, '*respeitar a proveniência equivale a refletir mais de um aspecto da complexa história de muitos documentos*'. [...]. Barr não foi a única arquivista a defender que o fundo deveria ser entendido como *uma abstração e não como uma entidade física* e a sugerir que *respeitar a proveniência significaria respeitar a variedade de relações que compõem essa abstração*. Influenciados por seu entendimento da natureza complicada das burocracias modernas e das estruturas administrativas e arquivísticas e também pelas oportunidades apresentadas pelas novas tecnologias de automação, *os arquivistas começaram a descrever a proveniência como conglomeração de relações do tipo muitos-com-muitos*. [...]. Terry Cook, citando Max Evans, aconselha os arqui-

230 Embora alguns autores considerem que o *Manual dos arquivistas holandeses* corresponde à primeira codificação da teoria arquivística, representando o paradigma clássico da arquivologia.

231 Termo utilizado por Muller, Feith e Fruin, que corresponde a fundo.

232 BARR, Debra. The fonds concept in the Working Group on Archival Descriptive Standards Report. *Archivaria*, n. 25, p. 163-170, 1987.

233 COOK, Terry. The concepto of archival fondus: theory, descrition and provenance in the post custodial era. In: ESTWOOD, Terry (ed.). *The archival fonds*: from teory to practice. Otawa: Bureau of Canadian Archivist, 1992.

> vistas a verem o fundo primordialmente como um "constructo intelectual''. *Os arquivistas deveriam se concentrar menos na localização física dos documentos de arquivo e mais nas relações com seus criadores e com as funções e atividades que os engendraram*. Concebido como um 'construto intelectual', *o fundo equivale à soma das descrições de cada uma dessas relações*. Em outras palavras, *o fundo é criado por meio da descrição das relações entre os documentos e os seus criadores e entre os documentos e as funções. A proveniência*, segundo Cook, *está localizada 'no cerne' dessas relações. Muda-se*, assim, *o foco ao se definir o princípio da proveniência, que passa a ser entendido não tanto como um método de organizar os documentos, mas como um construto intelectual criado por meio da análise feita pelos arquivistas das variadas relações existentes entre os documentos, os criadores e as funções*. Os esforços de Barr e Cook no sentido de conceituarem o fundo voltam-se para questões que anteriormente haviam levado os arquivistas australianos a proporem e adotarem o Sistema de Séries (*Series System*) como um meio mais eficiente de se proteger a proveniência.[234] Assim como Terry Cook, os proponentes do Sistema de Séries redefinem *a proveniência como uma rede de relações entre 'entidades' arquivísticas e 'entidades' de contexto, essas últimas incluindo aquelas que criam, usam e acumulam documentos e as funções das quais estes resultam*. (Douglas, 2016, p. 56-58, grifo nosso)

Em relação à terceira maneira de entendimento do princípio da proveniência, enquanto contexto sócio-histórico, Douglas (2016), tendo como referência Nesmith,[235] esclarece que a proveniência dos documentos arquivísticos compreende tanto os processos técnicos, quanto os processos sociais e intelectuais de produção, tramitação, contextualização e interpretação dos mesmos.

> Nesmith e outros arquivistas que defendem a ampliação do princípio da proveniência chamam atenção para os contextos sociais e culturais da criação do documento e enfatizam que a criação ocorre dentro de uma série contínua, que inclui a autoria original, a guarda, o uso, a interpretação, a representação e a intervenção arquivística. Como tal, a proveniência continua a ser associada ao contexto de criação de um documento, mas esse contexto se expandiu consideravelmente. (Douglas, 2016, p. 60)

Douglas (2016, p. 60-61) esclarece ainda que a atenção dada aos sistemas sociais compreende o primeiro passo em direção a essa expansão do conceito de produção dos documentos arquivísticos, visto que "pressupõe a identidade de um criador e a necessidade deste de gerar um documento". Nesse ponto, a autora faz a seguinte observação:

> Ao introduzir o termo 'proveniência social', Nesmith lembra aos arquivistas que *as pessoas 'produzem e arquivam documentos em cenários sociais com propósitos sociais'. A sociedade em que vivemos necessariamente* influencia 'nossas pressuposições, valores, ideias e aspirações' e *afeta a maneira como registramos informações e o que são exatamente essas informações*. Por esses motivos, *a análise da proveniência de um documento deve incluir também a análise da sociedade em que este foi criado*. [...]. *A noção de 'proveniência social' pede aos*

234 SCOTT, P. J. The record group concept: a case for abandonment. *American Archivist*, n. 29, p. 493-504, 1966; SCOTT, P. J. et al. Archives and administrative change: some methods and approaches, publicado em cinco partes em *Archives and Manuscripts*, v. 7, p. 115-127, ago. 1978; v. 7, p. 151-165, abr. 1979; v. 8, p. 41-53, jun. 1980; v. 8, p. 51-69, dez. 1980; v. 9, p. 3-18, set. 1981.

235 NESMITH, T. Reopening archives: bring new contextualities into archival theory and practice, *Archivaria*, n. 60, p. 259-274, 2005.

> *arquivistas que reconheçam os produtores de documentos que não atuam isoladamente, mas são, na verdade, membros de uma coletividade que influencia suas escolhas e seu comportamento*. (Douglas, 2016, p. 61, grifo nosso)

Ao citar os estudos de alguns arquivistas[236] sobre os impactos e influências de comunidades/coletividades na produção e organização de documentos, Douglas (2016, p. 63) descreve que a proveniência dos documentos "passa a ser não apenas a relação com o criador individual, mas também a relação deste criador com a comunidade e o arquivo enquanto cocriadores". Dessa maneira, de acordo com esse terceiro entendimento, a proveniência, mesmo estando associada ao contexto do produtor do documento, expande suas fronteiras abrangendo, também, os aspectos culturais e sociais que compõem a comunidade na qual o produtor encontra-se inserido.

Nesse sentido, a referida autora explica que:

> Ao olharem para além dos contextos sociais nos quais os documentos são inicialmente inscritos, os arquivistas passaram a sugerir que a compreensão completa da proveniência deve incluir a análise da maneira como são transmitidos e usados durante toda a sua existência. (Douglas, 2016, p. 61)

Ao concluir sua abordagem sobre as maneiras de entendimento do princípio da proveniência, Douglas afirma que:

> Os argumentos traçados [...] [sobre a terceira maneira de entendimento do princípio da proveniência] sugerem que qualquer definição de proveniência deve levar em conta a complexidade das suas origens. Os arquivistas citados localizam a autoria da criação arquivística num *continuum* que abarca contextos de produção original, uso, custódia/guarda, tratamento arquivístico etc. A partir de uma definição restrita de proveniência como forma de auxiliar o arquivista a decidir a melhor ordenação de um fundo, *eles expandiram o alcance do princípio, a fim de incluírem também questões de interpretação e representação. Suas tentativas de ampliação das fronteiras do princípio trazem consigo uma possibilidade positiva, a saber, o incentivo a um entendimento mais inclusivo dos vários contextos que afetam um conjunto de documentos com o passar do tempo*. Contudo, certa dose de cautela é aconselhável. Na discussão da proveniência enquanto contexto sócio-histórico, o conceito de proveniência se torna quase indistinguível da própria noção de contexto e passa a ser visto como um guarda-chuva que abrange uma lista cada vez mais longa de fatores contextuais. Quando a proveniência se estende e começa a incluir qualquer tipo de ação ou relação que tenha impacto sobre a natureza de um documento ou de um fundo, suas fronteiras se tornam infinitas, existe uma dificuldade natural em se definir onde termina o contexto, e uma percepção da proveniência que inclua todos os fatores contextuais que influenciam a produção e a guarda de documentos terá que aceitar a impossibilidade de seu próprio esforço. Inevitavelmente, certos

236 WURL, Joe. Ethnicity as provenance: in search of values and principles for documenting the immigrante experience. *Archival Issues*, n. 29, p. 69, 2005; BASTIAN, Jeanette Allis. Reading colonial records through na archival lens: the provenance of place, space and creation. *Archival Science*, n. 6, p. 280, 2006; BASTIAN, Jeanette Allis. *Owning memory*: how a Caribbean community lost its archives and found its history. Westport: Libraries Unlimitec, 2003, p. 3-4; KETELAAR, Eric. Sharing: collected memories in communities of records. *Archives and Manuscripts*, n. 33, p. 52, 2005; MILLAR, Laura. The death of the fonds and the ressurrection of provenance: archival context in space and time. *Archivaria*, n. 53, p. 1-15, 2002.

> fatores contextuais serão privilegiados e outros serão deixados de fora, dependendo do ponto de vista, das motivações e da posição do arquivista encarregado da descrição. (Douglas, 2016, p. 66-67, grifo nosso)

Outra abordagem considerada interessante no âmbito deste trabalho é a do arquivista holandês Thomassem. Tal autor (2006, p. 10) considera que o conceito de contexto é parte dos instrumentos analíticos da arquivologia e explica que o contexto arquivístico compreende "os fatores ambientais que determinam como os documentos são estruturados, gerados, administrados e interpretados". Nesse sentido, para ele, tais fatores são responsáveis por determinar diretamente tanto os conteúdos, quanto as formas e estruturas dos documentos arquivísticos. Na concepção do autor em questão, o contexto arquivístico compreende três dimensões: contexto de proveniência, contexto administrativo e contexto de uso, os quais, por sua vez, podem ser determinados pelo contexto sociopolítico, cultural e econômico.

A primeira, contexto de proveniência, segundo Thomassem (2006, p. 10), consiste no contexto de produção dos documentos e se refere ao contexto organizacional, ao contexto funcional e ao contexto de procedimentos administrativos.

O contexto organizacional está relacionado à organização do produtor dos documentos e pode ser percebido por intermédio da sua estrutura interna, das suas relações externas, das interações e mandatos dos seus atores. O contexto funcional, por sua vez, está relacionado à forma como as funções do produtor estão estruturadas e pode ser observado por intermédio da sua missão, das suas funções, atividades, objetivos e tarefas. A respeito do contexto funcional, Thomassem (2006, p. 10) afirma que este é o contexto que, "em maior escala, determina o conteúdo do arquivo". Já o contexto de procedimentos administrativos está relacionado a como os processos de trabalho são/estão delineados. Em relação ao contexto de procedimentos administrativos, o autor em questão declara que este pode ser decomposto em 1) processos de trabalho, 2) atividades e 3) ações e transações. Nesse caso, os processos de trabalho são os responsáveis por determinar a estrutura lógica do arquivo; as atividades são responsáveis por gerarem os dossiês que compõem as estruturas lógicas do arquivo; e as ações e transações são responsáveis por gerarem os documentos arquivísticos que compõem tais dossiês.

Quanto ao contexto administrativo, Thomassem (2006, p. 10-11) esclarece que este se refere ao contexto de administração e de conservação dos documentos arquivísticos e, por sua vez, constitui-se dos procedimentos, métodos, conhecimentos, meios e documentos utilizados pelo produtor com o objetivo de assegurar a disponibilidade e a integridade dos arquivos.

Em relação ao contexto de uso, o mesmo autor (2006, p. 11) o associa aos usuários, bem como às suas competências, às suas perguntas e demandas e às maneiras como estes tentam responder a estas últimas.

Enfim, o contexto sociopolítico, cultural e econômico compreende, na concepção de Thomassem (2006, p. 11), tudo aquilo que, de certa forma, influencia os demais fatores ambientais ou contextos supracitados; e que

são capazes de determinar diretamente os conteúdos, as formas e as estruturas dos documentos arquivísticos.

Ressalta-se que, para o autor (2006, p. 11, grifo nosso), os "arquivos não podem ser interpretados corretamente *sem informação relacionada aos seus contextos*". Complementando, Thomassem (2006, p. 15) argumenta que na aplicação da metodologia arquivística é possível seguir duas abordagens: 1) a partir dos elementos que formam os arquivos, "abordagem descritiva clássica", ou 2) a partir das funções que os arquivos desempenham ou desempenharam, "abordagem analítico-funcional". É importante destacar que, para o autor em questão, ambas as abordagens são opostas, porém não antagônicas; e, portanto, devem ser usadas de modo complementar. No primeiro caso, os arquivos são considerados enquanto entidades físicas, de modo que são analisados os documentos e a organização destes no arquivo, buscando uma compreensão das relações mútuas, tendo como foco os processos de trabalho responsáveis pela geração dos arquivos. No segundo caso (relevante para esta pesquisa), é necessário analisar a missão, as funções e as tarefas dos produtores dos documentos; mapear os agentes e seus mandatos; e criar ou reconstruir o sistema de arquivo. *Para tanto, o ponto de partida da abordagem analítico-funcional "é o contexto, e particularmente o contexto de proveniência"*.

Além disso, Thomassem (2006, p. 15, grifo nosso) considera que a pesquisa arquivística compreende o estudo e a interpretação de relações: "*relações entre informação, documentos de arquivo e elementos de contexto,* e num patamar mais elevado, relações entre pessoas, comunidades e sociedades". Para justificar esse argumento, o autor faz a seguinte declaração:

> Documentos de arquivos não são substitutos do mundo real e sim representações estabelecidas do que pessoas, comunidades e a sociedade acham importante lembrar e fazer lembrar. E, muitas vezes, documentos e arquivos não são nem representações remotas da realidade, mas apenas remanescentes de representações confusas, fragmentadas e descontextualizadas. A pesquisa arquivística, olhada sob este ângulo, não é apenas sobre como as memórias são registradas, mantidas e comunicadas, mas também, e talvez muito mais, sobre como a memória é criada, mantida e apagada. (Thomassem, 2006, p. 15-16)

No cenário brasileiro, é importante apresentar as considerações de Heloísa Liberalli Bellotto a respeito do princípio da proveniência e sua importância para os arquivos e os arquivistas.

Heloísa Bellotto (2010, p. 166) destaca que a organicidade compreende a "valorização do que se passa no contexto de produção, como se dá adequação entre atribuições, funções e atividades do produtor, em detrimento da valorização do conteúdo propriamente dito". Ao citar a arquivista alemã Menne-Haritz (1992, p. 263),[237] Bellotto reforça que o conceito de arquivo

237 MENNE-HARITZ, Angélika. L'informatica aplicata agli archivi: le esperienze tedesche. In: CONFERENZA INTERNAZIONALE L´ARCHIVISTICA ALLE SOGLIE DEL 2000. Macerata, 1992, p. 263-264.

tem como base o princípio da proveniência e, dessa forma, um documento arquivístico só pode ser totalmente compreendido e interpretado quando se conhece as razões que provocaram a sua criação. Ou seja, é preciso compreender o que?, quem?, por que?, para quê?, para quem?, onde? quando? e em que condições? o documento arquivístico foi criado. Além disso, é necessário considerar não apenas o próprio documento, mas sua relação com outros documentos (o conjunto de documentos), o lugar do documento no seu conjunto e o lugar do conjunto no complexo de documentos da entidade produtora.

Mediante tais argumentos, a mesma autora observa o seguinte:

> *Deixar de lado, ou, ao menos, relegar a segundo plano, o conteúdo dos documentos, colocando no centro da questão o contexto, tem sido objeto da atenção dos teóricos da arquivística*, e cada vez mais. [...]. Só assenhoramento da proveniência e do contexto é que asseguram resultados satisfatórios contra a confusão e a perda do que realmente interessa saber dos documentos de arquivo. Sim, porque o conhecimento do contexto inclui: o quê? para quê? por quem? Quando? Como? (Bellotto, 2010, p. 166-167, grifo nosso)

Bellotto (2010, p. 167) explica que "não ocorre nascimento de documento algum, senão dentro do seu lugar de proveniência e de organicidade". Nesse sentido, citando Paola Carucci[238] e Cesar Paoli,[239] Bellotto descreve o seguinte:

> A gênese, isto é, o nascimento do documento de arquivo: implica a 'relação entre a natureza da ação jurídica (ou administrativa) e a forma da configuração do ato e tende a evidenciar, nesse primeiro momento, e até prescindindo do conteúdo pontual, repito, tende a evidenciar os caracteres formais do documento, pois esses são, na realidade, os seus identificadores' (Carucci, 1994, p. 63). [...] na criação do documento destacam-se três elementos: o fato, a natureza jurídica do ato, a forma da redação. *É da relação entre o ato jurídico e o que se pretende dele, que teremos a conotação formal do documento*. Tomando-se a definição clássica e estrita de Cesar Paoli (1942), relativa ao documento público, pode-se esclarecer melhor a questão: '*O documento é um testemunho escrito de um fato de natureza jurídica, escrito em observância a determinada configuração (estrutura semântica), as quais se destinam a dar-lhe fé e dar-lhe força de prova*'. [...] no caso dos documentos em geral, ainda que não partamos de um 'ato de natureza jurídica', *estaremos sempre dentro do quadro de terem sido produzidos/recebidos/acumulados no exercício das funções da entidade a qual pretende o arquivo*. (Bellotto, 2010, p. 167-168, grifo nosso)

Comungando dos pensamentos de Luciana Duranti (1995, p. 54)[240] e os conhecimentos da diplomática, Bellotto (2010, p. 168) argumenta que um fato ou acontecimento, na maioria das vezes, administrativo justifica a origem de um ato ou ação jurídica ou administrativa a qual, para ser validada e publicizada, necessita consubstanciar-se em um documento. Assim,

238 CARUCCI, Paola. Genesis del documento: redacción, classificación y valor jurídico. In: CARUCCI, Paola et. al. *Documento y archivo de gestión*: diplomática de ahora mismo. Carmona: Universidad Internacional Menendez Pelayo, 1994, p. 61-78.

239 Não foi possível localizar os dados das referências.

240 DURANTI, Luciana. *Diplomatica*: usos nuevos para una antiga ciência. 1. ed. Traducción de Manuel Vázques. Córdoba: [s. e.], 1995.

o documento "portanto, reflete ações, talvez, até mais, reflete transações definidas como 'declaração de vontade voltada a obter efeitos reconhecidos e garantidas por um sistema jurídico'". Bellotto explica que a gênese do documento consiste no reflexo do resultado do cumprimento de uma atividade ou compreende a ordem para que uma atividade se realize; de modo que: "as atividades das organizações (públicas ou privadas) e os seus desdobramentos, as operações, é que produzem a maior parte da massa documental". No entanto, a referida autora esclarece que tais atividades e operações não são aleatórias, mas amparadas por uma função e tal função encontra-se amparada pelas competências (autoridade e capacidade de levar a cabo um conjunto de atividades) atribuídas a uma pessoa física ou jurídica.

Diante de tais explicações, Belloto defende o seguinte:

> Partindo-se do fato de que, em geral, *na origem de um documento, está uma necessidade da sociedade ou de um sistema corporativo, ou há uma rotina a ser cumprida, é preciso buscar a ação que lhe provocou a sua elaboração. Da ação ao ato, e daí à gênese do documento, cuja divulgação atingirá os públicos a que se destina*. O que a diplomática define como a união entre *actio* (a ação) e o *conscriptio* (a passagem para o documento escrito) significa o nascimento do documento. Luciana Duranti denomina *'o momento da ação' o primeiro passo e 'momento da documentação' o segundo*. A gênese do documento é um procedimento e, como tal, é uma sequência de passos. *Há todo um sistema lógico de produção, há normas ou sistemáticas estabelecidas para isso, que podem ir sofrendo mudanças e adaptações, tanto na rotina jurídico-administrativa, como na consequente rotina burocrático-documental no correr do tempo*, no interior dos órgãos públicos e/ou das entidades privadas. Os passos podem ser diferenciados, já que há especificidades em cada ente produtor e em cada contexto de produção. *Tudo depende da própria tipologia da entidade produtora, sua competência, funções e atividades*. (Belloto, 2010, p. 168-169, grifo nosso)

Seguindo a mesma linha de Bellotto, Rodrigues explica que:

> O documento de arquivo é produzido de forma involuntária, naturalmente, no sentido necessário para o funcionamento do sistema jurídico, pois é criado o decurso de uma atividade. *É resíduo material da ação que lhe dá origem ou a 'própria ação autodocumentada'*, como define Angelika Menne-Haritz (1998).[241] '*Uma ação* é qualquer exercício da vontade que objetiva criar, manter ou extinguir situações' e *constitui o núcleo do documento*, ressalta Heather MacNeil (2000, p. 93).[242] Dessa característica essencial, inerente a sua gênese, decorre sua natureza probatória. (Rodrigues, 2010, p. 177, grifo nosso)

No tocante à gênese do documento, Bellotto (2016, p. 169) completa que seu caminho é composto, *grosso modo*, de três etapas:

> nasce de uma iniciativa, seguida das devidas pesquisas e consultas; depois, de uma deliberação (momento da ação), do controle dessa deliberação para que o documento produza as consequências esperadas (criar, manter, extinguir, mu-

241 MENNE-HARITZ, Angelika. What can be achieved with archives? In: *The concept of record*: record from the Second Stockhom Conference on archival science and the concept of record, 30-31 May 1996. Stockholm: Riksarkivet, 1998, p. 11-24.

242 MACNEIL, Heather. *Trusting records*: legal, historical and diplomatic perspectives. Vancouver (Canadá): Kluwer Academic Publishers, 2000.

> dar situações etc. etc. etc.). Isso implica, obviamente, a escolha do tipo documental adequado, e finalmente, chega-se ao momento da execução (momento da documentação). [...]. A próxima etapa será a de tornar o conteúdo do documento conhecido, divulgado [...]. Segue-se a tramitação, cumprindo-se assim, a criação e difusão do documento. Segue-se a tramitação (que pode ser ou não, anterior à publicitação, dependendo da ação implicada).

Assim, após transcorrido esse caminho, o documento arquivístico (gerado e legitimado), segundo a autora em questão (2010, p. 172), passa a cumprir as suas funções: "prova e testemunho, em ambos os casos, informação". Tais funções estão ligadas ao contexto de criação (proveniência), contexto que, por sua vez, dá sentido a seu conteúdo (informação). "Esta prova, este testemunho *tem um conteúdo, uma informação ali consignada, orgânica e pertencente a um contexto* relativo ao conjunto de atividades do produtor. *E o contexto, amarrado ao princípio da proveniência, é que dá sentido ao conteúdo*" (Bellotto, 2010, p. 172, grifo nosso).

Destaca-se que Rodrigues também comunga desse pensamento quando afirma que "o arquivo se forma por um processo de acumulação natural, onde *seu conteúdo e significado só podem ser compreendidos na medida em que se possa ligar o documento ao seu contexto mais amplo de produção, às suas origens funcionais*" (Rodrigues, 2010, p. 176, grifo nosso).

Portanto, atos e registros se complementam, de modo que os documentos arquivísticos, enquanto registros, têm o poder de refletir fielmente os atos que lhe deram origem. Em outras palavras, o significado do documento arquivístico vai além do seu conteúdo (informação registrada no corpo do documento e assunto), pois envolve propósito(s) e consequência(s) que compõem o ambiente funcional e complexo (que reúne ações, pessoas e procedimentos) do órgão que o produziu, conferindo-lhe a qualidade de ser único (distinto dos outros).

Rodrigues (2010, p. 186, grifos nosso e do original), recorrendo a Schellenberg[243] e Bellotto,[244] reforça que, no caso dos documentos arquivísticos, o assunto é secundário e não equivale à estrutura e à substância (elementos externos e internos[245] que os caracterizam):

---

243 SCHELLENBERG, Theodore Roosevelt. *Documentos públicos e privados*: arranjo e descrição. 2. ed. Trad. Manoel A. Wanderley. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1980.

244 BELLOTTO, Heloísa Liberalli. Descrição sumária: solução de acesso. *Arquivo, boletim histórico e informativo*, São Paulo, v. 0, n. 2, p. 65-74, 1988.

245 Conforme consta em Rodrigues (2010, p. 185), baseado em Vicenta Cortés Alonso (1986) e Cruz Mundet e Mikelarena Peña (1998), os caracteres externos dos documentos arquivísticos compreendem gênero, tipo, formato, quantidade e forma, enquanto os caracteres internos compreendem entidade produtora, origens funcionais, data e lugar de produção e conteúdo substantivo. Seguem as referências: CORTÉS ALONSO, Vicenta. Génesis documental. In: *La escritura y lo escrito*: paleografia y diplomática de los siglos XVI, XVII y XVIII. Madrid: Ministério de Cultura, 1986; CRUZ MUNDET, José Ramón; MIKELARENA PEÑA, Fernando. Los documentos administrativos. In: *Información y documentación administrativa*. Madrid: Tcnos, 1997, p. 171-222.

> Schellenberg [...] chama a atenção para o fato de que os documentos de arquivo '*se revelam significativos em relação à atividade e só secundariamente quanto ao assunto*'. [...]. O documento só é de arquivo se os vínculos de proveniência e organicidade se preservarem autênticos em seu conteúdo. Esta estreita relação que mantém com o contexto onde foi produzido, se traduz nos elementos externos e internos que o caracterizam. 'Será preciso identificar estes elementos que revelarão o perfil do documento, ou melhor, o perfil dos conjuntos documentais. *Estrutura e substância não são assuntos* [...], enfatiza Heloisa Bellotto [...]. *Por essa razão, não podem ser reconhecidos pelo assunto, mas pela ação que determinou sua produção em determinado contexto.*

Aliás, em se tratando do quesito assunto, no caso dos documentos arquivísticos, Bellotto (2014, p. 165, grifo nosso) adverte que "*o documento arquivístico não pode se perder em um mar de informações, no qual prevaleça, mais que tudo, o conteúdo, o 'assunto'*, desvinculado das competências, ações e operações de determinado órgão ou entidade geradora".

Dito tudo isso, cabe destacar as seguintes recomendações de Bellotto:

> *Compreender muito bem o seu objeto de trabalho – documento – antes de realizar qualquer tarefa arquivística deve ser a preocupação do profissional*. E estar atento a que a finalidade dos arquivos não é outra senão a de oferecer serviços à sociedade, materializados nas informações prestadas às entidades, aos cidadãos, aos estudiosos. *E para que ele, arquivista, possa levar seu trabalho a cabo, deve adquirir uma bagagem de conhecimento de princípios e métodos que partem do pressuposto de que o documento é parte de um todo que isolado, não tem sentido*. (Bellotto, 2010, p. 173, grifo nosso)

Como se percebe, os autores citados aqui discutem uma ampliação do conceito de proveniência e, consequentemente, da percepção do contexto arquivístico. Um princípio que, por um longo período, manteve-se praticamente intocável: o solo sagrado da arquivologia. Porém, trata-se de uma expansão que não fragiliza o princípio da proveniência, mas que reforça o seu papel e a sua importância para os arquivos e arquivistas. Muda o princípio da proveniência, mas não muda a sua essência: o vínculo lógico e orgânico dos documentos arquivísticos com as razões da existência da entidade produtora. Essa essência, na sua simplicidade (que não quer dizer facilidade), pureza e significado, demonstra, paradoxalmente, substancialidade e complexidade (compreende um amplo corpo de conhecimentos cujo foco essencial é a dinâmica de vários elementos e aspectos).

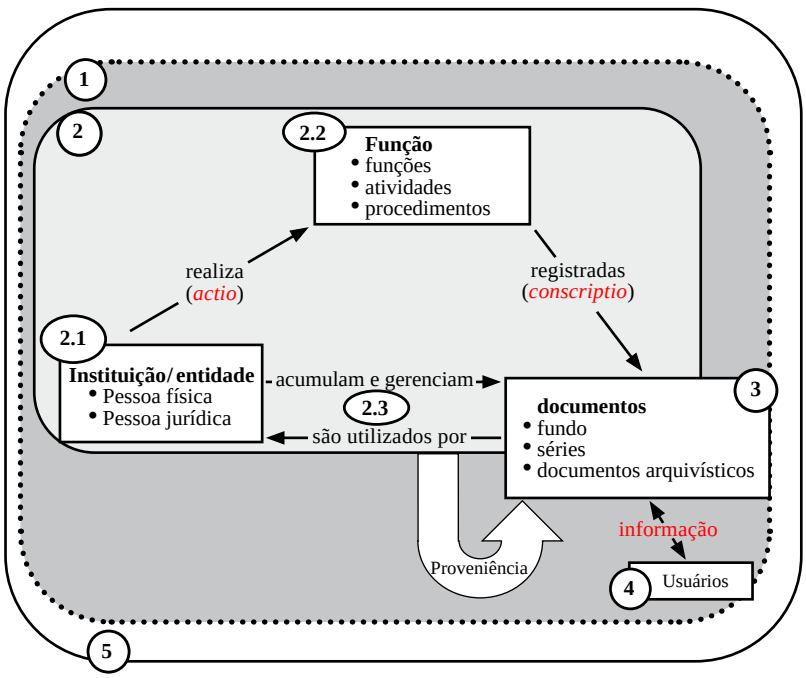
Em relação a essa mudança e ampliação do princípio da proveniência e, consequentemente, das concepções do contexto arquivístico, Heloísa Bellotto, em 2015, no IX Congresso de Arquivologia do Mercosul, ao palestrar sobre as novas concepções do contexto arquivístico, afirma que:

> *Continua a ser irrefutável o fato de que o documento de arquivo e o conjunto no qual se integra, denunciam de imediato sua origem funcional e institucional, demonstrando que sua proveniência e seu contexto de produção imprimem ao documento e ao conjunto verdadeiramente o seu caráter probatório e testemunhal. O sentido dos arquivos continua a ser evidenciado na sua especificidade*, que reside justamente na natureza da dualidade prova/memória que cada um dos seus componentes documentais traz em seu âmago. *O conjunto continua a caracterizar-se pelo decanato vínculo original e indispensável que todos os documentos têm com a sua entidade produtora, ou melhor, com as funções e as atividades dela, assim*

como com os demais componentes do conjunto. A informação que o documento contém não é uma informação qualquer, mas que é vinculada a uma vasta cadeia e que é parte indissolúvel do seu meio genético de criação, vigência e uso. Isso é a organicidade, afinal, a grande característica da especificidade dos documentos de arquivo. *No contexto arquivístico, as relações administrativas orgânicas se refletem nos conjuntos documentais, espelhando assim a estrutura, as funções e as atividades da entidade produtora/acumuladora em suas relações internas e externas*. (Bellotto, 2016, p. 43, grifo nosso)

Tendo como referência os argumentos dos autores elencados na revisão de literatura apresentada neste capítulo, considera-se que o contexto arquivístico e a proveniência podem ser representados e esquematizados na seguinte figura:

Figura 18 Contexto arquivístico e proveniência



Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Legenda:

1. Contexto arquivístico
2. Contexto de proveniência – contexto de produção dos documentos arquivísticos/arquivos.

2.1. Contexto organizacional – como o produtor dos documentos é organizado e pode ser percebido (estrutura interna, relações externas, das interações e mandatos dos seus atores).

2.2. Contexto funcional – como as funções do produtor estão estruturadas e podem ser percebidas (missão, funções, atividades, objetivos e tarefas).

2.3. Contexto de procedimentos administrativos – processos de trabalho, atividades, ações e transações (responsáveis pela estrutura lógica do arquivo – ordem original).

3. Contexto administrativo – gestão e conservação dos documentos arquivísticos.
4. Contexto de uso – relação com os usuários.
5. Contexto sociopolítico, cultural e econômico – tudo aquilo que de certa forma influencia os outros fatores ambientais ou contextos e que é capaz de determinar diretamente os conteúdos, as formas e as estruturas dos documentos arquivísticos.

Entende-se que a proveniência dos documentos arquivísticos só pode ser conhecida e compreendida integralmente quando conhecidos e compreendidos os elementos que compõem o contexto arquivístico. Para tanto, é preciso uma abordagem e uma visão sistêmica por parte do arquivista: é preciso visualizar, analisar e compreender essa totalidade organizada e complexa denominada contexto arquivístico. É necessário visualizar, compreender e analisar todos os seus elementos interligados (ligados entre si), interagentes (que exercem ação ou influência mútua) e interdependentes (que dependem uns dos outros); suas caraterísticas e propriedades, seus processos, fatores e fenômenos, as tendências e efeitos atuantes nesse ambiente. Assim, é importante a análise desse contexto relacional e dinâmico que os documentos arquivísticos produzidos, recebidos e utilizados refletem e do qual, ao mesmo tempo, são resultados. Além disso, deve-se levar em conta que o contexto arquivístico não é estático e instantâneo, pelo contrário, compreende um processo contínuo (fluido) e dinâmico.

Assim, a seguir, parte-se do pressuposto de que *a análise da proveniência e, consequentemente, do contexto arquivístico, auxilia na identificação de requisitos que caracterizam determinadas informações contidas nos documentos arquivísticos como pessoais. Isso porque o contexto arquivístico compreende os fatores ambientais que são responsáveis por determinar diretamente os conteúdos dos documentos arquivísticos*.

Conclusões e considerações finais

Considerando as questões apontadas pelos arquivistas no capítulo 4, sobretudo na abordagem de Steven Bingo (2011) em "Of provenance and privacy: using contextual integrity to define third-party privacy", e a revisão de literatura realizada no capítulo anterior (capítulo 10) a respeito das características próprias e da utilidade dos arquivos e documentos arquivísticos e, principalmente, da visão ampliada do princípio da proveniência e do conceito de contexto arquivístico, defende-se o que se segue.

Os componentes do contexto arquivístico (Figura 18) e, consequentemente, a proveniência e a ordem original são requisitos que contribuem para a identificação dos documentos arquivísticos que devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Entende-se que a análise de tais dimensões contextuais, principalmente aquelas relativas à proveniência, precisam ser consideradas, uma vez que os documentos arquivísticos não se restringem às informações neles registradas (o conteúdo). Os significados dos documentos arquivísticos ultrapassam seus conteúdos, uma vez que eles refletem, justificam, provam e testemunham a essência da entidade produtora (sua institucionalização, sua necessidade social e suas funções). Além disso, sua gênese compreende o resultado do cumprimento das atividades da entidade produtora ou a ordem para que elas se realizem. Em outras palavras, são resultados legítimos e legitimados do caso concreto, são a união do *actio* e do *conscriptio* que compõem a rotina jurídico administrativa da entidade produtora.

Esse entendimento tem como base as seguintes considerações apontadas na revisão de literatura realizada no âmbito desta pesquisa:

a. os documentos arquivísticos têm relação direta, indissolúvel e dinâmica com quem fornece as informações que registram, quem as estabelece e quem as atesta; e se destinam a determinada(s) pessoa(s);

b. os documentos arquivísticos têm uma relação direta, indissolúvel e dinâmica com as funções e as atividades próprias da sua entidade produtora/acumuladora e com os outros documentos que compõem o respectivo arquivo;

c. nenhuma ação da entidade produtora/acumuladora é composta por um único passo, e sim por uma sucessão contextualizada de-

les; além disso, nenhum passo é isolado e independente daqueles que o precedem ou daqueles que o sucedem. Isso também ocorre com os documentos arquivísticos que, produzidos para viabilizar ou comprovar determinada(s) ação(ões), representam os atos necessários ao seu cumprimento;

d. as ações da entidade produtora/acumuladora (compostas por procedimentos e etapas) materializam e acompanham os documentos arquivísticos durante todo o seu ciclo de vida. Cada ação, cada procedimento e cada etapa do procedimento correspondem a documentos arquivísticos específicos (únicos);

e. os documentos arquivísticos são capazes de demonstrar como decorrem e/ou decorreram as relações administrativas, políticas e sociais da entidade produtor/acumuladora, tanto no âmbito interno como externo. Essas relações podem se dar com outras entidades de mesmo nível ou com as que lhes são, hierarquicamente, superiores ou inferiores;

f. os documentos arquivísticos são resultantes dos atos de causa e/ou efeito (do que, por quem, para quem, por quê, para quê, quando, onde, como, em que condições) e do ser e do existir das entidades produtoras/acumuladoras;

g. os documentos arquivísticos nascem para dar vida à razão de suas origens;

h. os documentos arquivísticos são produzidos e devem ser organizados mediante as necessidades de cada ação, e não por uma escolha arbitrária;

i. os documentos arquivísticos são provas (refletem tempo e circunstância, o que os torna únicos), antes de serem informação.

j. enquanto provas, os documentos arquivísticos, involuntariamente, são capazes de testemunhar objetivamente sobre os atos;

k. os documentos arquivísticos conseguem ser provas justamente por causa da simbiose indivisível entre produtor – contexto – gênese – função;

l. os documentos arquivísticos não são apenas informação (no sentido de conteúdo), mas também potenciadores de informação;

m. os documentos arquivísticos são resultado e prova de uma atividade contextualizada; assim, em um primeiro momento, as informações neles registradas, por mais abrangentes que sejam, são vinculadas e marcadas por essas atividades e seus contextos;

n. os documentos arquivísticos compreendem instrumentos disponíveis aos usuários (internos e externos), nos quais as informações estão registradas;

o. a informação dos documentos arquivísticos não se resume ao que se passa, ela também se refere ao que permanece antes e após a execução dos atos pela entidade produtora. A informação é o reflexo da natureza e significado do documento arquivístico no seu contexto e circunstâncias;

p. a força probatória dos documentos arquivísticos não está relacionada apenas à informação contida no documento em si, mas, principalmente, no contexto em que foram produzidos/acumulados, correspondendo às relações que os documentos arquivísticos possuem com as ações para as quais serviram de instrumentos, conferindo-lhes um caráter específico, autêntico e único;

q. são registradas nos documentos arquivísticos informações sobre o estabelecimento, a competência, as atribuições, as funções, as operações e as atuações levadas a efeito pela entidade produtora/acumuladora no decorrer da sua existência;

r. o exercício de caracterização e diferenciação dos documentos arquivísticos reflete dois movimentos cumulativos e não excludentes: 1) o contexto de produção e 2) a compreensão da informação veiculada;

s. os conteúdos, ou seja, as informações registradas nos documentos arquivísticos são frutos de um contexto relacional e comunicacional que não pode deixar de ser considerado;

t. a compreensão dos conteúdos dos documentos arquivísticos depende da compreensão do contexto arquivístico, principalmente o contexto de produção;

u. tanto o ambiente quanto o conteúdo dos documentos arquivísticos são delimitados e definidos pelo sujeito produtor/acumulador (pessoa física ou jurídica);

v. a necessidade de acesso aos documentos arquivísticos se dá em três dimensões: prática/técnica, popular e acadêmica, as quais não necessariamente compreendem o contexto em que as informações foram coletadas e registradas;

w. os documentos arquivísticos são utilizados para: 1) provar – fundamentar tanto os direitos quanto as obrigações do produtor, 2) lembrar – continuidade das ações que compõem a vida dos indivíduos, 3) compreender – experiências e saberes técnicos e científicos, 4) identificar-se – instrumentos de referências para a vida dos indivíduos, enquanto fontes de consciência de suas existências e de promoção de suas relações sociais.

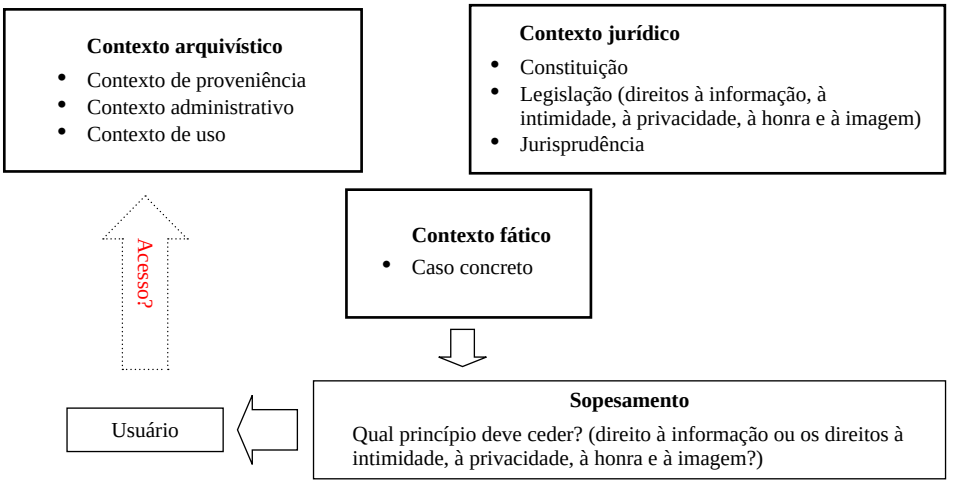
Tendo como referência essas considerações, defende-se que os componentes do contexto arquivístico, entre eles o próprio documento arquivístico (enquanto reflexo, prova e testemunho do seu contexto), não respondem apenas à pergunta *o quê?* (conteúdo), *mas também respondem às perguntas por quem*,

para quem, por quê, para que, quando, onde, como e em que condições as informações foram coletadas, registradas e utilizadas? Dessa forma, a informação contida no documento arquivístico não se resume ao conteúdo que foi registrado; seu significado autêntico e íntegro (completo) compreende a soma do *actio* (a ação contextualizada) com o *conscriptio* (o registro contextualizado); e, desse modo, cada um desses requisitos precisam ser considerados tanto no tratamento quanto na promoção do acesso dos documentos arquivísticos.

Além disso, entende-se que a interpretação, a compreensão e a aplicação dos preceitos dispostos nos textos legais (Constituição Federal e Lei de Acesso à Informação) sobre intimidade, vida privada, honra e imagem não constituem uma reprodução de um conjunto de imperativos fixos e unívocos. Esses processos precisam revelar o sentido e o alcance apropriado da lei para a vida real, tendo como referência o contexto e as circunstâncias do caso concreto (a extensão da discricionariedade – análise cuidadosa da situação concreta), assim como os interesses, bens, valores, alcances e os limites de aplicação de cada um dos direitos em pauta. Entende-se que, na busca da discricionariedade, ou seja, do contexto fático e do contexto jurídico, as respostas que se pretende encontrar, nos casos de colisões entre os princípios em questão, são: *o quê, por quem, para quem, por quê, para quê, quando, onde, como e em que condições o fato se deu*? Só assim é possível "pesar os interesses em jogo" e estabelecer em que medida um dos princípios deve ceder.

Como se percebe, as respostas que devem ser procuradas nos casos de colisões entre o direito de acesso à informação e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, quando as informações solicitadas estão contidas em documentos arquivísticos, são aquelas que os componentes do contexto arquivístico, em especial a proveniência, ajudam a responder, pois conferem ao documento seu poder de prova e testemunho dos atos e interesses envolvidos e dão ao conteúdo do documento, ou seja, à informação, seu significado autêntico e íntegro (completo) (Figura 19).

Figura 19 O contexto arquivístico no sopesamento



Fonte: elaborado pelo autor com base na revisão de literatura.

Como instrumento de auxílio para a análise, compreensão e correlação do contexto arquivístico com o contexto fático e o contexto jurídico, quando diante de documentos arquivísticos com informações que possivelmente podem ser informações pessoais, recomenda-se o uso dos quadros elaborados no âmbito desta pesquisa que apresentam os traços característicos e distintivos do direito à imagem (Quadros 10 e 11), do direito à honra (Quadros 15 e 16), do direito à vida privada e à intimidade (Quadros 18 e 19).

Dito isso, defende-se que as dimensões contextuais que compõem a Figura 18 e os Quadros 10, 11, 15, 16, 18 e 19, resultados da exploração e sistematização da plataforma teórica apresentada no decorrer deste trabalho, compreendem os requisitos que indicam que determinados documentos arquivísticos devem ser estruturados, gerados, administrados e interpretados como possuidores de informações que violam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (informações pessoais).

Além disso, reforçam-se dois dos pressupostos apresentados no início deste trabalho, a saber:

1. para que um órgão público possa observar a publicidade dos seus atos e informações como preceito geral e ter o sigilo como exceção, bem como fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social da administração pública e proteger as informações consideradas pessoais com eficiência e eficácia, as dimensões contextuais aqui elencadas, principalmente aquelas relativas ao contexto arquivístico e à proveniência, precisam ser consideradas;
2. o processo de interpretar, compreender e aplicar dispositivos constitucionais e legais a respeito da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem também envolve o levantamento e a análise de elementos contextuais, dentre os quais, quando se tratam de documentos arquivísticos, encontra-se o contexto arquivístico.

Enfim, antes de finalizar, é importante resgatar algumas questões relevantes suscitadas a respeito do acesso aos arquivos.

A primeira delas é relativa ao *acesso pleno aos arquivos*. Conforme foi mencionado anteriormente, os arquivos e documentos arquivísticos só cumprirão integralmente o papel social recomendado e estabelecido nas diretrizes e orientações dos organismos internacionais e nos dispositivos legais vigentes se considerado que o acesso a eles deve ser pleno. Nesse caso, entende-se que, para se promover o acesso pleno aos arquivos, deve-se considerar os dois níveis de informação que envolvem os documentos arquivísticos: 1) a informação contida nos documentos arquivísticos – o conteúdo registrado na unidade documental; e 2) as informações que contextualizam, explicam e revelam a estrutura, a articulação e a relação natural e orgânica entre as unidades documentais e entre estas e as atividades e pessoas envolvidas no registro da primeira. Somente assim os arquivos podem se colocar a serviço da sociedade e contribuir com:

a. a transparência, a democracia e a governança;

b. o desenvolvimento, a construção, a disseminação e a difusão de conhecimento;

c. as questões administrativas, legais, políticas e econômicas;

d. as ações transformadoras e a formação da cidadania política, civil e social;

e. a construção da memória individual e coletiva (institucional e social);

f. a educação e a cultura;

g. a ciência e a tecnologia; e

h. as causas pleiteadas pelos direitos humanos e a justiça social.

A segunda questão que merece ser resgatada envolve *a necessidade da implementação de políticas efetivas de gestão de documentos*. Como dito aqui, a teoria e a prática demonstram que as ações, os processos e as rotinas que envolvem a gestão de documentos são essenciais para a promoção do acesso pleno aos arquivos. Uma gestão de documentos que considera as características próprias dos documentos arquivísticos e seja pautada no princípio da proveniência (respeito aos fundos e respeito à ordem original) é o ponto de partida para o acesso pleno aos arquivos, a eficiência e a eficácia do poder público e o empoderamento da democracia e da cidadania. Além disso, ressalta-se que somente com serviços arquivísticos públicos e instituições arquivísticas públicas bem estruturados e equipados, bem como profissionais qualificados o desafio do acesso pleno pode ser vencido. Esses problemas de ordem técnico-procedimentais e político-administrativos precisam ser superados.

Outra questão importante diz respeito ao *envolvimento e engajamento dos arquivistas brasileiros em relação às questões que envolvem, direta e indiretamente, os arquivos*. Se, por um lado, tal profissional encontra dificuldades em ser envolvido e ouvido em tais questões, por outro, muitas vezes se mostra passivo e omisso. Pode-se citar dois exemplos de omissão por parte dos arquivistas brasileiros: o primeiro foi a postura passiva da classe diante das discussões que antecederam a aprovação da Lei de Acesso à Informação no Brasil; o segundo foi o não envolvimento nas discussões que já aconteceram em relação ao projeto de lei, que tramitou no Congresso Nacional, que versava sobre a proteção de dados pessoais. Em relação a esse segundo exemplo, destaca-se que, só se teve notícia de um evento isolado na Fundação Casa de Rui Barbosa, em setembro de 2016, cuja temática central era *Arquivos pessoais e cultura: o direito à memória e à intimidade*, a qual foi trabalhada em três eixos: 1) O direito à memória e à intimidade: visibilidade e internet; 2) O impacto da tecnologia na construção, preservação e no acesso à memória; e 3) O direito à intimidade: acesso, limites e parâmetros.

É importante lembrar que, conforme exposto aqui, o arquivista tem como missão a promoção do uso e acesso efetivo e democrático dos arquivos. Ter um arquivo e, logicamente, um arquivista, não faz sentido se

não for possível acessar os documentos e as informações. Destaca-se mais uma vez que todas as atividades, práticas, rotinas e procedimentos que envolvem a custódia, o tratamento (processamento técnico-arquivístico) e a preservação dos documentos arquivísticos têm como objetivo o seu acesso.

Ainda em relação aos arquivistas, considera-se relevante mencionar alguns pontos quanto aos documentos arquivísticos e às informações pessoais. Conforme estabelecido no *Código de ética* da classe, os arquivistas devem facilitar o acesso aos arquivos ao maior número possível de usuários, com imparcialidade, além de encontrarem o justo equilíbrio, no quadro da legislação em vigor, entre o direito ao conhecimento e o respeito à vida privada (CIA, 2012, p. 5). Além disso, a *Declaração universal sobre os arquivos* aponta que um dos papéis fundamentais dos arquivistas é tornar os documentos disponíveis para uso, garantindo que "os arquivos sejam acessíveis a todos, respeitando a legislação pertinente e os direitos dos indivíduos, produtores, proprietários e usuários" (CIA, 2012, p. 5-6). Por fim, a publicação do Conselho Internacional de Arquivos, *Princípios de acesso aos arquivos*, no princípio de número 10, expõe que "arquivistas participam do processo de tomada de decisão sobre acesso" e indica que cabe aos arquivistas as responsabilidades em relação ao planejamento, implementação e manutenção dos sistemas de controle de acesso, inclusive destaca que esses profissionais devem ter uma boa compreensão das leis pertinentes e das práticas de acesso.

Dando prosseguimento, convém observar que, se por um lado, no Brasil, a promulgação da Lei de Acesso à Informação representa uma conquista, por outro, é importante também observar que esse *acesso deve ser responsável e de qualidade*. Para tanto, todas as precauções devem ser tomadas. Os direitos dos cidadãos não se resumem apenas ao direito de acesso à informação. Como foi abordado aqui, no outro lado da balança da responsabilidade, têm-se os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, além de outros. Como dito anteriormente, transparência não é sinônimo de negligência e imprudência.

Em relação aos dispositivos constitucionais e legais no ordenamento jurídico brasileiro a respeito dos direitos de acesso à informação e de inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, considera-se importante reforçar que a legislação se destina a ser conhecida pela sociedade e, portanto, necessita ser inteligível o tanto quanto possível. Nesse caso, é papel do poder público (agentes públicos, serviços e instituições públicas, entre eles os arquivistas, serviços e instituições arquivísticas) promover o conhecimento e o entendimento de tais dispositivos. Do contrário, como diz o ditado popular, "é lei para inglês ver".

Ademais, é importante registrar que não se espera que essa temática se encerre. Pelo contrário, várias questões abordadas aqui e outras que não puderam e não foram abordadas, mas pontuadas, demandam mais discussões e aprofundamento. Sem contar que outras questões precisam ser colocadas em pauta no âmbito da arquivologia. Como motivação, seguem, abaixo, algumas sugestões:

a. o sigilo profissional e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

b. o sigilo, o tratamento e o acesso de documentos particulares;

c. o sigilo fiscal e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

d. o sigilo, o tratamento e o acesso de documentos e informações referentes a atividades de inteligência e atividades policiais;

e. o sigilo industrial e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

f. o sigilo empresarial e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

g. o sigilo de operação ou o serviço prestado por instituição financeira – sigilo bancário – e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

h. o sigilo parlamentar (no âmbito das comissões parlamentares de inquéritos, por exemplo) e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

i. o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

j. o segredo de justiça e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

k. o sigilo, o tratamento e o acesso de certidões e informações para ação popular;

l. o sigilo de investigação e a prevenção de acidentes aeronáuticos e marítimos e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

m. o sigilo de processo administrativo no âmbito da administração pública e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

n. o sigilo de dados armazenados, processados e veiculados mediante atividades de informática – ligadas ao tratamento racional e automático da informação;

o. o sigilo e os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet;

p. o sigilo, o tratamento e o acesso de informações e documentos referentes à engenharia genética, biossegurança e biotecnologia;

q. o sigilo dos serviços notariais e de registros e o tratamento e o acesso de documentos e informações relacionados;

r. o sigilo de correspondências;

s. o sigilo, o tratamento e o acesso de documentos e informações sobre a assistência à saúde (hospitalar e ambulatorial);

t. o sigilo, o tratamento e o acesso de documentos e informações referente à vigilância sanitária e à vigilância epidemiológica;

u. o sigilo, o tratamento e o acesso de documentos e informações referentes a temáticas complexas, tais como aborto, adoção, filiação (legítima e ilegítima), assédio sexual, estupro, incesto, adultério, relações conjugais, concubinato, divórcio, discriminação e racismo, proteção da criança e adolescente, proteção de incapaz, proteção do consumidor, anistia e direitos humanos, informações escolares (notas e histórico escolar, por exemplo);

v. a ética e a conduta profissional do arquivista diante dos casos de sigilo, informações pessoais e referentes a temáticas complexas;

w. o acesso a banco de dados de entidades governamentais e o direito de *habeas data*;

x. o direito do pesquisador em relação a documentos, informações e dados pessoais (uso para pesquisa científica e acadêmica);

y. os princípios relacionados ao tratamento de dados pessoais e sigilosos (princípio da lealdade e da boa fé, princípio da publicidade, princípio da transparência, princípio da proporcionalidade, princípio da veracidade, princípio da caducidade, princípio da segurança no tratamento, princípio da confiabilidade, princípio do não tratamento de dados sensíveis, princípio da reciprocidade das vantagens, princípio da responsabilidade objetiva);

z. as delimitações e significados dos termos “informação sensível e informação não sensível”;

aa. as delimitações e significados dos termos “informação pública”, “informação pública administrativa”, “informação de domínio público” e “informação governamental”;

ab. as modalidade de invasão da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem no ambiente digital.

Todas as temáticas listadas acima e muitas outras que envolvem o sigilo, o tratamento e o acesso a documentos e informações possuem relações diretas e/ou indiretas com os arquivos, os documentos arquivísticos e o trabalho dos arquivistas. Mas, como pode ser observado, para realizar tais pesquisas, a arquivologia e sua comunidade precisam estar abertas ao trabalho e à pesquisa interdisciplinar, seja com o direito, a ciência da informação, a informática, além de diversas outras áreas. Porém, para que se desenvolva um bom trabalho interdisciplinar, é importante compreender com propriedade e segurança os espaços, os agentes, os aspectos, os princípios, os alcances, as mudanças, as tendências, as demandas, os fatores e os fenômenos significativos que compõem o domínio disciplinar da arquivologia. Não se pode jamais esquecer que o objetivo final dos arquivos e dos arquivistas é a promoção responsável de um acesso pleno e de qualidade aos documentos arquivísticos e suas informações.

Referências

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2003. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____ (org.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2007. v. 1. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf. Acesso em: 2 abr. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes contra a honra*. 3. ed. rev., aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação; interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, fev. 2015. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 21 jan. 2017. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123.

BEARMAN, David A.; LYTLE, Richard H. The power of the principle of provenance. *Archivaria*, The Journal of the Association of Canadian Archivists, [S.l.], p. 14-27, jan. 1985. ISSN 1923-6409. Disponível em: http://archivaria.ca/index.php/archivaria/article/view/11231/12170. Acesso em: 25 mar. 2017.

BELLOTTO, Heloísa Liberalli. Da gênese à função: o documento de arquivo como informação e testemunho. In: FREITAS, Lídia Silva; MARCONDES, Carlos Henrique; RODRIGUES, Ana Célia (orgs.). *Documento*: gênese e contextos de uso. Niterói: EdUFF, 2010. p. 161-174. (Estudos da informação, v. 1).

_____. *Arquivo*: estudos e reflexões. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

_____. Novas concepções do contexto arquivístico. In: ANDRADE, Ana Célia Navarro de (org.). *Arquivos, entre tradição e modernidade*: conferências e trabalhos premiados com menção honrosa no XI Congresso de Arquivologia do Mercosul. São Paulo: Associação de Arquivistas de São Paulo, 2016. p. 42-50. [no prelo].

BINGO, Steven. Of provenance and privacy: using contextual integrity to define third-party privacy. *The American Archivist*, v. 74, n. 2, p. 506-521, Fall/Winter 2011. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17723/aarc.74.2.55132839256116n4. Acesso em: 29 mar. 2017.

BITTENCOURT, Paola Rodrigues. *Implementação da Lei de Acesso à Informação no Poder Executivo federal*: uma análise a partir dos serviços arquivísticos. 150 f. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão de Documentos e Arquivos) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra*: uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville (SC): Bildung, 2010.

BRASIL. Arquivo Nacional. *Dicionário brasileiro de terminologia arquivística*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *CLBR*, de 1890. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 5.276, de 2006. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Constituição do Brasil, de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais de n. 1, de 1992, a 43, de 2004, e pelas emendas constitucionais de revisão de n. 1 a 6, de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1998. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/constituicaotextoatualizado.pdf. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *CLBR*, de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *DOU*, 5 jan. 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *DOU*, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *DOU*, 9 dez. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei federal n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. *DOU*, 5 out. 1962. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *DOU*, 16 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *DOU*, 10 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 1.001, de 1969. Institui o Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 76.900, de 23 de dezembro de 1975. Institui a Relação Anual de Informações Sociais – Rais e dá outras providências. *DOU*, 24 dez. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d76900.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *DOU*, 15 dez. 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *DOU*, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *DOU*, 19 abr. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L8159.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *DOU*, 15

maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.609 , de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. *DOU*, 20 fev. 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *DOU*, 20 fev. 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *DOU*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. *DOU*, 6 maio 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11111.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as leis n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. *DOU*, 4 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. *DOU*, 16 maio 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. Medida provisória n. 726, de 12 de maio de 2016. Altera e revoga dispositivos da lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios. *DOU*, 12 maio 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel) (CF 103, IX). Requerido: Presidente da República; Presidente

do Congresso Nacional. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 5 jul. 2012. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial n. 46.420-0/SP. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol (CBF); Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 12 set. 1994. *DJU*, 5 dez. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400093551&dt_publicacao=05-12-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp. n. 74473-RJ. Recorrente: Edenir dos Santos Mário. Recorrida: Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 23 fev. 1998. *DJU*, 21 jun. 1999. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000111069%27. Acesso em: 9 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp n. 268660, de 2001. Civil e processual civil. Reexame de prova. Divergência. Danos morais e materiais. Direito à imagem. Sucessão. Sucumbência recíproca. Honorários. Recorrente: Editora O Dia S/A. Recorrida: Glória Maria Ferrante Perez. Relator: Cesar Asfor Rocha. 21 nov. 2000. Brasília, 2001. *DJU*, 19 fev. 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=64749&num_registro=200000745022&data=20010219&formato=PDF. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial n. 913.131-BA. Processual civil. Indenização. Dano moral. Publicação de foto em periódico. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Ilegitimidade passiva. Não conhecimento. Sumula 7⁄Stj. Violação a dispositivo do CPC. Súmula 211⁄Stj. Espólio. Ilegitimidade. Herdeiros. Legitimidade. Quantum da indenização. Valor exorbitante. Redução. Possibilidade. Recorrente: Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido: Gildásia dos Santos e Santos – Espólio. Relator: Carlos Fernando Mathias. 16 set. 2008. *DJe*, 6 out. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4263228&num_registro=200602674372&data=20081006&tipo=5&formato=PDF%20e%20em%20https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602674372&dt_publicacao=06/10/2008. Acesso em: 2 abr. 2017.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

CAMPOS, J. F. G. Arquivos pessoais, acesso e memória: questões em pauta. *Informação & Informação*, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 150-167, ago. 2013. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/16166. Acesso em: 15 nov. 2013.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 67, p. 45-75, jan. 1972. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/arti-

cle/view/66643/69253. Acesso em: 14 nov. 2016. doi: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v67i0p45-75.

CONSELHO INTERNACIONAL DE ARQUIVOS (CIA). Comitê de Boas Práticas e Normas. Grupo de Trabalho sobre Acesso. *Princípios de acesso aos arquivos* [recurso eletrônico]. Tradução de Silvia Ninita de Moura Estevão e Vitor Manoel Marques da Fonseca. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012. Disponível em: http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/media/publicacoes/princpios_de_acesso.pdf. Acesso em: 19 out. 2014.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Acesso à informação pública*: uma introdução à lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: [CGU], 2011. Disponível em: http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/cartilhaacessoainformacao.pdf. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. *1º Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527/2011*: Lei de Acesso à Informação: 2011-2012. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/1relatoriolai.pdf. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. *Relatório sobre a implementação da lei n. 12.527*: Lei de Acesso à Informação: Poder Executivo Federal – 2013. Brasília: [CGU], 2014a. Disponível em: http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorio-2-anos-lai-web.pdf. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. *e-SIC*: manual do cidadão. Brasília: [CGU], 2014b. Disponível em: http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/site/MANUAL%20e-SIC%20-%20GUIA%20DO%20CIDADAO.pdf. Acesso em: 16 out. 2015.

CONVENÇÃO europeia dos direitos do homem: com as modificações introduzidas pelos protocolos n. 11 e 14; acompanhada do protocolo adicional e dos protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. [s.l.]: Council of Europe, [s.d.]. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 2 abr. 2017.

COOK, Terry. The concept of the archival fonds in the post-custodial era: theory, problems and solutions. *Archivaria*, The Journal of the Association of Canadian Archivists, [S.l.], jan. 1992. Disponível em: http://archivaria.ca/index.php/archivaria/article/view/11882/12835. Acesso em: 25 mar. 2017.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. Fato jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 38, fev. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3585. Acesso em: 25 set 2016.

DANIELSON, Elena. Privacy rights and the rights of political victims: implications of the german experience. *The American Archivist*, v. 67, n. 2, p. 176-193, Fall/Winter 2004. Disponível em: http://americanarchivist.org/doi/10.17723/aarc.67.2.1w06730777226771. Acesso em: 12 abr. 2017.

DELMAS, Bruno. Os arquivos na sociedade contemporânea. *Arquivo & Administração*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 5-14, jul./dez. 2010b.

_____. *Arquivos para quê?*: textos escolhidos. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2010b.

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

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DOUGLAS, Jennifer. Origens: ideias em evolução sobre o princípio da proveniência. In: EASTWOOD, Terry; MACNEIL, Heather (orgs.). *Correntes do pensamento arquivístico*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016. p. 47-74.

DUCHEIN, Michel. *Los obstáculos que se oponen al acceso, a la utilización y a la transferencia de la información conservada en los archivos*: un estudio del Ramp. París: Unesco, 1983. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000576/057672so.pdf. Acesso em: 26 abr. 2017.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. *Privacidade e intimidade*: doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2012.

GONZÁLEZ DE GOMEZ, M. N. O objeto de estudo da ciência da informação: paradoxos e desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 117-122, jul./dez. 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HORSMAN, Peter. The last dance of the Phoenix or the de-discovery of the archival fonds. *Archivaria*, The Journal of the Association of Canadian Archivists, [s.l.], jan. 2002. ISSN 1923-6409. Disponível em: http://archivaria.ca/index.php/archivaria/article/view/12853/14077. Acesso em: 25 mar. 2017.

HOTT, Daniela Francescutti Martins. Dispositivos normativos de acesso aos documentos sigilosos nos arquivos brasileiros. In: RODRIGUES, Georgete Medleg; COSTA, Marli Guedes da. *Arquivologia*: configurações da pesquisa no Brasil: epistemologia, formação, preservação, uso e acesso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012. p. 205-235.

IACOVINO, Livia; TODD, Malcolm. The long-term preservation of identifiable personal data: a comparative archival perspective on privacy regulatory models in the European Union, Australia, Canada and the United States. *Archival Science*, v. 7, n. 1, p. 107-127, 2007. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s10502-007-9055-5. Acesso em: 12 abr. 2017.

INDOLFO, Ana Celeste. O acesso às informações públicas: retrocessos e avanços da legislação brasileira. *Informação Arquivística*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 4-23, jan./jun. 2013. Disponível em: http://www.aaerj.org.br/ojs/index.php/informacaoarquivistica/article/view/14. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Percepções dos servidores federais sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação nos serviços arquivísticos. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro. Disponível em: http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v9i2.635. Acesso em: 2 abr. 2017.

JARDIM, J. M. *O acesso à informação arquivística no Brasil*: problemas de acessibilidade e disseminação. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999. Disponível em: https://arquivoememoria.files.wordpress.com/2009/05/informacao-arquivistica-no-brasil.pdf. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. A lei de acesso à informação pública: dimensões político-informacionais. *Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação*, [s.l.], v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: http://inseer.ibict.br/ancib/index.php/tpbci/article/view/68/110. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. A implantação da lei de acesso à informação pública e a gestão da informação arquivística governamental. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 383-405, nov. 2013. Disponível em: http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3495/3020. Acesso em: 2 abr. 2017.

JIMERSON, Randall C. Arquivos para todos: a importância dos arquivos na sociedade. *Arquivo & Administração*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, jul./dez. 2008.

KETELAAR, Eric. Archival theory and the dutch manual. *Archivaria*, The Journal of the Association of Canadian Archivists, [s.l.], jan. 1996. Disponível em: http://archivaria.ca/index.php/archivaria/article/view/12123/13118. Acesso em: 25 mar. 2017.

MACNEIL, Heather Marie. *In search of the common good*: the ethics of disclosing personal information held in public archives. 174f. 1987. Thesis (Degree of Master of Archival Studies, School of Library, Archival and Information Studies) – University of Britsh Columbia, Vancouver, 1987. Disponível em: https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0096791. Acesso em: 9 abr. 2017.

MANURSTI. Código de Manu (200 a.C. e 200 d.C.). [s.d.]. Disponível em: http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/CODIGo_%20MANU.pdf. Acesso em: 2 abr. 2017.

MARTÍN-POZUELO CAMPILLOS, Maria Paz. La construcción teórica em archivística: el princípio de procedência. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletin Oficial del Estado, 1996.

MARX NETO, Edgard Audomar; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Relações privadas e exclusividade: perspectivas da efetivação do direito à própria imagem. In: LISBOA, Roberto Senise; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 103-124. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=98. Acesso em: 26 nov. 2016.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 2, p. 1.089-1.117, ago. 2011.

MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

NEVES, Allessandra Helena. *Direito de autor e direito à imagem*: à luz da Constituição Federal e do Código Civil. Curitiba: Juruá, 2011.

NIESSENBAUM, Helen. Protecting privacy in an information age: the problem of privacy in public. *Law and Philosophy*, v. 17, n. 5/6, p. 559-

596, nov. 1998. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/307f/83f933ae0c4e53392b7c0046d3dc24e2e4f3.pdf. Acesso em: 20 abr.2017.

NIESSENBAUM, Helen. *Privacy in public*: challenges in information technology. S.n.t. 1997.

NUNES, Alexandre Augusto Pereira. *O direito fundamental de acesso à informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Luciano Guimarães. *A defesa da honra*: processos de injúria no século XVIII em Mariana, Minas Gerais. 216f. 2014. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Ouro Preto, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Departamento de História, Ouro Preto, 2014. Disponível em: http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4966/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_DefesaHonra-Processos.pdf. Acesso em: 3 maio 2017.

PROTEÇÃO de dados pessoais. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, [2017]. (Pensando o direito). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/. Acesso em: 2 abr. 2017.

RAASKA, Helmi. *Personal privacy and the archivist*. Dissertations/Theses – Nara, Professional Career Training Program, National Archives and Records Administration, Washington, DC, 1989. Disponível em: http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED344609.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017.

REGO, Jussara. Caso Mãe Gilda. *Intolerância Religiosa*, ano 3, n. 13, dez. 2008. Disponível em: http://www.koinonia.org.br/tpdigital/detalhes.asp?cod_artigo=256&cod_boletim=14&tipo=Artigo. Acesso em: 2 abr. 2017.

REITMAN, Alan. Freedom of information and privacy: the civil libertarian's dilemma. *The American Archivist*, v. 38, n. 4, p. 501-508, oct. 1975. Disponível em: http://www.americanarchivist.org/doi/abs/10.17723/aarc.38.4.930x715w5766t853?=. Acesso em: 8 abr. 2017.

RIBEIRO, Iara Pereira. *Direito à imagem*: conceito jurídico pleno da própria imagem. 2013. 193f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6206. Acesso em: 5 dez. 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada*: paradoxos jurídicos sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRIGUES, Ana Célia. Natureza do documento de arquivo: vínculo e estrutura. In: FREITAS, Lídia Silva; MARCONDES, Carlos Henrique; RODRIGUES, Ana Célia (orgs.). *Documento*: gênese e contextos de uso. Niterói: EdUFF, 2010. p. 175-192. (Estudos da informação; v. 1).

RONDINELLI, Rosely Curi. *O documento arquivístico ante a realidade digital*: uma revisitação conceitual necessária. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSSEAU, Jean-Yves; COUTURE, Carol. *Fundamentos da disciplina arquivística*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

SILLITOE, Paul J. Privacy in a public place: managing public access to personal information controlled by archives. *Journal of the Society of Archivists*, v. 19, n. 1, p. 5-15, apr. 1998. Disponível em: http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00379819809514418. Acesso em: 11 abr. 2017.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUSA, Renato Tarciso Barbosa. A classificação como função matricial do que fazer arquivístico. In: SANTOS, Vanderlei Batista; INNARELLI, Humberto Celeste; SOUSA, Renato Tarciso Barbosa. *Arquivística*: temas contemporâneos: classificação, preservação digital, gestão do conhecimento. Distrito Federal: Senac, 2007. p. 77-172.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. *A proteção da privacidade*: sua aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

THOMASSEM, T. Uma primeira introdução à arquivologia. *Arquivo & Administração*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 5-16, jan./jun. 2006.

UHLIR, Paul F. *Diretrizes políticas para o desenvolvimento e a promoção da informação governamental de domínio público*. Brasília: Unesco, 2006. 69 p. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137363POR.pdf. Acesso em: 2 abr. 2017.

VENDRUSCOLO, Weslei. *Direito à própria imagem e sua proteção jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VIVAS MORENO, Agustin. Princípios básicos de la archivística. In: LORENZO CADARSO, Pedro Luis; VIVAS MORENO, Agustin. *Lecciones de archivistica general y documentacion del patrimonio historico*. Badajoz: Universidad de Extremadura, 2004. p. 57-71.