

**OS LIMITES DA AUTOFICÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE
A LITERATURA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**LOS LÍMITES DE LA AUTOFICCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE
LA LITERATURA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

**THE LIMITS OF AUTOFICTION: A COMMENTARY ON
LITERATURE AND PERSONALITY RIGHTS**

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ¹

JULIA AMMERMAN YEBRA²

TRADUÇÃO DE HENRIETE KARAM

RESUMO: Nos últimos tempos, a autoficção tem ganhado cada vez mais popularidade no cenário literário. Apesar de também ter sido enquadrada no âmbito da “literatura do eu”, esse tipo de texto não se limita a narrar apenas quem os escreve, pois, ao contar suas experiências, autores e autoras também descrevem e relatam os demais. É com relação a esse aspecto que podem surgir problemas legais. Neste artigo, vamos nos aprofundar no gênero líquido da autoficção, com inúmeros exemplos de obras menos e mais recentes, para analisar os conflitos que podem surgir entre a liberdade de criação literária e os direitos de personalidade dos retratados em uma obra. Utilizaremos alguns casos que chegaram aos tribunais espanhóis e estrangeiros para delimitar e ponderar os direitos envolvidos e veremos até que ponto são aplicáveis os critérios de veracidade, de originalidade criativa ou de reconhecimento, por parte dos leitores, de pessoas reais em personagens supostamente fictícias. Abordaremos, também, as chamadas “cláusulas de ficção” inseridas em algumas das obras de autoficção, cuja eficácia já foi questionada pelos tribunais, em alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: autoficção; direito à criação literária; direitos de personalidade; cláusulas de ficção.

RESUMEN: En los últimos tiempos, la autoficción está cobrando cada vez un mayor auge en el panorama literario. A pesar de que también se ha encuadrado en la “literatura del yo”, este tipo de textos no se limitan a narrar únicamente a quien los escribe, pues contando sus experiencias, los y las autoras describen y relatan a los demás. Es ahí donde los problemas jurídicos pueden surgir. En este artículo nos adentraremos en el género líquido de la autoficción, con numerosos ejemplos de obras pasadas y recientes, para analizar las contiendas que pueden surgir entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad de los retratados en una obra. Nos apoyaremos en algunos casos llegados hasta los tribunales españoles y extranjeros para delimitar y ponderar los derechos involucrados, y veremos hasta qué punto pueden aplicarse criterios de veracidad, de originalidad creativa,

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesora Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Ha redactado los apartados 1 y 2. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0940-5306>. E-mail: ana.rodriguez.alvarez@usc.es.

² Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesora Ayudante de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Ha redactado los apartados 3, 4 y 5. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7858-0541>. E-mail: julia.ammerman@usc.es.

o de reconhecimento por parte de los lectores de los personajes supuestamente ficticios en personas reales. También nos detendremos en las llamadas “cláusulas de ficción” insertas en algunas de las obras de autoficción, cuya eficacia ya ha sido cuestionada en algún caso por los tribunales.

PALABRAS CLAVE: autoficción; derecho a la creación literaria; derechos de la personalidad; cláusulas de ficción.

ABSTRACT: In recent times, autofiction is becoming increasingly popular in the literary scene. Although it has also been framed as “literature of the self”, this type of text is not limited to narrating only the writer, because by telling their experiences, authors describe and narrate others. This is where legal problems can arise. In this article we will explore the liquid genre of autofiction, with numerous examples of past and recent works, to analyze the conflicts that can arise between the freedom of literary creation and the personality rights of those portrayed in a work. We will rely on some cases that have reached the Spanish and foreign courts to delimit and weigh the rights involved, and we will see to what extent criteria of veracity, creative originality, or recognition by the readers of the supposedly fictitious characters in real people can be applied. We will also examine the so-called “fiction clauses” inserted in some works of autofiction, whose effectiveness has already been questioned in some cases by the courts.

KEYWORDS: autofiction; right to literary creation; personality rights; fiction clauses.

1 DO QUE SE TRATA QUANDO FALAMOS DE AUTOFIÇÃO: BREVE CARTOGRAFIA DE UM GÊNERO LÍQUIDO

Nos últimos anos, poucas palavras têm ressoado tanto nos círculos literários quanto autoficção. Odiado e amado em igual medida, esse novo – ou talvez nem tanto – gênero³ ocupa cada vez mais espaço nas prateleiras das livrarias e dos leitores. Mas do que estamos tratando quando falamos de autoficção? A questão não é trivial, muito menos retórica. Há enorme confusão e indefinição sobre o que é – e o que não é – autoficção. Portanto, se quisermos traçar os limites dessa forma literária do ponto de vista jurídico, precisamos definir a área em que estaremos nos movimentando.

A tarefa certamente não é fácil. Isso se dá porque a autoficção, assim como nossa modernidade, é líquida. Suas fronteiras são instáveis e, conseqüentemente, as disputas acadêmicas em torno desse gênero estão longe de terminar. Apesar disso, partindo de nossa modesta visão de juristas – que não são filólogas – e de leitoras amadoras, tentaremos apontar algumas de suas características, oferecendo um mapa –desfocado, gasto, mas um mapa, no final das contas – que nos permita conhecer o território. Em sentido contrário, há quem defenda que não existem fronteiras. Vejamos, por exemplo, o que diz Cruz (2019, p. 91):

Vou falar para vocês daquilo que existe no mundo e pode dar origem a uma ficção: da autobiografia, da imprensa, da história, dos textos de outros. Insisto que as barreiras entre a crônica, as memórias, a autoficção e a ficção são inexistentes porque escrever é recordar e recordar é sempre um ato imaginativo.

³ Sua eventual categorização como gênero literário é objeto de reflexão. A esse respeito, ver Alberca (2007, p. 159 et seq.) e Arroyo Redondo (2011, p. 62 et seq.).

O termo “autoficção” surgiu, em 1977, pela mão do professor e escritor francês Serge Doubrovsky (2012, p. 53), que o utilizou para definir seu romance *Fils* como “ficção de acontecimentos e de fatos estritamente reais; se preferir, autoficção”. Assim, embora Doubrovsky não seja o pai do gênero, o mérito de havê-lo batizado é dele.

Sob a designação autoficção, agrupa-se um conjunto de obras que, no âmbito das chamadas “narrativas do eu”⁴, se caracterizam por misturar nas suas páginas autobiografia, realidade e ficção em proporções variáveis. Além disso e diante das dificuldades de definir o que é a autoficção⁵, começaremos por abordar o que não é: nem autobiografia, nem romance.

A autobiografia é um gênero literário cujos textos consistem no relato da vida de uma pessoa que é escrito por ela mesma. Em relação à percepção do leitor, a autobiografia é regida pelo denominado pacto autobiográfico, segundo o qual há a presunção – *iuris tantum* – de veracidade: partimos do fato de que a voz narradora – que é, por sua vez, a voz da pessoa que escreve e protagoniza a história – está nos contando algo que é verdade, mesmo com todas as limitações que o próprio conceito de verdade acarreta.

É claro que isso não implica que tudo o que é dito em uma autobiografia tenha, necessariamente, que ser verdadeiro: seja porque o narrador mentiu de propósito – daí porque dizemos que a presunção é *iuris tantum* –; seja porque, involuntariamente, cometeu um erro; seja pelas próprias dificuldades implícitas na apreensão da verdade (lembremo-nos, como disse Oscar Wilde, que a verdade raramente é pura e que nunca é simples).

O importante, em todo caso, é que, ao se aproximar de uma autobiografia, o leitor supõe que o narrado seja verdade.

Já o romance, por seu turno, é o gênero de ficção por excelência. Nele rege o chamado pacto romanescos ou ficcional, segundo o qual, não só a história, mas também a voz do narrador, são fruto da imaginação do autor que lhes deu vida. Quando um leitor mergulha em um texto desse tipo, parte do pressuposto de que o que vai ler, embora às vezes seja verossímil, não aconteceu na realidade.

Não sustentaremos aqui que todo romance é autobiográfico porque não consideramos que o seja; sem prejuízo, evidentemente, de que as vivências e o pensamento de quem os escreve deixem neles a sua marca. Sobre o eventual caráter autobiográfico de todo romance, Cercas (2016, p. 85) afirma: “todos os romances são [autobiográficos], pelo menos na medida em que neles o romancista reelabora literariamente a sua experiência – o que viveu, mas também o que não viveu: os seus sonhos, as suas leituras, as suas obsessões – para dotá-lo de significado universal”.

⁴ “Narrativas do eu” cujas origens remontam às *Confissões*, de Santo Agostinho (398 d. C.)

⁵ Até o momento, o *Diccionario de la Real Academia Española* não inclui uma definição do termo.

Diante desses dois cenários, a autoficção seria regida pelo que Alberca (2007) denomina pacto ambíguo devido à sua natureza híbrida. Um leitor de autoficção sabe que parte do que está lendo corresponde à realidade; mas outra parte, não. No entanto, ele não sabe o que é o quê e em qual proporção.

Para Alberca, só se deveriam classificar como autoficção aquelas narrativas “que se apresentam inequivocamente como ‘romances’, isto é, como ficção, e que, ao mesmo tempo, oferecem textualmente uma aparência autobiográfica, ratificada pela identidade entre autor, narrador e personagem. [...] é um romance ou narrativa que se apresenta como fictícia, cujo narrador e protagonista têm o mesmo nome que o autor” (Alberca, 2007, p. 158).

Dessa definição depreende-se, em primeiro lugar, que esse tipo de texto assume natureza ficcional, mas se apresenta como autobiográfico e relata as experiências de quem o escreve. Quando isso acontecer, sem dúvida nos encontraremos diante de uma autoficção. Porém, a nosso ver, o autor-narrador-personagem não deve necessariamente ser o protagonista da obra.

Também Casas considera que o autor não precisa necessariamente ser o protagonista da obra:

[sob a designação autoficção] encontram acomodação textos de natureza muito diversa, que têm em comum a presença do autor ficcionalmente projetado na obra (seja como personagem da diegese, protagonista ou não, ou como figura de ficção que irrompe na história através da metalepse ou *mise en abyme*), bem como a conjunção de elementos factuais e ficcionais, endossados pelo paratexto (Casas, 2012, p. 11).

Considere-se, por exemplo, *El impostor*, de Javier Cercas. Embora o verdadeiro protagonista do livro e de sua bizarra história seja Enric Marco, a autoficcionalidade do texto é evidente: o próprio Cercas aparece como narrador-personagem. Nessa condição, ele nos conta, por exemplo, seu percurso durante o processo de escrita da obra. O mesmo se poderia dizer de todas aquelas autoficções nas quais os autores, contando a história de outros – por exemplo, a de seus familiares –, inserem episódios em que eles narram a si mesmos. Ocorre que, apesar de enquadrar-se nas narrativas do eu, a autoficção é muitas vezes uma *narrativa do nós*, já que contamos aos outros para contar a nós mesmos – daí poderem surgir problemas legais como os que serão mencionados *infra*.

Em segundo lugar, na definição de Alberca postula-se que deve haver a identidade nominal entre autor, narrador e personagem⁶. No entanto, não acreditamos que deva ser assim sempre e em todos os casos. Há obras em que, apesar de os nomes serem diferentes, a identidade entre autor-narrador-personagem é tal que se torna muito difícil não classificar o texto como autoficcional. Um exemplo disso pode ser encontrado em Penny, a protagonista e

⁶ Na mesma linha de Alberca, ver, entre outros, Pozo García (2017, p. 17).

narradora das obras *Il cielo cade*, *Com rabbia* e *Mi puo prestare la sua pistola per favore?*, enquanto transposição de Lorenza Mazzetti, quem narra sua infância e adolescência por meio dela.

Seja como for, fica claro que a autoficção combina a realidade com a ficção. No entanto, nesse gênero, a ficção nem sempre provém de uma verdadeira vontade de inventar, ela é, por vezes, consequência da fragilidade da memória.

No início de *La straniera*, Claudia Durastanti conta que seu pai e sua mãe

se conheceram no dia em que ele decidiu se jogar da ponte Sixto em Trastevere. [...] [Minha mãe] aproximou-se para colocar a mão no ombro dele e empurrá-lo para trás, talvez tenha havido um rápido forcejar. Ela conseguiu acalmá-lo e fazê-lo respirar devagar, depois eles andaram pela cidade, se embriagaram e foram parar em um hotel com lençóis ásperos que cheiravam a amônia (Durastanti, 2020, p. 9).

Apenas uma página depois, a autora relata:

Meu pai e minha mãe se conheceram no dia em que ele tentou salvá-la de um ataque em frente à estação de Trastevere. Ele havia parado para comprar cigarros e estava prestes a entrar no carro quando sua atenção foi atraída pelos movimentos atabalhoados e bruscos de uma dupla de patifes que chutavam uma garota para roubar sua bolsa. Depois de ter enfrentado os dois até que fossem embora, ele se ofereceu para ajudar minha mãe e a convenceu a ir até a casa dele para se lavar (Durastanti, 2020, p. 10).

Ao contrário do que poderia parecer, Durastanti não está brincando com o leitor ao contar duas histórias contrastantes. O que ocorre é que seus pais “começavam a história dizendo que haviam salvado a vida do outro” (Durastanti, 2020, p. 11). É claro que, pelo menos, um deles mentia. O problema é determinar quem.

O mesmo acontece com o guatemalteco Eduardo Halfon – um dos maiores e melhores expoentes da autoficção no continente americano – com a história de seu avô, que foi salvo em Auschwitz graças a um boxeador polonês. As referências ao seu ascendente vão pontuando as histórias do livro *El boxeador polaco*. No conto que dá título à obra, ele narra que, na noite em que seu avô estava preso e aguardava o julgamento no campo de concentração, um boxeador polonês explicou-lhe o que devia ou não dizer diante da pessoa que o julgaria no dia seguinte: “Usei as palavras dele e as palavras dele me salvaram a vida, nunca soube o nome do pugilista polaco nem conheci o seu rosto. Talvez tenha morrido baleado” (Halfon, 2008, p. 94).

No conto seguinte, intitulado “Discurso de Póvoa”, Halfon narra como, para a sua surpresa, esse mesmo avô declarou, em uma entrevista, que se salvara de morrer em Auschwitz graças às suas habilidades como carpinteiro:

Que? Carpinteiro? Quais habilidades de carpinteiro? E então? O que aconteceu com aquele boxeador polonês tão bem disfarçado de Sherazade?
E aí está.

A literatura nada mais é do que um bom truque, como o de um mágico ou de um feiticeiro, que faz a realidade parecer inteira, que cria a ilusão de que a

realidade é uma só. Ou talvez a literatura precise construir uma realidade destruindo outra – algo que, de forma muito intuitiva, meu avô já sabia –, isto é, destruir-se a si mesma para depois construir-se de novo a partir de seus próprios escombros (Halfon, 2008, p. 102-103).

Em outros casos, porém, a ficção é totalmente intencional. Um exemplo disso pode ser encontrado em *La loca de la casa*, de Rosa Montero. Nesse livro, que intercala reflexões da autora sobre o processo de escrita e experiências pessoais, deparamo-nos, na medida em que o texto avança, com três versões de uma aventura romântica da sua juventude que são incompatíveis entre si. Assim como as histórias dos pais de Durastanti, apenas uma – na melhor das hipóteses – pode ser verdadeira. Ou talvez nenhuma seja.

O que certamente sabemos é que não se trata de uma falha de *raccord*⁷ na narrativa de Montero, mas de uma decisão intencional. Basta ler o *post scriptum* que encerra o livro:

Tudo o que conto neste livro sobre outros livros ou outras pessoas é verdade, ou seja, responde a uma verdade oficial documentalmente verificável. Mas receio não poder dizer o mesmo sobre aquilo que afeta a minha própria vida. Isso porque toda autobiografia é ficcional, e toda ficção é autobiográfica, como dizia Barthes (Montero, 2015, p. 249).

De qualquer forma, há um ponto com relação ao qual discordamos de Montero. Na medida em que os relatos sobre sua vida envolvem, em maior ou menor grau, outras pessoas (tanto as ações quanto as palavras delas), acreditamos que é difícil afirmar que tudo o que se diz sobre as outras pessoas é verdade. A menos que essa afirmação categórica seja circunscrita a todos aqueles episódios, histórias e relatos em que terceiros, e não a autora, são os verdadeiros protagonistas.

Outro exemplo em que há uma intencional ficcionalização seriam os denominados "diários literários", que tem seu maior expoente em Andrés Trapiello. Neles, o autor começa escrevendo verdadeiros diários, mas, na hora de publicá-los (seis ou sete anos depois dos acontecimentos narrados), os modifica tentando encontrar na ficção o que lhe tinha sido insuficiente no plano da realidade (a cada ano ou dois é publicado novo conjunto dos diários de Trapiello, sob o título *Salón de los pasos perdidos*).

Como foi possível verificar nessas breves linhas, embora a autoficção seja normalmente caracterizada por certas marcas peculiares, não existe consenso que delimite claramente essa forma literária. Tentamos apontar alguns aspectos centrais. Mas talvez a autoficção seja tão-somente, nem mais nem menos, uma mistura de realidade, memória, fantasia e esquecimento.

⁷ N. do T. – Termo do vocabulário cinematográfico que designa o corte que, na edição de filmes, realiza a transição entre dois planos, cabendo ao espectador estabelecer a conexão óbvia entre ambos.

2 O ESCRITOR DE AUTOFICÇÃO DIANTE DA HISTÓRIA DO OUTRO: ALGUMAS REFLEXÕES E OUTRAS TANTAS PRECAUÇÕES INÚTEIS

Os escritores de autoficção têm plena consciência de que suas histórias são também histórias de outros: de todas aquelas pessoas que, seja como protagonistas, como atores coadjuvantes ou como meros convidados especiais, entram e saem das margens temporais e espaciais da história que desejam contar.

Isso tem levado alguns deles a refletir sobre a relevância de seu próprio trabalho e a eventual existência de um direito de contar sempre que seu relato envolva a vida e a privacidade de outras pessoas. Tal é o caso da escritora francesa Delphine de Vigan, que, no seu monumental *Rien ne s'oppose à la nuit*, se pergunta:

Tenho o direito de escrever que minha mãe e seus irmãos foram todos, em um momento ou outro de suas vidas (ou durante toda ela), feridos, danificados, desequilibrados, que todos eles conheceram, em um momento ou outro de suas vidas (ou durante toda ela), uma grande tristeza, e que sua infância, sua história, seus pais, sua família, foram como que marcados pelo fogo? [...] Não sei (Vigan, 2012, p. 154).

Xacobe Pato também reflete, com muita lucidez, sobre as implicações de escrever sobre os outros, bem como sobre a mistura entre realidade e ficção:

Escrever um diário tem suas peculiaridades. Há pessoas que se aborrecem ao não serem incluídas. Alguém esteve comigo durante a semana e, no domingo, lê o jornal só para ver se seu nome aparece. Eles querem, então, que eu preste contas, como se fossem atores que eu houvesse contratado para um dia de filmagem e, ao verem o filme, descubrem que eu eliminei a cena deles. Escrever um diário é parecido com filmar, editar e montar tua própria vida e até os figurantes acreditam ser estrelinhas. Ninguém fica feliz: também há pessoas que ficam brabas quando as incluo. É bastante comum não se sentirem identificadas com seu papel ou personagem, e eu até simpatizo com isso. Ninguém gosta que lhe digam o que é, muito menos como parece ser. [...] Essa coisa do Diário já está me afetando no dia a dia, confesso que começa a me pesar. Às vezes, ao viver uma situação qualquer, me pergunto se ela seria material para o diário [...]. Assim, minha mente vai se desdobrando em duas direções: a realidade e a projeção da realidade em minhas anotações, o que vivo e o que imagino (a periferia do que vivo) (Pato, 2020, p. 296-297).

É bem verdade que os autores podem escrever sobre outras pessoas, embora – como veremos adiante – com certos limites. Conscientes de que não podem tudo, alguns chegam a incluir advertências em suas próprias obras, seja como uma explicação inocente, seja como justificativa para suas ações ou para afastar possíveis problemas legais que a publicação do texto poderia lhes causar.

Algumas afirmações são, como a própria autoficção, reconhecidamente ambíguas. Por exemplo, Natalia Ginzburg, depois de declarar real tudo aquilo que é contado em seu *Lessico familiare*, diz ao leitor que seu livro deve ser lido como um romance. Significa então que a leitura do texto deve ser orientada pelo pacto romanesco? Que o tratamento a ser dado ao texto é o de um relato ficcional?

Destaca a autora:

Neste livro, lugares, fatos e pessoas são reais. Não inventei nada: e toda vez que, nas pegadas do meu velho costume de romancista, inventava, logo me sentia impelida a destruir tudo o que inventara.

Os nomes também são reais. Ao sentir, escrevendo este livro, uma intolerância tão profunda para com qualquer invenção, não pude mudar os nomes verdadeiros, que me pareceram indissolúveis das pessoas verdadeiras. Pode ser que desagrade alguém encontrar-se deste modo, com seu nome e sobrenome, num livro. Mas quanto a isso não tenho nada a responder.

Escrevi apenas aquilo de que me lembrava. Por isso, se este livro for lido como uma crônica, será possível objetar que apresenta infinitas lacunas. Embora extraído da realidade, acho que deva ser lido como se fosse um romance: ou seja, sem exigir dele nada mais, ou a menos, do que um romance pode oferecer.

E nele há também muitas coisas que eu lembrava e que deixei de escrever; e dentre essas, muitas que diziam respeito diretamente a minha pessoa.

Não sentia muita vontade de falar de mim. De fato, esta não é a minha história, mas antes, mesmo com vazios e lacunas, a história de minha família. Devo acrescentar que, no decorrer de minha infância e adolescência, propunha-me sempre a escrever um livro que contasse sobre as pessoas que viviam, então, ao meu redor. Este, em parte, é aquele livro: mas só em parte, porque a memória é lábil, e porque os livros extraídos da realidade frequentemente não passam de tênues vislumbres e estilhaçou de tudo o que vimos e ouvimos (Ginzburg, 2018, p. 15-16).

Nesse trecho, podemos constatar como Ginzburg está ciente de que a presença de pessoas reais, com seus nomes e sobrenomes, pode provocar incômodo em algumas delas. Mas seu posicionamento se resume a afirmar, muito simplesmente, que em relação a isso não há o que ela possa fazer.

Por outro lado, a advertência da autora pode ser interpretada como uma declaração da autoficcionalidade do texto, na medida em que, apesar de sua intenção ser a de apresentar os eventos tal como aconteceram, ela tem consciência das enormes limitações dessa tarefa e da inconstância da memória. E isso se dá porque, se preenchidas essas lacunas da memória, talvez o futuro da história fosse diferente. Pode ser que o afastamento da realidade por omissão – ainda que involuntária – também produza como resultado uma autoficção.

Ao contrário de Ginzburg, autoras como Vivian Gornick decidem mudar não apenas os nomes, mas também os traços de identificação de quem transita em suas páginas (nas quais, por outro lado, fatos e acontecimentos se misturam). A autora nova-iorquina inicia *The odd woman and the city* com a seguinte nota: “Aviso ao leitor: todos os nomes e elementos de identificação foram modificados. Certos eventos foram reorganizados e algumas personagens e cenas são um amálgama de outras” (Gornick, 2018, p. 7).

Mas e se essa alteração de características não for suficiente? Se, apesar das boas intenções de Gornick, alguém descobrir quem é a pessoa de carne e osso que se esconde por trás da personagem?

Também não é incomum que os autores reconheçam explicitamente o componente ficcional de seu texto, seja essa ficção voluntária ou involuntária. Por exemplo, Amélie Nothomb – uma das mestras do gênero – começa a obra *La nostalgie heureuse* do seguinte modo:

Tudo o que amamos se converte em ficção. A primeira das minhas foi o Japão. Aos cinco anos, quando me tiraram de lá, comecei a contá-lo para mim mesma. As lacunas da minha história não demoraram a me deixar desconfortável. O que eu poderia dizer do país que julgava conhecer e que, com o passar dos anos, se foi afastando do meu corpo e da minha mente? Em nenhum momento decidi inventar. Aconteceu sem a minha intervenção. Nunca me ocorreu deslizar o falso para dentro do verdadeiro, nem disfarçar o autêntico com aparência de falsidade. O que você viveu deixa uma melodia em seu peito: é essa melodia que, por meio da história, nos esforçamos para ouvir. Trata-se de escrever esse som com os meios próprios da linguagem. Isso envolve recortes e aproximações. Podamos para expor a confusão que se apoderou de nós (Nothomb , 2015, p. 7-8).

Por sua vez, a já citada De Vigan expõe seus próprios dilemas e termina admitindo que produziu “uma ficção involuntária”:

No início, quando aceitei a ideia de escrever este livro, após uma longa e silenciosa negociação comigo mesma, pensei que seria fácil para mim introduzir ficção e que não teria qualquer escrúpulo para preencher lacunas. Quero dizer que, de certa forma, eu pensava ter total controle. Imaginava que eu seria capaz de construir uma história fluida e controlada, ou pelo menos um texto que estaria elaborado com segurança e firmeza e que faria sentido à medida que progredisse. Acreditava que poderia inventar, avançar, criar tensão, conduzir o assunto de um ponto a outro sem incidentes ou interrupções. Esperava poder manipular o material à vontade, e o que me aparece é a imagem, um tanto clássica, de uma massa, uma massa de torta como a Liane tinha me ensinado a fazer quando eu era criança, massa quebrada ou folhada, que eu amassava nas minhas mãos depois de juntar alguns ingredientes e antes de girá-la debaixo da palma da mão, esmagá-la com força ou até mesmo jogá-la no teto para ver como grudaria nele. Em vez disso, não posso tocar em nada. Em vez disso, parece que passo horas de mãos vazias, mangas arregaçadas até os cotovelos, envolta em um horrível avental de açougueiro, com medo de trair a história, de me enganar com as datas, os lugares, as idades; em vez disso, temo fracassar na construção da história exatamente como eu a havia planejado. Incapaz de me afastar completamente da realidade, produzo uma ficção involuntária, procuro o ângulo que me permite chegar mais perto, cada vez mais perto, procuro um espaço que não seja nem a verdade nem a fábula, mas ambas ao mesmo tempo (Vigan , 2012, p. 129-130).

De qualquer forma, como teremos oportunidade de verificar mais adiante, as advertências dos autores – independentemente da forma que assumam – não lhes concedem carta branca para, na sequência, escreverem o que quiserem sobre terceiros. Se os direitos da personalidade – em particular, a honra e a privacidade – forem violados, os protagonistas e as personagens involuntárias de uma autoficção poderão recorrer aos tribunais para obter a proteção de seus direitos.

Diante das possíveis reações adversas dos terceiros retratados, uma estratégia preventiva utilizada por alguns autores é mostrar o seu texto aos envolvidos antes da publicação, de forma que possam exercer o direito de veto ou de retificação sobre o que está sendo narrado. Mas o que aconteceria se posteriormente mudassem de ideia, se após terem dado sua aprovação passassem a se sentir ofendidos?

Mais: o que se pode dizer das proibições? É possível proibir alguém de escrever sobre algo ou alguém? Em seu livro *To show and to tell: the craft of literary nonfiction*, Phillip Lopate nos conta sua experiência a esse respeito:

quando, vários anos depois, publiquei meu segundo ensaio autobiográfico, [minha mãe] ficou chateada e disse que era tudo mentira. Eu perguntei a ela no que eu havia me enganado. Ela ficou em silêncio por um momento e disse que não era exatamente que eu tivesse mentido, mas que ela já não era mais aquela jovem que eu retratava e me perguntou por que eu tinha que continuar escrevendo sobre aquela época tão triste (minha infância). Me proibiu de escrever sobre ela novamente. Eu lhe disse que não ia respeitar a proibição, que ela já era uma personagem viva a quem eu poderia facilmente interpretar nas páginas e que não poderia lhe dar nenhuma garantia. Ela respondeu que iria à festa de lançamento do livro, mas que contaria a todos que eu era seu sobrinho, não seu filho (Lopate, 2017, p. 109).

Contudo, os retratados sempre poderão replicar, escrever um texto “em contra-ataque” que restaure sua imagem e ofereça ao mundo sua versão dos fatos. Foi isso que aconteceu após o êxito de *The inheritance*, escrito pela norueguesa Vigdis Hjorth. Na obra, a autora parte de uma disputa sucessória e termina revelando algumas questões familiares muito mais delicadas.

Apenas um ano depois, sua irmã Helga Hjorth publicou seu próprio livro: *Fri Vilje*⁸, em que a figura de sua irmã Vigdis não é muito favorável e no qual narra, entre outras coisas, a reação da família após a publicação de *The inheritance*. Ironicamente, o livro inicia com uma frase de sua irmã: “Certas mentiras são mais reveladoras dos pontos doloridos da vida do que todas as verdades enfadonhas do mundo”⁹.

Além de questões jurídicas, a autoficção suscita, muitas vezes, um debate ético de difícil solução: o que contar, sobre quem, como e até onde. Nesse sentido, traçar os limites da autoficção – limites, por outro lado, sempre difusos – é muito complicado. De tal modo que, talvez, diante da ausência de mapas para nos guiar, possamos apenas recorrer ao conselho contundente de Philip Lopate:

1. Faça amizade apenas com pessoas pobres, para que elas não possam contratar nenhum advogado com intuito de processá-lo.
2. Se você está pensando em escrever sobre a amizade, faça muitos amigos, porque você está fadado a perder alguns.

⁸ A única tradução que as autoras deste texto encontraram dessa obra foi a da edição inglesa intitulada *Free will* (publicação independente, 2021). No entanto, a versão do título do livro para o espanhol seria *Livre arbítrio*.

⁹ "Certas mentiras revelam mais as mazelas da vida do que todas as monótonas verdades do mundo".

3. Pelo mesmo motivo, tente vir de uma família muito numerosa (Lopate , 2017, p. 111).

3 AUTOFICÇÃO E DIREITO À CRIAÇÃO LITERÁRIA

3.1 O Direito que surge da Literatura

Se todos os autores seguissem o primeiro dos conselhos de Lopate¹⁰, nossa análise não iria muito além do que foi descrito até agora. Mas, para a desgraça dos autores que podem vir a ser "protagonistas" de litígios, são vários os casos em que têm ocorrido disputas judiciais entre o direito à criação literária de alguns – os escritores e escritoras de autoficção – e os direitos de personalidade de outros – os retratados, personagens mais ou menos reais que, eventualmente, se sintam incomodadas com a representação de sua pessoa nas obras.

A partir dessa perspectiva, ou seja, de prejuízo dos direitos de terceiros em razão do que é narrado em uma obra literária, nos situamos no campo do *Direito e Literatura*. Especificamente, no que acreditamos ser um terceiro ramo, diferente dos dois mais estudados: a saber, a análise da representação do sistema jurídico na ficção literária – *Direito na Literatura* – e a aplicação da metodologia da teoria literária a textos jurídicos – *Direito como Literatura*¹¹. Na perspectiva adotada aqui, trata-se, diferentemente, do estudo de questões jurídicas que *decorrem* da obra literária: não da relevância que uma obra confere ao mundo jurídico, mas das consequências jurídicas originadas por aquilo que é contado pelo autor ou autora, pois poderia impactar nos direitos de terceiros. Encontramos essa terceira via, embora com nuances, naquilo que Posner qualificou como *Direito da Literatura*, que incluiria questões de direitos autorais, mas também de "difamação por meio da ficção".

"Defamation by Fiction" é o termo que o juiz e professor R. A. Posner utilizou para se referir às questões que dizem respeito ao chamado direito à privacidade e suas possíveis interferências (por meio do "tort of invasion of privacy" [*delito de invasão de privacidade*]) pelos autores de ficção (Posner, 2009, p. 511-517). De outro ponto de vista, Falcón e Tella (2015, p. 25-26), entende que uma das modalidades de regulação legal do processo literário é aquela que decorre da criatividade, podendo ensejar ações de proteção à privacidade em sentido amplo – ações que hoje já são civis, mas que em seus primórdios eram penais.

¹⁰ Embora se deva salientar que, mesmo sem meios para contratar um advogado, haveria sempre a possibilidade de requerer o benefício da justiça gratuita, uma vez que estaremos diante do exercício dos próprios direitos (os da personalidade da pessoa retratada) e perante uma pretensão, como veremos, defensável, de modo que são atendidas as exigências legais para requerer o referido benefício.

¹¹ Recentemente, esses ramos do *Law and Literature* foram resumidos por Garcia Rubio (2020, p. 206-207), em um livro cujos textos se situam no primeiro dos referidos ramos.

Em nossa tradição jurídica, essa discussão costuma ser enquadrada no âmbito dos direitos fundamentais: na disputa entre, de um lado, o direito à produção e criação literária e, de outro, os direitos de personalidade daqueles que eventualmente apareçam retratados nas obras

3.2 A liberdade de criação literária do artigo 20.1.b) CE e algumas notas comparativas

Partindo da nossa concepção de autoficção como uma história não só do “eu”, mas também do “nós”, e da pergunta que nós explicitamos, alguns parágrafos acima, sobre a eventual existência de um direito de contar algo que envolva a vida e privacidade de outras pessoas, devemos agora analisar a natureza e o conteúdo de tal direito.

Contar a própria vida, e também a dos “outros”, é protegido pelo direito à criação artística, que em princípio abrangerá tal pretensão. Estamos perante um direito que se encontra amparado no mais alto nível do ordenamento jurídico espanhol, no artigo 20.1 b) da Constituição Espanhola (doravante, CE). O direito fundamental “à produção e à criação literária, artística, científica e técnica” foi introduzido com a ideia de proteger os direitos autorais e a propriedade intelectual, mas sua redação final, mais ampla, implicou a criação de novo direito fundamental, abrangendo a liberdade de criação pacífica e sem interferências. Dessa forma, as atividades inovadoras são preservadas como um valor para o progresso coletivo da sociedade (Urías Martínez, 2018, p. 617).

É curiosa a menção que o CE faz, expressamente, à criação que aqui nos interessa: a literária. Poderia ter, simplesmente, indicado a criação artística, que já inclui as expressões literária, pictórica, musical, cinematográfica e outras tantas formas de manifestação da arte. É, talvez, devido à enorme tradição de que a literatura goza como manifestação artística capaz de exprimir histórias, ideias e fatos com grande concretude, que a forma de criação contemplada no art. 20.1 b) CE foi a literária, e não a de qualquer das outras artes.

Essa especificidade facilita a necessária diferenciação entre os tipos de discurso protegidos pelo art. 20.1 CE: o *apartado*¹² a), protetor da liberdade de expressão; o agora analisado *apartado* b), referente à liberdade de criação; o *apartado* c), sobre a liberdade acadêmica; e o *apartado* d), relativo à liberdade de informação. No campo jurisprudencial¹³, foi a STC 51/2008, de 14 de abril (RJ 2008/51), sobre o romance *Jardín de Villa Valeria*, do escritor Manuel Vincent, que assegurou, definitivamente, a autonomia do direito à criação

¹² N. do T. – Tipo de divisão que não encontra correspondência nos textos do ordenamento brasileiro.

¹³ N. do T. – As siglas apresentadas na sequência designam, respectivamente, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Repertorio de Jurisprudencia (RJ) e Fundamento Jurídico (FJ).

artística sobre as outras liberdades do art. 20.1 CE. Recentemente, a autonomia efetiva do referido direito tem se difundido nas diferentes instâncias judiciais espanholas:

Embora por vezes o próprio Tribunal Constitucional se esqueça de sua consagrada doutrina, como acontece na STC 81/2020, de 15 de julho (RJ 2020/81), que em seu FJ 16 postula que “a liberdade de produção e criação literária e artística reconhecida pelo art. 20.1 b) CE é uma concretização do direito fundamental à liberdade de expressão, apesar de seu âmbito de proteção próprio”. Ademais, ainda não foi consagrada a autonomia desse direito na jurisprudência do TEDH, que chama a atenção não apenas por não analisar questões que digam respeito às criações artísticas fora dos limites da liberdade de expressão do art. 10 CEDH, mas também por se mostrar bastante restritivo no que diz respeito à liberdade criativa – talvez, precisamente, porque aplica praticamente os mesmos cânones que à liberdade de expressão. Vejam-se, entre outros, o caso *Karatas v. Turquia* (23168/94), STEDH de 8 de dezembro de 1999, em que um escritor é condenado por alguns poemas “que poderiam incitar os leitores ao ódio”; ou a questão *Almeida Leitao Bento Fernandes v. Portugal* (825790/11), STEDH de 12 de março de 2015 (JUR 2016\202747), em que uma autora portuguesa é condenada pelos tribunais portugueses – decisão posteriormente confirmada pelo TEDH – por difamar, em um romance, vários membros de sua família que são políticos. Por outro lado, é perceptível, entre a doutrina espanhola, a influência de vozes clássicas que tradicionalmente situaram a liberdade de criação como parte das liberdades de expressão e informação (Díez-Picazo, 2005, p. 345).

Porém, talvez por desconhecimento dessa feliz singularidade da CE, além de existirem poucas sentenças que mencionam a liberdade de criação literária – sequer para diferenciá-la da liberdade de expressão ou de informação, que serão preferencialmente aplicadas quando estivermos diante de um “romance jornalístico”¹⁴ –, também são poucos os estudos doutrinários sobre o tema.

Singularidade que partilhamos com Portugal, visto que o art. 42.1 de sua Constituição de 1976 dispõe que a criação intelectual, artística e científica será livre e específica, em sua segunda seção, que essa liberdade compreende o direito à “invenção, produção e difusão de obras científicas, literárias ou artísticas, incluindo a proteção legal dos direitos autorais”. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, as Cartas Magnas têm um artigo dedicado à proteção da criação artística, embora sem especificar, como no caso espanhol e português, a criação literária; no ordenamento chileno, por exemplo, está sendo aguardada a aprovação de nova redação do parágrafo primeiro do artigo 19, seção 25 de sua Constituição Política, que se destina a regular “a liberdade de criar e divulgar as artes”, entre as quais se encontra a literatura, embora essa não seja expressamente mencionada (Vial Solar, 2004).

De modo sintético, diremos que a finalidade de cada discurso será a base para, em princípio, nos fixarmos em um ou outro direito. Se a finalidade predominante for a de expressar uma opinião, estaremos perante o direito à liberdade de expressão; se for para comunicar fatos, iremos recorrer à liberdade de informação; se for para que o professor transmita livremente o conhecimento, estaremos diante da liberdade acadêmica; e se for para

¹⁴ Isso é o que entendemos estar acontecendo no *Caso Nacho Carretero*, que iremos expor adiante.

criar uma realidade nova, usando determinada linguagem estética, deveremos nos mover no âmbito da liberdade de criação artística. Desnecessário dizer que todos esses discursos estão sujeitos a certos limites, sendo comum a todos eles "o respeito [ao] direito à honra, à privacidade, à própria imagem" (art. 20.4 CE). O cerne da questão situa-se na diferente ponderação que se deve desenvolver entre a liberdade que está em jogo e os direitos da personalidade, ponderação que irá variar em função dos critérios a serem aplicados a cada liberdade; por exemplo, o critério da veracidade não seria, em princípio, aplicável a um texto ficcional.

Além de serem poucos os estudos sobre o direito de criação, assume relevância a dificuldade de se estabelecer um conceito jurídico de arte, pois, caso existisse, sem dúvida ajudaria a delimitar seus contornos. Uma vez que tal conceito não existe – nem deveria, já que as próprias artes se encarregariam de, imediatamente, criar a sua antítese – e uma vez que analisar a ideia de arte seria tema para vários trabalhos acadêmicos, nos limitaremos a afirmar que sua proteção jurídica decorre de uma necessidade criativa intrínseca à condição humana, como parte do livre desenvolvimento de sua personalidade. Necessidade que é reforçada pela importância que tem, para uma sociedade democrática, a liberdade por meio da Cultura, manifestando-se não só pelo direito de criar cultura, mas também, numa perspectiva passiva, pelo direito de acesso à cultura criada por outros cidadãos¹⁵.

A doutrina constitucional comparada – veja-se, por exemplo, a alemã – também admite que os limites da garantia constitucional da liberdade artística e seu detalhado significado não podem ser definidos por meio de um conceito geral que seja igualmente válido para todos os gêneros artísticos. Mas isso não os isenta da obrigação constitucional de decidir, em cada caso concreto, se estão cumpridos os requisitos do § 5 (3) inciso 1 GG ("A arte, a ciência, a pesquisa e o ensino são livres"), que os vinculam a determinado tipo de expressão artística. Em todo caso, trata-se de obra de arte quando estivermos diante de uma elaboração criativa e livre, em que as impressões, experiências e aventuras do artista se concretizam por meio de uma linguagem com forma bem específica, deixando claro que, para proteger a autodeterminação artística, deve-se assumir um conceito amplo de arte. Assim, se o autor de uma obra literária descreve eventos reais e/ou pessoas existentes, sua inclusão ou não no conteúdo desse parágrafo da Lei Fundamental dependerá de como ele modela artisticamente a realidade ou cria nova realidade estética: seria indubitável sempre que o autor misture descrições reais e fictícias e não pretenda

¹⁵ Para aprofundar o conceito de Cultura e sua relevância constitucional, sugere-se o texto de Roca Trías (2020). Para aqueles que quiserem ter um rápido acesso às concepções mais empregadas no que concerne à essência da arte, sugere-se a leitura de Urías Menéndez (2020, p. 347-348), de García Rubio (2014, p. 417-419) e dos autores por eles citados. Para o primeiro, a proteção especial se deve à capacidade de elevação intelectual, ao impulso inovador que se manifesta na criação de uma obra com valor reflexivo transcendente; para a segunda, o valor crítico da arte poderia ser suficiente para considerá-la como tal.

correspondência com determinada realidade. Por outro lado, se o texto se limita à descrição, em estilo jornalístico, de acontecimentos reais e sem um nível subliminar ao realista, não se enquadraria no âmbito da aplicação do artigo 5 (3), inciso 1 GG (*Bundesgerichtshof*, 15/09/2015 - VI ZR 175/14, de 15 de setembro de 2015, § 36)¹⁶.

Como explicamos no início desta seção, a doutrina firmada pelo Tribunal Constitucional espanhol há pouco mais de uma década também considera o conceito autônomo da liberdade de criação literária com base em premissas tanto formais (analisando se o texto adota alguma forma literária, por exemplo, o romance) quanto materiais (aplicando os limites da lei a partir da perspectiva ficcional, deixando de lado o critério da veracidade). Partindo de tais premissas, procuraremos fazer, agora, um apanhado dos pronunciamentos mais destacados, tanto do Tribunal Constitucional quanto do Supremo Tribunal e de alguns Tribunais Provinciais, relacionados à liberdade de criação literária.

4 FICÇÃO, AUTOFICÇÃO E REPORTAGENS: ANÁLISE EM TRÊS NÍVEIS

4.1 A STC 51/2008, o *Caso Manuel Vincent*

A obra literária que protagoniza a STC 51/2008 pode ser enquadrada, *grosso modo*, no gênero da autoficção. Ou melhor, como definido por certo especialista, contém “uma forma de ambiguidade que algumas autoficções costumam utilizar para se inserirem, de modo inequívoco, no campo literário com letras maiúsculas” (Alberca, 2008, p. 200). O próprio autor autodefine o gênero em que pretende inserir a sua obra, afirmando: “Não se deve escrever sobre o que se viveu, mas sobre aquilo que se experimentou. Se alguém escreve suas vivências, torna-se protagonista; por outro lado, quando escreve sobre experiências, o escritor torna-se um meio” (Vicent *apud* Alberca, 2008, p. 201-202). Essas premissas são importantes para se compreender o motivo da fundamentação do tribunal, que, já adiantamos, protegeu o escritor.

O trecho do romance *Jardín de Villa Valeria* que deu origem a um processo contra seu autor, Manuel Vicent, foi a seguinte:

Sob os pinheiros havia jovens que mais tarde se tornariam famosos na política. O líder do grupo parecia ser Pedro Ramón M., filho de María M., um cara que sempre atuava de forma brilhante. Era catedrático de engenharia industrial em Barcelona, além de militante declarado do PSOE. Tinha quatro fobias obsessivas: os homossexuais, os poetas, os padres e os catalães. Também usava uma tanga vermelho-sangue, muito justa nas partes íntimas. Costumava excitar-se com jogos eróticos, sob os pinheiros, com as mulheres de seus amigos para depois poder funcionar com a sua como um galo.

¹⁶ Trata-se do caso de um livro escrito por um professor que, segundo o tribunal alemão, não encontra amparo na liberdade criativa do § 5 (3) inciso 1 GG, por consistir em um relato puramente fático, no qual se apresentam reclamações contra o sistema educacional e se referem apenas eventos que efetivamente aconteceram. O dano aos direitos de personalidade da retratada – agravado pelo fato de se tratar de uma menina de 12 anos, cujo desenvolvimento da personalidade é ainda mais suscetível – eram mais dignos de proteção do que o direito do réu de relatar tais fatos.

Diante dessas palavras, a viúva do homem que é referido no trecho citado ajuizou ação judicial sob o fundamento de que estariam sendo violadas a honra e a intimidade pessoal e familiar de seu marido (*rectius*, haveria dano à memória do falecido, em razão do ataque à sua honra e privacidade). Em primeira instância, a pretensão foi julgada improcedente, pois se considerou que se tratava do excerto de um romance que narrava acontecimentos fictícios. No entanto, em sede de recurso, considerou-se que tais alusões ao retratado eram desnecessárias para a finalidade criativa do texto, condenando-se o escritor e a editora a indenizarem a viúva, além de suprimirem as alusões a ele no referido romance, e a publicarem a decisão judicial em um jornal com circulação nacional. Após apelação, a Câmara Cível do Supremo Tribunal (STS 822/2004, de 12 de julho, RJ 2004/4670) reafirma a decisão da primeira instância, por entender que o parágrafo citado não promove uma interferência ilegal no direito à honra, uma vez que “não há desqualificação, demérito ou vexame da pessoa referida, com entidade suficiente para ser considerada atentatória juridicamente e constitutiva de responsabilidade civil: no texto, o que mais se destaca é o caráter de líder da personagem e seu jeito brilhante. Outros extremos, mais secundários, como suas fobias e seus jogos eróticos, não podem ser considerados objetivamente como atentados à honra”. Apesar de concordar com esse raciocínio, entendemos que o Supremo Tribunal errou ao enquadrar a sua análise no âmbito das liberdades de expressão e de informação, erro que, felizmente, o Tribunal Constitucional resolve com a adequada delimitação dos direitos em conflito e do seu âmbito específico de proteção.

Assim, a STC 51/2008 de 14 de abril (RTC 2008/51) enfrenta a realidade constitucional do “literário” após a necessária advertência dos órgãos inferiores no início do seu FJ 5: “Embora não se tenha reconhecido expressamente, nem na decisão recorrida nem em nenhum dos pronunciamentos anteriores, é evidente do ponto de vista constitucional, como aponta o Ministério Público, que o texto objeto do litígio constitui um exercício do direito fundamental à produção e criação literária”. Assim, o Tribunal Constitucional, utilizando um critério formal, entende que se trata de um romance que já conta com várias edições, o que “permite enquadrá-lo, sem qualquer dúvida, nesse direito fundamental específico, reconhecido na alínea b) do art. 20.1 CE, juntamente com a produção e criação artística, científica e técnica”. Conclui que “a constitucionalização expressa do direito à produção e criação literária lhe confere um conteúdo autônomo que, sem excluí-lo, vai além da liberdade de expressão”¹⁷.

¹⁷ Na jurisprudência menor, encontramos casos como o da SAP de Murcia (1ª Seção), 184/2020, de 29 de julho (JUR 2020/308457), em que ao escolher entre o direito à liberdade de informação e o direito à criação literária, este último é escolhido empregando um critério formal, uma vez que o texto que se alegava ser ofensivo à honra de uma pessoa estava localizado na seção de entretenimento de um veículo de comunicação, dentro da subseção “histórias de verão”, o que, somado ao conteúdo do texto em si, deixou claro que não se tratava de um artigo de opinião ou de crítica política, mas de uma ficção literária, ainda que com conteúdo político de fundo.

Quanto aos critérios materiais, em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional assinala que a criação literária dá origem a uma nova realidade que não corresponde à realidade empírica, razão pela qual o critério de veracidade não pode ser transferido para esse escopo. Assim, o objetivo principal desse direito é proteger a liberdade do próprio processo criativo literário, mantendo-o imune a qualquer forma de censura prévia (art. 20.2 CE) e protegendo-o de qualquer interferência ilegítima proveniente dos poderes públicos ou de particulares. Como em qualquer atividade criativa, que por definição é uma extensão do próprio autor e na qual se mesclam suas próprias impressões e experiências, a criação literária faz nascer uma nova realidade, que se forja e se transmite por meio da palavra escrita, e que não se identifica com a realidade empírica. Assim, não é possível transferir, para o âmbito da criação literária, o critério da veracidade, que define a liberdade de informação, ou o critério da relevância pública das personagens ou eventos narrados, ou, ainda, o da necessidade da informação para promover a formação de uma opinião pública livre.

Em segundo lugar, trata-se, para o Tribunal Constitucional, de um direito que, embora limitado por outros direitos fundamentais com os quais pode entrar em conflito, notadamente os mencionados no art. 20.4 CE (honra, privacidade, imagem própria, proteção da juventude e da infância), isso não significa que lhe possam ser aplicados outros limites, como "bom gosto ou qualidade literária", critérios que vinham sendo utilizados em sentença do Tribunal Provincial, ao considerar violado o direito à honra, e que são acertadamente afastados pelo Supremo Tribunal.

Por fim, depois de analisar mais duas questões que não iremos aprofundar – como a legitimidade para recorrer em tais caso, e a delimitação específica das penas a serem imputadas à violação –, o Tribunal acaba por concluir que prevalece a liberdade de criação literária, uma vez que não há demérito à consideração dos outros, pois é um trecho isolado que não pode ser retirado do contexto geral da obra.

A esses dois critérios do Tribunal Constitucional, convém acrescentar outros que já começam a ser aplicados pela jurisprudência menor e que se mostrarão fundamentais quando se trata de romances de autoficção. Como veremos adiante, eles se referem à percepção da realidade que um leitor médio pode ter ao ler um romance, bem como à possibilidade e forma de identificar a pessoa real nos textos literários.

4.2 A STS 50/2017, o Caso Lucía Etxebarria

Na STS (Câmara Civil, 1ª Seção) 50/2017, de 27 de janeiro (RJ 2017/369), discute-se a utilização que a escritora Lucía Etxebarria fez de seu blog pessoal para criticar a diretora de um programa de televisão do qual a própria escritora havia participado. A escritora a responsabilizou por sua má experiência no programa e, para expor essa crítica pessoal, revelou

dados íntimos relacionados à vida privada da diretora (que havia feito um aborto e que usava drogas) e sua vida familiar (a doença do marido e suas recorrentes internações por motivos psiquiátricos).

Estas são algumas das frases publicadas no blog:

paguei um aborto para essa senhora (e se ela quiser me processar, processe, tão simples quanto ir ao Dator, procurar o nome dela nos registros e verificar quem a acompanhou e quem pagou);
 ela sabia que eu estava desesperada, sabia que precisava de dinheiro. Eu comi com ela, até expressei minhas dúvidas. Ela me enganou;
 Essa senhora não dá a mínima para como eu estou. Ela aparece no seu perfil do Facebook tão feliz, bebendo, empolgada por estigmatizar uma mulher como "louca" e agredir alguém sob o (falso) pretexto de que tem uma doença mental, apesar de o pai de seus filhos estar, há anos, internado em um hospital psiquiátrico de Barcelona, de onde entra e sai como quem passa por portas giratórias, acometido, segundo ela, por transtorno bipolar. [...] Minha suposta amiga não é a maior filha da puta que conheci porque já conheci muitas. Na verdade, é muito boba. Não é culta, nem espirituosa, nem esperta. Mas o mal é banal, como já disse Ramona [...];
 Da mesma forma, essa garota, com aparência banal, frívola, em nada particularmente inteligente e tampouco aparentemente perigosa, pode arruinar a vida de uma mulher que a ajudou quando ela mais precisava, sem que seu coração se abale, e continuar sua vida tão feliz, bebendo seus drinks, colocando suas carreiras, de farra em farra. Ela já conseguiu o dinheiro de que tanto necessitava. Como ela conseguiu, não importa.

Embora a escritora argumentasse que seus textos se enquadravam no gênero autoficção e que se tratava de uma crítica dirigida aos programas televisivos do tipo *reality shows*, o Supremo Tribunal não entendeu dessa forma e condenou Lucía Etxebarria a pagar uma indenização à diretora por violação de seus direitos à honra e privacidade. Assim, decide o tribunal que

não há o menor indício da criação de uma realidade nova e imaginária a partir de fatos ou personagens reais, muito menos fictícios, nem se verifica qualquer interesse cultural relevante que pudesse justificar os ataques pessoais à demandante ou a divulgação de informações sobre sua vida privada com finalidade de criação literária no gênero da "autoficção" ou da "narrativa de não-ficção", pois a demandante não era conhecida por sua participação na vida pública do país e tampouco tinha qualquer relevância além de sua condição de profissional da mídia como diretora do programa.

A questão que nos interessa destacar desse caso é que, embora a escritora argumente que foi violado seu direito à produção artística e literária, o direito fundamental alegado é o da expressão – art. 20.1.a) CE, incluindo também o de informação, ainda que sem menção do apartado d) do preceito. É o Supremo Tribunal que no seu FD 4º enquadra a petição da escritora no artigo 20.1.b) CE e esclarece sua natureza autónoma. Tal autonomia já havia sido defendida pelo Supremo Tribunal – seguindo a anterior doutrina do Tribunal Constitucional, acima mencionada – na STS 441/2014, na qual afirma que “Embora em alguns textos internacionais sobre direitos humanos não se reconheça esse direito [à produção artística e

literária] como um direito autônomo em relação às liberdades de expressão e informação, no ordenamento jurídico espanhol trata-se de um direito autônomo”¹⁸.

No entanto, e aqui reside o cerne da questão, o Supremo Tribunal reconhece que certas obras literárias são baseadas em eventos reais e que é possível reconhecer pessoas reais nas personagens do romance, o que pode gerar problemas: em primeiro lugar, no que diz respeito à honra dessas pessoas; e, em segundo lugar, em que poderiam concorrer certos traços próprios da liberdade de expressão e informação. Assim, pode-se ter, nessas obras, maior ou menor preponderância das exigências de uma ou de outra liberdade (de expressão, de informação ou de criação literária).

Será preciso levar em conta, por um lado, a possibilidade ou não de o leitor reconhecer os acontecimentos narrados no romance e as pessoas a quem correspondem as personagens da obra e, por outro lado, qual o tratamento predominante: se o criativo ou, pelo contrário, o fidedigno, de tal modo que o leitor possa avaliar se existe maior ou menor distanciamento da realidade. Essa tensão entre uma e outra percepção é o que pode levar à exigência ou não de aplicar o cânone da veracidade.

Assim, o Supremo Tribunal conclui que

embora o leitor possa reconhecer fatos ou pessoas reais no texto literário, o que é decisivo para julgar o conflito pela ótica da liberdade de criação artística e literária, em que o cânone da veracidade é irrelevante, ou pela ótica da liberdade de informação, em que tal cânone é um requisito essencial do qual depende a legitimidade da interferência, é que se verifique que o texto realmente deu origem a uma nova realidade, não identificada com a realidade empírica, na qual se deu um tratamento mais criativo do que fidedigno aos fatos ou pessoas reais em que a obra se baseia.

Portanto, nesse caso, em que a escritora narrou essencialmente acontecimentos reais nos quais predominava a sua opinião crítica sobre uma pessoa – a diretora do programa –, não se viu “o menor indício de criação de uma nova realidade imaginária a partir de fatos reais ou de personagens reais, menos ainda personagens fictícios, nem se vê qualquer interesse cultural relevante” que pudesse justificar os ataques à honra da apresentadora. Por essa razão é que o

¹⁸ STS (Câmara Cível, 1ª Seção) 441/2014, de 29 de julho (RJ 2015/4833). Em resumo, os fatos do caso foram os seguintes: em 1980, houve o assassinato de um casal pertencente à aristocracia espanhola. Disso resultou que o genro do casal fosse condenado como autor do crime e, posteriormente, outra pessoa, como cúmplice. Quase trinta anos depois, em 2009, a RTVE transmitiu, na série televisiva "La huella del crimen", um capítulo intitulado "O crime dos Marqueses de U.", precedido de um documentário sobre os fatos, em que foram explicados os detalhes do crime, tal como resultavam das declarações feitas aos meios de comunicação por pessoas relacionadas ao caso. No documentário era explicado que o condenado havia mudado seu depoimento para incriminar os filhos do casal assassinado. Também apareciam imagens de declarações públicas dos referidos filhos negando as imputações que lhes eram dirigidas. O capítulo em questão encenou dramaticamente tais acontecimentos, inclusive ditas acusações, embora, na sequência, concluísse com a condenação do principal suspeito. O filho mais novo do casal assassinado processou a RTVE e a produtora PCPC S. A. por considerar que a transmissão do referido capítulo tinha sido feita de forma a implicar uma interferência ilegal na honra do demandante ao apresentá-lo como o autor intelectual ou indutor e colaborador necessário no assassinato de seus pais. Tanto o Tribunal de Primeira Instância quanto o Tribunal Provincial de Madrid negaram provimento ao pedido. O Supremo Tribunal não deu provimento ao recurso.

Supremo Tribunal deixou de aplicar o critério do artigo 20.1.b) CE e decidiu aplicar o da liberdade de expressão, em que – partindo de fatos considerados verdadeiros e de juízos de valor que a escritora emite sobre a diretora – se verifica haver, efetivamente, um ataque à sua honra que não pode ser justificado com a suposta natureza literária do texto.

4.3 A STS 29/2021, o Caso Nacho Carretero

No caso recentemente elucidado pela STS (Câmara Civil, 1ª Seção) 29/2021, de 25 de janeiro (RJ 2021\121), a controvérsia surge porque na obra *Fariña*, do escritor e jornalista Nacho Carretero, são feitas menções às disputas de tráfico de drogas do ex-prefeito de uma cidade galega, o que o motiva a entrar com uma ação em defesa de sua honra. Um dos trechos questionados foi este:

Conforme contou anos depois, "o Piturro" entregou os 300 quilos que tinham salvado a "três rapazes que não eram galegos". Eles colocaram a carga em um carro e foram embora dali. O carro, como a investigação descobriria anos depois, estava no nome de Bernabé, prefeito de O Grove, filiado ao PP (mais um) e processado em 2001 por uma remessa de duas toneladas de cocaína.

Como se vê, o livro *Fariña* trata da história do narcotráfico galego. Portanto, não podemos mais enquadrá-lo no gênero da autoficção. Outra questão é se podemos qualificá-lo como romance, razão pela qual consideramos apropriada uma breve análise do caso, a fim de continuarmos delineando o direito à criação literária.

Em síntese, o Supremo Tribunal entende que se está diante de um livro de interesse geral e de relevância pública, no qual são justificadamente comunicados eventos suscetíveis a controvérsia, o que seria “expressão do direito e da liberdade de informação”. Portanto, para ponderar os direitos em jogo, utiliza os critérios atinentes ao direito à liberdade de informação: interesse na informação comunicada e veracidade na transmissão da informação, cujos erros ou inexatidões circunstanciais não afetem a essência do que foi transmitido¹⁹. Então,

A liberdade de informação e expressão prevalece porque, sem acrescentar qualificações injuriosas ou desnecessárias, ao expressar suas avaliações sobre as relações entre o mundo do narcotráfico e a política e sobre o clima social de tolerância para com a cultura herdada do contrabando de tabaco, o Sr. Conrado mencionou o demandante para ilustrar como alguns políticos, depois de denunciados, processados e até condenados, concorreriam às eleições e obtinham apoio popular. Isso, tal como já avaliado em reflexões nos *apartados* anteriores, não eram invenções nem se baseava em simples boatos desprovidos de verificação, pelo contrário, tivera os respaldos que já foram expostos (FJ 6º, *punto* 6).

¹⁹ Parte do argumento utilizado pelo referido ex-prefeito para sua defesa é que “falta o requisito fundamental de veracidade nas informações divulgadas, uma vez que a absolvição [do prefeito] foi deliberadamente omitida dos fatos relatados no livro *Fariña*”.

Nos parece que faltaria, pelo menos, uma alusão ao art. 20.1 b) CE, explicando o porquê do enquadramento no âmbito da liberdade de informação, e não no da liberdade de criação, pois a verdade é que estamos, ainda assim, perante um ensaio literário. O próprio Supremo Tribunal reconhece, no seu FJ 6º, que a menção ao ex-prefeito “se enquadrava num *relato* sobre a história do narcotráfico galego”.

Na verdade, acreditamos que encontraria amparo no art. 20.1.b) CE tanto por tratar-se de liberdade de criação literária quanto também que poderia ser enquadrado como liberdade de criação científica, em sua modalidade de investigação histórica. A STC 43/2004, de 23 de março (RTC 2004/43), estabelece que a interferência no direito à privacidade de uma pessoa pode ser justificada quando assim o exigir o interesse geral à formação de uma consciência histórica adequada à dignidade dos cidadãos de uma sociedade livre e democrática. Desse modo, de acordo com o Tribunal Constitucional, a liberdade científica – especificamente, o debate histórico – goza de maior proteção, na CE, do que a liberdade de expressão e informação, pois enquanto estas dizem respeito a eventos atuais protagonizados por pessoas do presente, aquela sempre se refere a eventos do passado e protagonizados por indivíduos cuja personalidade foi necessariamente se diluindo, em consequência da passagem do tempo. De fato,

só assim é possível a pesquisa histórica, que é sempre, por definição, polémica e discutível, pois se constrói em torno de afirmações e juízos de valor cuja veracidade objetiva não pode ser alcançada com plena certeza, visto que essa incerteza inerente ao debate histórico representa o que este tem de mais valioso, respeitável e digno de proteção pelo papel essencial que desempenha na formação de uma consciência histórica adequada à dignidade dos cidadãos de uma sociedade livre e democrática (FJ 5º).

No entanto, acreditamos que o romance *Fariña* refere alguns eventos de matiz histórico-jornalístico, mas eles são narrados em estilo literário. Assim, embora nesse caso a tensão com o direito à honra não se constitua em razão do gênero da autoficção, ela resultará do fato de ser um romance baseado em fatos reais, o que permite caracterizar a liberdade de criação literária. Por isso acreditamos ser possível argumentar também que estamos diante de um tipo de discurso protegido pela transformação estética dos fatos, nesse caso da história do narcotráfico galego; e, sendo fatos verídicos, menos ainda haverá problema com relação aos direitos da personalidade do retratado – sempre e desde que haja proporcionalidade no que foi contado, sem desqualificações gratuitas e acusações vexatórias. Se, por outro lado, não fossem fatos verídicos – o que não ocorre no presente caso, já que o tribunal reconhece serem os dados relativos ao prefeito extraídos de declarações prestadas por ele mesmo e de fatos comprovados –, caberia a ponderação, como se realizou na STC 51/2008, no caso da novela

Jardín de Villa Valeria, para determinar se há ou não violação dos direitos de personalidade do retratado.

5 O ESCOPO DAS "CLÁUSULAS DE FICÇÃO" E DOS "ACORDOS" QUE SEJAM ESTABELECIDOS ENTRE O ESCRITOR OU ESCRITORA E AS PESSOAS REPRESENTADAS

5.1 As “cláusulas de ficção” inseridas em algumas obras literárias

Além dos critérios que levam em conta a veracidade do que é narrado, bem como da possível identificação dos retratados, devemos considerar, também, a relevância (ou irrelevância) das advertências apresentadas por alguns escritores. Conforme aludido na segunda seção deste trabalho, estamos nos referindo ao fato de haver casos em que os autores procuram inserir, em suas obras, certas cláusulas que dizem "que tudo o que foi narrado é ficção" ou definem, muito ambigualmente, o gênero literário em que pretendem situar a obra.

A jurisprudência alemã, em consonância com o caso sobre o romance *Esra*, do escritor Martin Biller – que alertava que todas as personagens e eventos eram fictícios e que a história não era baseada em fatos reais –, tem entendido que essas cláusulas são insuficientes para modificar a impressão do leitor sobre as representações realistas de pessoas reais (BvR 1783/05, de 13 de junho de 2007, “Caso Esra”). Ou seja, se o leitor conseguir identificar personagens e eventos, a posterior ficcionalização da trama não irá ajudar, a menos que o leitor tenha condições de distinguir, claramente, realidade e ficção, pois estará sempre se perguntando se o que está narrado é realidade ou não (Clark, 2008, p. 221-224). Embora anteriormente, em decisão de 1971 (BVerfGE 30, 173, de 24 de fevereiro de 1971, “Caso Mephisto”), sobre o romance *Mephisto*, de Hendrik Höfgen, os tribunais alemães tenham alertado sobre a necessidade de que a quantidade de leitores que pudessem identificar as pessoas reais por trás das personagens fictícias não fosse insignificante, no caso *Esra* eles foram além, afirmando ser suficiente que amigos e pessoas próximas pudessem identificar a pessoa real para serem infringidos os direitos da personalidade.

No livro *Los últimos días de Adelaida García Morales*, da escritora Elvira Navarro, é inserida uma dessas cláusulas, estabelecendo que tudo nele narrado é ficção. Seguindo a doutrina alemã, essa cláusula não produziria qualquer efeito, pois a identificação da personagem com a pessoa real, a escritora Adelaida García Morales, é total, até mesmo pelo uso de seu próprio nome. Portanto, se o caso fosse a juízo, os efeitos da cláusula seriam mais

do que discutíveis, sobretudo se levarmos em conta que, no final do livro, consta uma lista das fontes consultadas (Ammerman Yebra, 2016, p. 167-171)²⁰.

Essas cláusulas chegaram a ser avaliadas, por alguns estudiosos, como prejudiciais ao escritor que as insere, pois em alguns casos poderiam demonstrar um desejo expresso de prejudicar pessoas realmente conhecidas, sob a proteção de uma falsa ficcionalização (Pierrat, 2010, p. 483-491).

Considerando o ordenamento espanhol, De Verda e Beamonte, (2011, p. 151) também entende que “o princípio geral” de que essas cláusulas anulariam as possíveis interferências no direito à privacidade deve ser modificado e fornece vários exemplos de casos da jurisprudência comparada com tal entendimento.

5.2 A (des)autorização dos retratados como fronteira na autoficção

Por fim, devemos analisar qual é o alcance tanto da eventual autorização que uma pessoa possa dar para ser "usada" como personagem de uma obra quanto da expressa recusa de que determinado escritor, em hipótese alguma e sob o pretexto que for, a utilize em suas obras literárias.

Há um trecho, extraído de um conto do escritor espanhol Antonio Pereira – cujas histórias transitam entre o real e o ficcional sem que o leitor consiga diferenciar quais partes são reais e quais não são –, que ilustra bem a questão que estamos abordando:

Você não está mal. É bonita. Gosta de pintura e quando tem dinheiro – é tradutora – vai visitar os museus do mundo, junto com gente como os Amigos do Museu do Prado ou sozinha, com seu ânimo incansável [...].

Mas é preciso dizer tudo. Você é uma mulher “com muita personalidade”. Você me entende. *Tem me alertado que eu não devo citá-la na minha obra, que a minha arte é só minha, então raramente me arrisco. E talvez você não esteja equivocada.* Um dia desses, em Madrid, fomos juntos ao Ateneo. Isso porque Jorge Amado estava por aqui, eu gosto da sua *Gabriela cravo e canela* e de todo esse nordeste brasileiro tão próximo da minha querência portuguesa. Conhecemos pessoalmente o romancista e também Zélia, sua esposa, que o ajudou durante toda a vida como datilógrafa e secretária. O casal armou uma bela cena, que com certeza não era inédita e já estava combinada. Na conversa entre ambos, ela disse para Jorge:

– Admita, Jorge, você é duro com suas personagens, lembra quando a Teresa perdeu um dente na parte mais visível de sua dentadura e decidiste colocar-lhe um dente de ouro.

– O melhor e mais caro que havia – [diz] o romancista fingindo se defender.
– Mas isso iria arruinar a vida da pobrezinha, o brilho do ouro ali, exatamente ali! – dramatizava Zélia –. Fiquei inconformada e, felizmente, trocste por um dente da lateral da boca, bem menos visível.

Continuaram assim, com aquele joguinho de recriminações entre marido e mulher, e quando estávamos saindo do Ateneu, você me disse que talvez seja

²⁰ Sobre o tema da proteção *post mortem* dos direitos da personalidade, recomenda-se a leitura de Minero Alejandre (2018).

uma grande jogada e que poderíamos explorá-la... desde que sejamos um casal, conheço bem esse tom sarcástico (Pereira, 2007, p. 201-203, grifamos).

Também encontramos referências a esse tema no universo cinematográfico. No filme *Dolor y Gloria*, de Pedro Almodóvar, há uma cena com o diálogo entre Salvador (interpretado por Antonio Banderas, que de alguma forma representa o próprio Almodóvar) e sua mãe (interpretada por Julieta Serrano), na qual ela conta o sonho que teve com sua falecida vizinha, que lhe aparece no quarto do hospital onde está internada. Após o relato do sonho, Salvador quer que ela continue, momento em que acontece a seguinte conversa:

Salvador – E o que mais?

Mãe – Não faça essa cara de escritor, hein? *Não, não, não, não quero que ponhas nada disso em seus filmes. Não gosto que fale das minhas vizinhas, não gosto de autoficção.*

S – *E o que tu sabes de autoficção?!*

M – *Eu te ouvi explicar em uma entrevista. Minhas vizinhas não gostam que as exponha. Eles acham que você os trata como umas caipiras.*

S – Mãe, tu falas umas coisas... Não posso tratá-las com mais respeito e mais devoção. Sempre que tenho oportunidade, falo de ti e digo que você e suas vizinhas foram a fonte da minha formação. Eu devo tudo a vocês.

M – Eles não gostam.

Como é possível constatar no primeiro texto transcrito, o escritor está ciente da necessária autorização de sua esposa para relatar algo que diga respeito a ela. Em termos legais, no ordenamento jurídico espanhol é o art. 2.2 Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, sobre a proteção civil do direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e à própria imagem (LO 1/1982), que estabelece ser necessária a autorização expressa do titular dos direitos de personalidade para evitar a interferência ilegal; do contrário, se a divulgação de fatos relativos à vida privada de uma pessoa vier a afetar sua reputação e bom nome (*ex art. 7.3 LO 1/1982*) ou se houver a imputação de fatos ou a manifestação de juízos de valor, nesse caso por meio de literatura, que venham a ferir a dignidade do retratado, menosprezar a sua reputação ou lesar sua autoestima (*ex art. 7.7.LO 1/1982*), podemos estar diante de uma interferência ilegal nos direitos à honra e/ou à intimidade.

Tudo isso conduz a perguntarmos o que aconteceria se uma pessoa tivesse dado sua autorização para ser "utilizada" em uma obra²¹, mas depois de algum tempo, por qualquer motivo que fosse, a tivesse revogado. De acordo com o art. 2.3 LO 1/1982, o consentimento para a interferência pode ser revogado a qualquer momento, devendo ser paga, em tal caso, uma indenização pelos danos e prejuízos causados, o que inclui as expectativas justificadas. Assim, o sistema de proteção escolhido pelo legislador tem sido objeto de críticas, pois parece

²¹ Essa questão não é trivial, muito menos em termos econômicos, pois já existe uma doutrina que defende o valor monetário do direito à honra, devido à própria evolução "mercantilizante" vivida nos últimos tempos. A esse respeito, ver Otero Crespo (2014, p. 1129, nota 55).

que a Lei prevê uma forma de dispor de parte desses direitos – especificamente, com a disposição por ato unilateral –, enquanto não considera o contrato, o que pode ser interpretado como uma lacuna (Clavería Gosálbez, 1983, p. 1255)²². Continuando com essa ideia, postulou-se que deveria ser feita uma interpretação corretiva do art. 2 LO 1/1982, limitando seus efeitos aos atos de autorização unilateral e prescrevendo-os nos autênticos contratos de cessão, uma vez que a liberdade de revogação poderia ferir os princípios do *pacta sunt servanda*, da boa-fé e da irrevogabilidade aplicáveis às relações contratuais (García Rubio, 2013, p. 620-621). Também se alertou para o fato de que, de um lado, existe a categoria do mero consentimento ou autorização de interferência e, de outro lado, a categoria em que é possível constituir uma verdadeira relação contratual. Nessa linha, trata-se de estabelecer uma gradação de consentimento ou autorização, sendo possível, às partes, escolherem uma ou outra, em função da complexidade do uso conferido ao direito (Vendrell Cervantes, 2014, p. 413).

Acreditamos que a maioria das autorizações que existam por parte dos retratados em livros são, além de atos unilaterais, muito seguramente tácitas. Assim, fica clara a possibilidade de sua revogação. A existência de uma autorização expressa para o uso de sua pessoa será algo excepcional, e mais excepcional ainda que seja objeto de um contrato. No entanto, como a exceção confirma a regra, encontramos um caso em que, embora o assunto ainda não pareça ter chegado aos tribunais, não descartamos que isso possa acontecer em futuro próximo. Referimo-nos à polêmica gerada pelo livro *Yoga*, do conhecido e premiado escritor Emmanuel Carrère.

Como se sabe, o autor francês é um dos maiores expoentes do gênero da autoficção. Ele mesmo se pergunta muitas vezes a esse respeito: “existe algum critério que nos permita adivinhar se uma história é verdadeira ou fictícia? Se um retrato em um museu é de uma pessoa real ou de uma personagem imaginária? Não tenho uma resposta, mas me parece que, mesmo sem poder explicá-lo, o intuimos. Eu pelo menos o intuo” (Carrère, 2021, p. 309).

No caso específico desse romance, os problemas surgiram com sua ex-mulher, que, após a publicação de *Yoga*, escreveu um artigo veiculado na imprensa em que assegurava que Emmanuel e ela estavam vinculados por um contrato que o obrigava a obter o consentimento dela para usá-la em sua obra²³. Durante os anos em que viveram juntos,

²² Clavería Gosálbez destaca que o contrato deve observar o conteúdo dos artigos 1.1 e 1.4 do CC e propõe que nele conste, expressamente, a renúncia à revogação, tendo em vista a explícita alusão que a ela é feita na LO 1/1982 e considerando que a denúncia unilateral não é incompatível, a princípio, com a noção de contrato. Uma década depois, o autor citado avalia que a situação é "de perplexidade", já que a LO 1/1982 não contempla o modelo contratual, mas apenas um ato unilateral e revogável de consentimento para a interferência (Clavería Gosálbez, 1994, p. 43).

²³ O artigo pode ser encontrado em francês, aqui: <https://www.vanityfair.fr/culture/voir-lire/articles/droit-de-reponse-helene-devynck-l-ex-compagne-demmanuel-carrere-repond-a-la-polemique-autour-de-yoga/81120>

Emmanuel podia usar minhas palavras, minhas ideias, mergulhar em minha dor, minhas tristezas, minha sexualidade: era amor, e o trabalho que ele procurava em seus livros me garantia a minha pessoa fosse representada de uma forma que convinha a nós dois.

Nosso divórcio, em março passado, embaralhou as cartas.

Segundo suas declarações, no manuscrito que recebeu de *Yoga* tinha sido elaborado um retrato dela com o qual ela não concordava. Embora o autor tenha eliminado vários trechos, ela considerou que não foi suficiente, formulando as seguintes perguntas:

Pode um autor tirar proveito de uma liberdade de criação cujos limites ele mesmo estabeleceu?

O artista famoso e admirado é um ser divinizado que, ao contrário dos meros mortais, não estaria condicionado a seus próprios compromissos?

Entendemos que essas perguntas merecem ser respondidas negativamente. Em primeiro lugar, porque – como vimos – existem limites fixados pela Constituição (nomeadamente no artigo 20.4 CE), os quais têm sido observados pelos tribunais, mediante a apreciação de vários critérios ao julgar disputas que envolvam o direito à criação literária e os direitos da personalidade. Em segundo lugar, porque – como acabamos de explicar – deve haver, a princípio, o consentimento expresso do titular dos direitos da personalidade para que a utilização de temas que digam respeito ao seu eu mais íntimo, nesse caso apresentados numa obra literária, seja lícita – apesar de ser verdade que, em contrapartida, poderiam participar da discussão outros aspectos que também já referimos antes: a veracidade dos fatos, sua relevância pública, cultural ou histórica, a maior ou menor identificação da pessoa e o contexto em que se insere o trecho potencialmente lesivo aos direitos do retratado.

Enfim, nos romances de autoficção, deve ser feito um exercício de demarcação no qual se diferencie claramente se estamos diante de trechos em que deve prevalecer o interesse público na proteção da criação literária ou se, pelo contrário, se trata de trechos em que não haja, conforme referido na STS 50/2017 sobre o *Caso Lucía Etxebarria*, qualquer indício de criação de uma nova realidade imaginária a partir de eventos ou personagens reais, nem qualquer interesse cultural relevante que justifique um ataque à honra do representado no texto. É que, como diria a doutrina portuguesa, o *direito à história pessoal* também merece proteção, entendendo como tal aquele que preserva o direito de alguém contar sua história, suas vivências, sua privacidade à sua maneira (Guimarães, 2017, p. 26).

REFERÊNCIAS

ALBERCA, Manuel. Las novelas del yo. In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 123-150.

ALBERCA, Manuel. Autoficción de un gozador de placeres efímeros. *Olivar*, v. 12, n. 9, p. 199-216, 2008.

ALBERCA, Manuel. *El pacto ambiguo: de la novela autobiográfica a la autoficción*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

ALCARAZ LEÓN, María José. El lector ante la autoficción. *Thémata - Revista e filosofía*, n. 63, p. 61-81, 2021.

AMMERMAN YEBRA, Julia. La Adelaida de *El Sur* y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad. *Revista de Derecho Civil*, v. III, n. 4, p. 167-171, 2016.

ARROYO REDONDO, Susana. *La autoficción: entre la autobiografía y el ensayo biográfico. Límites del género*. Universidad de Alcalá, 2011. Tesis doctoral disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/16941>.

BARCHINA, Matías. Los cuentos de Eduardo Halfon: hiperrelato y autoficción. *Lejana - Revista crítica de narrativa breve*, n. 6, p. 1-13, 2013.

BLANCO, Sergio. *Autoficción: una ingeniería del yo*. Madrid: Punto de vista, 2018.

CARRÈRE, Emmanuel. *Yoga*. Barcelona: Anagrama, 2021.

CASAS, Ana. El simulacro del yo: la autoficción en la narrativa actual. In: CASAS, Ana (comp.), *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 9-42.

CERCAS, Javier. *El punto ciego: Las conferencias Weidenfeld 2015*. Barcelona: Literatura Random House, 2016.

CERCAS, Javier. *El impostor*, Barcelona: Literatura Random House, 2015.

CIABATTI, Teresa. *La più amata*. Milano: Mondadori, 2017.

CLARK, Birgit. Freedom of art *v* personality rights: ban upheld on the real life novel “Esra”. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 3, n. 4, p. 221-224, 2008.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis. Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. *Anuario de Derecho Civil*, v. 36, n. 4, p. 1243-1262, 1983.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis. Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*, v. 47, n. 3, p. 31-69, 1994.

CRUZ, Aixa de la. *Cambiar de idea*, Barcelona: Caballo de Troya, 2019.

DELANGUE, Henri. Autobiographie ou autofiction chez Amélie Nothomb? *Çédille - Revista de estudos franceses*, n. 10, p. 129-141, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad. *Derecho privado y constitución*, n. 25, p. 137-174, enero-diciembre 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2005.

DOUBROVSKY, Serge. Autobiografía, verdad, psicoanálisis. In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 45-64.

DURASTANTI, Claudia. *La extranjera*, Barcelona: Anagrama, 2020.

- FALCÓN Y TELLA, María José. *Derecho y Literatura*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Una lectura jurídica de *Cinco horas con Mario*. In: SERRANO ARGÜELLO, Noemí (dir.). *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2020. p. 205-233.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe). *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. II, p. 397-453, 2014.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Los derechos de la personalidad. In: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.). *Tratado de derecho de la persona física*, tomo II. Navarra: Civitas Thomson-Reuters, 2013. p. 595-631.
- GASPARINI, Philippe. La autonarración. . In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 177-209.
- GINZBURG, Natalia. *Léxico familiar*. Trad. de Homero Freitas de Andrade. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.
- GORNICK, Vivian. *La mujer singular y la ciudad*. Madrid: Sexto piso, 2018.
- GUIMARÃES, Raquel. A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha; GEMAS, Laurinda; PAZ, Margarida (org.). *A tutela geral e especial da personalidade humana*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 25-47. [E-book]
- HALFON, Eduardo. *Duelo*. Barcelona: Libros del asteroide, 2017.
- HALFON, Eduardo. *Signor Hoffman*. Barcelona: Libros del asteroide, 2015.
- HALFON, Eduardo. *El boxeador polaco*. Valencia: Pre-textos, 2008.
- HJORTH, Helga. *Free will*. Independently published, 2021.
- HJORTH, Vigdis. *La herencia*. Madrid: Nórdica libros y Mármara ediciones, 2019.
- LOPATE, Phillip. *Mostrar y decir: el arte de escribir no ficción*. Barcelona: Alba editorial, 2017.
- LÓPEZ CANICIO, Gemma. Ficción en la novela de la no-ficción. Análisis del estatuto ficcional a partir del narrador. *Impossibilia - Revista internacional de estudios literarios*, n. 13, p. 176-198, mayo 2017.
- MAZZETTI, Lorenza. *Con rabia*. Cáceres: Periférica, 2017.
- MAZZETTI, Lorenza. *El cielo se cae*. Cáceres: Periférica, 2010.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma. *La protección post mortem de los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- MONTERO, Rosa. *La loca de la casa*. Barcelona: Debolsillo, 2015.

NOTHOMB, Amélie. *La nostalgia feliz*. Barcelona: Anagrama, 2015.

OTERO CRESPO, Marta. Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. In: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; GARCÍA RUBIO, María Paz (dir.). *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*. Madrid: Wolters Kluwer, 2014. p. 1107-1130.

PATO, Xacobe. *Seré feliz mañana*. Barcelona: Espasa, 2020.

PEREIRA, Antonio. Llave de U. In: PEREIRA, Antonio. *La divisa en la torre*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 201-203.

PIERRAT, Emmanuel. Le péril autofictionnel (droit et autofiction). In: BURGELIN, Claude; GRELL, Isabelle; ROCHE, Roger-Yves (dir.). *Autofiction(s)*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 2010. p. 483-491.

POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

POZO GARCÍA, Antonio. Autoficción en la novela: realidad, ficción y autobiografía. *Impossibilia - Revista internacional de estudios literarios*, n. 13, p. 3-20, 2017.

ROCA TRÍAS, Encarna. La Cultura como Derecho Fundamental. Seminario online "Arte y Estado. La protección de las artes en tiempos de crisis", de 26 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=WID7Ax6opp4&list=PL6Wy7ydugYXHs_ebG3qDoYeJNOPOf5EeP&index=2.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. Una jaula rota: la perspectiva de género en la Justicia a partir de "Un jurado de sus iguales", de Susan Glaspell. In: ALONSO SALGADO, Cristina; OTERO CRESPO, Marta (dir.). *Innovación docente e investigadora en Derecho*. Madrid: Colex, 2019, p. 61-67.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. El Derecho en la obra de Elena Ferrante "La amiga estúpida". *Italian Society for Law and Literature Papers*, v. 11, 2018. Disponible en: <http://amsacta.unibo.it/6037/>.

SAPIRO, Gisèle. Droits et devoirs de la fiction littéraire en régime démocratique: du réalisme à l'autofiction. *Fixxion - Revue critique de fiction contemporaine*, "Fiction et démocratie", n. 6, p. 1-14, junio 2013. Disponible en: <http://www.revue-critique-de-fixxion-francaise-contemporaine.org/rcffc/article/view/fx06.11/737>.

TRAPIELLO, Andrés. *Salón de los pasos perdidos*. Valencia: Pre-textos (varios volúmenes).

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. Artículo 20.1.B) La libertad de creación. In: RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, Miguel; CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 617-625.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46, p. 343-370, 2020.

VENDRELL CERVANTES, Carles. *El mercado de los derechos de imagen*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

VIAL SOLAR, Tomás. La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional. *Informe de investigación*, Santiago, n. 19, año 6, junio de 2004.

VIGAN, Delphine de. *Nada se opone a la noche*. Barcelona: Anagrama, 2012.

Idioma original: Espanhol

Recebido: 22/03/22

Aceito: 02/12/23