



# NOVAS FORMAS DE CALAR: AS *SUPER-INJUNCTIONS* DO DIREITO INGLÊS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

ELY CAETANO XAVIER JUNIOR\*

**Resumo:** O artigo tem como objetivo analisar a evolução do Direito inglês quanto à tutela do direito à liberdade de expressão, sobretudo após a inserção do direito à privacidade como direito autônomo naquele ordenamento jurídico. A utilização das *injunctions* — um instrumento processual típico do Direito inglês — com o intuito de impedir *a priori* a divulgação de informações e, em um estágio mais avançado, a divulgação da existência da própria *injunction* demonstra que, rapidamente, as cortes inglesas reduziram o peso específico da liberdade de expressão nas ponderações de direitos. O estudo das *super-injunctions* no Direito inglês serve de alerta sobre a possibilidade de que o ponto ótimo da ponderação entre direito à liberdade de expressão e direito à privacidade possa ser desviado para um ou outro, gerando uma preferência teratológica por apenas um dos direitos em conflito.

**Palavras-chave:** liberdade de expressão; privacidade; Direito inglês; *super-injunction*.

## **New ways of silencing: super-injunctions in english law and the freedom of expression**

**Abstract:** This paper aims to analyze the evolution of English law regarding the protection of the right to freedom of expression; particularly after the right to privacy became an autonomous right in that legal system. The use of injunctions — a typical legal remedy of English law — in order to prevent the *a priori* information disclosure and, on a further stage, the disclosure of the existence of the injunction itself demonstrates that English courts have quickly reduced the specific weight of freedom of expression in the balancing of rights. Reviewing super-injunctions in English law warns about the possibility that the optimal point in the balance between the right to freedom of expression and the right to privacy may be diverted to one or the other, engendering a teratological preference for one of the conflicting rights.

**Key-words:** freedom of expression; privacy; English law; super-injunction.

---

\*Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

## **1 INTRODUÇÃO: O DESENVOLVIMENTO DAS *INJUNCTIONS* NO DIREITO INGLÊS**

O Direito inglês, assim como todos os sistemas jurídicos, sempre buscou instrumentos para garantir a efetividade das decisões emanadas de suas cortes. Historicamente, em ações envolvendo direitos e

obrigações sobre embarcações, os tribunais ingleses determinavam o sequestro cautelar ou definitivo da embarcação, de maneira a assegurar a efetividade de alguma decisão ou de algum julgamento. Ao longo das décadas, o sequestro de navios mostrou-se uma medida com elevado custo e de difícil manutenção.

Os tribunais ingleses perceberam, então, que seria mais eficiente conceder ordens *in personam*, ou seja, aquelas que continham obrigações de fazer ou de não fazer dirigidas aos indivíduos, em substituição às ordens *in rem*, cujo conteúdo envolvia a intervenção sobre um bem.

Essas ordens ficaram conhecidas como *injunctions*<sup>1</sup> e encontram fundamento diretamente na *equity* do Direito inglês.<sup>2</sup> Isso porque os procedimentos nas cortes de *equity* sempre recaem sobre uma pessoa, ao invés de um bem, permitindo ao beneficiário da ordem judicial executar todo o patrimônio da pessoa. Além disso, o descumprimento da decisão fica sujeito a diversas sanções derivadas da *contempt of court*, que incluem medidas administrativas, civis e penais. Trata-se da materialização da máxima do Direito inglês, segundo a qual a “*equity acts in personam*”.<sup>3</sup>

Surgiram, portanto, em um primeiro momento, as *freezing injunctions* (ordens de congelamento) que proibiam que determinado indivíduo dispusesse de seu patrimônio. As *freezing injunctions* são concedidas até a atualidade quando um indivíduo teme que a outra parte possa dispor de seus bens antes que o julgamento se consuma. A *freezing injunction* pode ser solicitada a qualquer momento para evitar a alienação de bens, tendo como destinatários não só o proprietário dos bens, mas também terceiros que detenham o bem em nome do proprietário.<sup>4</sup>

A concessão de *freezing injunctions* pelos tribunais ingleses depende de alguns requisitos: (a) a existência de competência do órgão julgador; (b) a presença de uma *cause of euroaction*, ou seja, de um direito que tenha plausibilidade para ser discutido pela corte; (c) a identificação de um risco real de utilização ou alienação dos bens; e (d) a prestação de garantia para pagamento de eventuais danos decorrentes da concessão da ordem judicial.<sup>5</sup>

Os casos levados às cortes inglesas conduziram ao desenvolvimento em paralelo de uma segunda classe de *injunctions*, cujo objetivo recai mais fortemente sobre as condutas processuais das partes. As *anti-suitinjunctions* surgiram ainda no século XV

com o intuito de impedir a expansão de cortes eclesiásticas. Após a utilização como método para resolução de conflitos de competência entre tribunais ingleses, as *anti-suitinjunctions* passaram a ter um alcance territorial progressivamente maior.<sup>6</sup>

Uma *anti-suitinjunction* pode ser atualmente compreendida como uma ordem judicial, através da qual um órgão julgador proíbe que uma parte inicie ou continue um procedimento diante de uma jurisdição estrangeira.<sup>7</sup> Sua eficácia é normalmente garantida pela possibilidade de aplicação das sanções de *contempt of court*, de maneira que, se o órgão emissor da ordem constatar que seu destinatário não respeitou seus termos, tem esse órgão o poder de proferir contra o destinatário sanções que incluem penas de prisão e multas.<sup>8</sup> Emmanuel Gaillard, no contexto da arbitragem internacional, assevera que “uma *anti-suitinjunction* é uma ordem dada a uma parte pelas jurisdições de um Estado para não ingressar em jurisdições de outro Estado ou tribunal arbitral ou, se já o tiver feito, para desistir da ação proposta”.<sup>9</sup>

No direito comparado, é relevante o caso *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*. O caso envolve um acidente de helicóptero em Brunei, no qual o marido da autora faleceu. O helicóptero foi construído na França, porém era operado por uma companhia da Malásia. Por esse motivo, a autora ingressou com pedidos contra as duas companhias em Brunei e contra a empresa francesa no Texas. A empresa francesa requereu às cortes de Brunei com o objetivo de que proferissem uma *anti-suitinjunction* para que a autora suspendesse a ação no Texas. A medida foi indeferida em primeira e segunda instâncias, mas foi concedida no *Privy Council*, sob o argumento de que (a) não haveria vantagem para a autora em continuar o processo no Texas e (b) o processo no Texas era opressivo, já que não se tratava do *natural forum*. No julgamento, o Lord Goff of Chieveley apresentou os princípios que deveriam orientar a concessão de uma *anti-suitinjunction*: (a) ser exercida quando os fins da justiça justificam; (b) ser dirigida às partes, e não às cortes; (c) ser dirigida às partes com acesso às

cortes locais; e (d) ser exercida com cautela.<sup>10</sup>

## 2 GAG ORDERS E SUPER-INJUNCTIONS: ECOS DO DIREITO À PRIVACIDADE

No século XXI, o Direito inglês passou a conviver com novas formas de *injunctions*, que ficaram mais conhecidas como *gag orders* e *super-injunctions*. A incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais ao ordenamento jurídico inglês através do *Human Rights Act* de 1998 representou a força motriz para a consolidação das novas formas de *injunctions*.

A Convenção Europeia protege, em igual medida, a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Existe um entendimento, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, de que tanto a liberdade de expressão, prevista no artigo 10, quanto o direito à privacidade, inscrito no artigo 8º, são de fundamental importância para o sistema europeu de direitos humanos.

O artigo 10 da Convenção Europeia contempla uma proteção ampla à liberdade de expressão, independentemente do conteúdo ou do meio de expressão. O dispositivo protege a liberdade de expressão — incluindo, nesse escopo, não só a liberdade de opinião, mas também as liberdades de receber e de transmitir informações e ideias — contra interferências do poder público. O segundo parágrafo do dispositivo, entretanto, apresenta as hipóteses em que a liberdade pode ser restringida.<sup>11</sup>

O artigo 8º tutela a vida privada e familiar, o domicílio e a correspondência, trazendo, no segundo parágrafo, as exceções a essas proteções.<sup>12</sup> A esse respeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos já fez algumas tentativas de definir o conteúdo normativo da expressão “vida privada”. No caso *Niemietz v. República Federal da Alemanha*, a Corte reconheceu não ser possível ou necessário buscar uma definição exaustiva para a noção de “vida privada”.<sup>13</sup> Em caso de junho de 2004, a Corte Europeia de Direitos Humanos frisou, entretanto, a necessidade de equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, utilizando como critério o legítimo

interesse da comunidade em fatos da vida de determinada pessoa. De acordo com a Corte, “o fator decisivo para equilibrar a proteção da vida privada com a liberdade de expressão repousa sobre a contribuição que fotos ou artigos publicados têm para um debate de interesse geral”.<sup>14</sup>

É interessante notar que o Direito inglês nunca reconheceu o direito à privacidade como um direito autônomo, entendendo a privacidade apenas como um interesse em controlar a divulgação de informações sobre alguém.<sup>15</sup> Em *Kaye v. Robertson*, a *Court of Appeal of England and Wales* julgou ação proposta por um ator entrevistado em um hospital enquanto estava parcialmente inconsciente ao se recuperar de lesão cerebral causada por acidente de carro. Nos autos, pedia-se que o tribunal proibisse a publicação da entrevista sob o fundamento de invasão de privacidade. A corte entendeu que o autor havia sofrido uma invasão evidente de sua privacidade, mas que, “no Direito inglês, não há direito à privacidade e, portanto, não há direito de ação por violação da privacidade de uma pessoa”.<sup>16</sup> Cumpre ressaltar, contudo, que a privacidade era tutelada indiretamente pelos tribunais ingleses em ações que arguiam a violação da confiança, quando o detentor de dados privados realizava sua divulgação em prejuízo da vítima.<sup>17</sup>

Foi apenas após o *Human Rights Act* de 1998 que o direito à privacidade, previsto no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, passou a integrar o Direito inglês. Com a incorporação do diploma internacional, qualquer pessoa que sentisse sua privacidade de alguma forma violada passou a ter um direito de ação para fazer cessar a violação.

Em um dos primeiros casos envolvendo a aplicação do *Human Rights Act* de 1998, as cortes inglesas ainda se mostraram reticentes no que se refere ao reconhecimento do direito à privacidade. Em *Douglas and Others v. Hello! Ltd.*, que tratava da publicação de fotos em um tabloide, o tribunal inglês negou o pedido de *injunction* para impedir a publicação das imagens, por entender que a ordem

seria muito restritiva à liberdade de expressão.<sup>18</sup> Nos casos subsequentes, os tribunais ingleses continuaram utilizando a sistemática da violação do dever de confiança, sempre se inclinando em direção à proteção da liberdade de expressão.

Apenas em 2008 a questão do direito à privacidade ganhou visibilidade no Direito inglês, com o caso *Mosley v. News Group Newspapers*. Em linhas gerais, o caso tratava da publicação de fotos e da disponibilização de vídeos com conteúdo pornográfico, envolvendo Max Mosley, então presidente da *Fédération Internationale de l'Automobile*. Na ação, Mosley argumentava fundamentalmente que seu direito à privacidade, protegido pelo artigo 8º da Convenção Europeia, havia sido violado, de maneira que o tribunal deveria proibir a publicação do conteúdo e conceder-lhe reparação pecuniária pelos danos sofridos. Os pedidos não incluíam a condenação por *libel*, uma vez que os relatos e imagens difundidos traziam fatos verdadeiros em sua quase totalidade.<sup>19</sup>

A concessão de uma *injunction* foi negada pela *England and Wales High Court*, porque, como o material já estava amplamente difundido na Internet, a *injunction* não teria diferença prática. Entretanto, o juiz Eady entendeu que não havia interesse público na difusão do material envolvendo Max Mosley e, de maneira inédita, que os artigos e publicações constituíam uma violação ao direito à privacidade.<sup>20</sup> Dessa maneira, o pedido de reparação pecuniária por violação a esse direito foi considerado procedente, sendo a empresa condenada ao pagamento de 60.000 libras esterlinas a título de reparação e 420.000 libras esterlinas a título de custas processuais.<sup>21</sup>

Após a tramitação do caso nas cortes nacionais, Max Mosley deu início a uma ação contra o Reino Unido, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos. O autor alegava que o Reino Unido não havia garantido integralmente os direitos previstos no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Além disso, argumentava que o artigo 10 da Convenção exigiria uma notificação prévia por parte da imprensa ao indivíduo envolvido na publicação, uma vez que o referido dispositivo

previa que o exercício da liberdade de expressão “pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei”.<sup>22</sup> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, no julgamento, que o artigo 8º não havia sido violado pelo Reino Unido. Entretanto, quanto ao sistema de notificação prévia, a corte, embora concordasse com sua possibilidade em vista da redação do artigo 10, entendeu que, no caso concreto, ela não poderia ser exigida por falta de previsão no Direito inglês.<sup>23</sup>

Ao longo do caso *Mosley* e, sobretudo, após as decisões inglesa e europeia, começaram a ecoar mais fortemente nos tribunais ingleses a proteção ao direito à privacidade como direito autônomo e o reconhecimento de que as *injunctions* seriam o instrumento jurídico mais adequado para proteger a privacidade. Em *Greene v. Associated Newspapers*, por exemplo, a Corte inglesa entendeu que “a confidencialidade será perdida completamente se uma *injunction* contra a publicação não for concedida de maneira apropriada”.<sup>24</sup> Em outro caso, os tribunais ingleses afirmaram que “se uma *injunction* deva ser concedida no curso do processo, é essencial que ela o seja imediatamente, senão o jornal poderá publicar e então, do ponto de vista do autor, o dano terá ocorrido”.<sup>25</sup>

Diversos outros precedentes das cortes inglesas levaram especialistas a afirmar que há um consenso geral – também em nível europeu – de que a *injunction* representa o único remédio eficaz para proteger o direito à privacidade. Isso porque, apenas prevenindo a publicação de informações privadas, o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estaria integralmente protegido.<sup>26</sup>

A partir de 2009, portanto, testemunhou-se uma proliferação de *interim injunctions* nos tribunais ingleses, as quais ficaram inicialmente conhecidas como *gag orders* e envolviam, quase sempre, celebridades. De maneira geral, essas *gag orders* tinham como fundamento o artigo 8º da Convenção Europeia e traziam a proibição da publicação de qualquer material envolvendo aspectos da vida

privada, que o autor do pedido entendesse violados.

A tradição inglesa de exposição de celebridades na mídia entrou em choque com as inovações das cortes inglesas, o que acabou, como se podia prever, contribuindo para um amplo debate sobre esse instrumento jurisdicional. Os órgãos representativos da imprensa se organizaram para fazer oposição a essas medidas, mas acabou prevalecendo a posição das cortes inglesas de conceder as *gag orders* para proteger o direito à privacidade.<sup>27</sup>

Diante da proibição de publicar as histórias, muitos jornais faziam referências à existência da *gag order*, gerando uma especulação acerca dos envolvidos levados às cortes. Com a finalidade de garantir que os fatos não chegassem ao público, as partes passaram a buscar novas estratégias nos pedidos de *injunctions*, as quais incluíam, entre outras, a utilização de audiências secretas, a omissão de nomes das partes e a inclusão da coletividade no polo passivo.

A partir de então, a jurisprudência das cortes inglesas – nos casos envolvendo o direito à privacidade — apresentou um desenvolvimento em direção à maximização da proteção desse direito. Esse desenvolvimento materializou-se nas ordens que ficaram conhecidas como *super-injunctions*. Até então, como se demonstrou, as *gag orders* — consideradas *injunctions* ordinárias — proibiam a imprensa de divulgar detalhes de determinado caso, enquanto a ordem estivesse em vigor. As *super-injunctions*, por sua vez, dão um passo além, proibindo que a imprensa mencione inclusive a existência da própria ordem judicial.

O termo *super-injunction* tornou-se mais frequente a partir de 2009, quando surgiram as primeiras *injunctions* concedidas liminarmente, em procedimentos judiciais não públicos, nos quais, ao final, os autos, os nomes das partes e até mesmo os termos da ordem judicial são secretos, exceto entre as partes, advogados, o juiz e os serventuários.

O caso *CTB v. News Group Newspapers Ltd.* tornou-se um dos mais conhecidos envolvendo uma *super-injunction*. Tratava-se de um indivíduo que fora flagrado em um caso extraconjugal por repórteres de

um jornal inglês. O indivíduo – apenas identificado como *CTB* – apresentou o pedido de *injunction* para que o material não fosse publicado no jornal e para que seu nome não constasse dos autos.<sup>28</sup> Com a concessão da *super-injunction* em face do jornal, a identidade acabou sendo difundida por meios eletrônicos, a partir de plataformas e *sites* fora do território britânico. O nome Ryan Giggs começou a ecoar nas redes sociais, até que um membro do Parlamento britânico, utilizando-se das imunidades inerentes a sua função, confirmou – em uma das sessões parlamentares em que se discutia a liberdade de expressão – que a *super-injunction* havia sido solicitada por Ryan Giggs.

Em virtude da utilização de mensagens em meios eletrônicos, partindo de fora do território inglês, para burlar a proibição da *super-injunction*, a *High Court of England and Wales* concedeu, no caso *OPQ v. BJM and CJM*, uma *injunction contra mundum* para impedir, em todo o mundo, a publicação, em qualquer mídia, de fotos do autor, sob as penas impostas pelas leis inglesas.<sup>29</sup>

Ainda que tenham ficado mais conhecidas como *super-injunctions*, do ponto de vista do Direito Processual inglês, trata-se tecnicamente de uma forma de *injunction* concedida liminarmente.<sup>30</sup> Assim como as outras variações, as *super-injunctions* tornaram-se rapidamente populares como instrumento jurídico para proteger o direito à privacidade. Dos inúmeros casos levados aos tribunais ingleses, é possível extrair alguns requisitos de admissibilidade elaborados pela jurisprudência, quais sejam: (1) a probabilidade de sucesso do requerente na ação; (2) o caráter privado das informações e (3) a ausência de interesse público na publicação das informações.

O artigo 12 (3) do *Human Rights Act* de 1998 prevê que, para a restrição da liberdade de expressão, o tribunal deve estar convencido de que o requerente provavelmente comprovará que a publicação não deva ser permitida. As cortes inglesas entendem que a “*likelihood of success at the trial*” é um elemento essencial para a concessão de uma *injunction*, mas reconhecem, por outro lado, que não há um padrão

para aferir essa probabilidade.<sup>31</sup>

No que tange ao caráter privado da informação, os tribunais ingleses esperam a demonstração de que o requerente possua uma expectativa razoável de privacidade (“*reasonable expectation of privacy*”), levando em consideração todas as circunstâncias do caso. De acordo com os precedentes, a análise dessa expectativa deve levar em consideração, entre outros aspectos, a natureza da atividade profissional do requerente, a natureza e o propósito do acesso às informações do requerente, e a ausência de consentimento.<sup>32</sup> Além disso, em um segundo estágio de análise, as cortes devem aplicar o princípio da proporcionalidade para decidir entre o direito à privacidade do artigo 8º e a liberdade de expressão do artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.<sup>33</sup>

Presentes os requisitos anteriores, os tribunais devem ainda verificar se há interesse público na divulgação das informações. Não basta que a informação seja meramente interessante ao público, mas que haja um interesse público incondicional capaz de afastar a concessão da *injunction*.<sup>34</sup> Trata-se de um requisito negativo para que prevaleça o direito à privacidade.

É interessante notar que, mesmo com a existência desses requisitos de admissibilidade, as *super-injunctions* se tornaram relativamente comuns nos tribunais ingleses. Vale ressaltar, nesse ponto, que as *super-injunctions* surgiram como resultado de uma batalha de forças entre os defensores do direito à privacidade e os defensores da liberdade de expressão. A corrida às cortes inglesas com pedidos de *super-injunctions* cada vez mais restritivas pelos primeiros e, por outro lado, a utilização de diversos subterfúgios para burlar as *super-injunctions* pelos últimos contribuíram, em igual medida, para o desenvolvimento dessas novas formas de *super-injunctions*, especializadas em restringir a liberdade de expressão.<sup>35</sup>

O debate sobre essas restrições, embora intensamente explorado pelos meios de comunicação, não tomou proporções relevantes do ponto de vista

político e institucional. Isso porque, como apontamos anteriormente, a grande massa dos casos envolvendo as *super-injunctions*, no contexto do binômio direito à privacidade-liberdade de expressão, referia-se à exploração da vida de celebridades.<sup>36</sup> Os questionamentos mais densos às *super-injunctions* começaram a ocorrer, como veremos a seguir, quando o requisito de ausência de interesse público pareceu não estar sendo corretamente avaliado pelos tribunais ingleses.

### 3 DIREITO À PRIVACIDADE E INTERESSE PÚBLICO: A SUPER-INJUNCTION DO CASO TRAFIGURA

A empresa transnacional *Trafigura Ltd.*, com sede no Reino Unido, adquiriu, ao final de 2005, uma grande quantidade de nafta de coque, um subproduto do processamento de petróleo utilizado, após o refino, na produção de gasolina. Em seguida, a empresa encarregou-se do refino da nafta de coque, realizado a bordo do navio *Probo Koala*, através de um processo conhecido como lavagem cáustica.<sup>37</sup>

Depois destes procedimentos, a *Trafigura Ltd.* contratou, em 2006, a empresa *Amsterdam Port Services BV*, com sede nos Países Baixos, para realizar o tratamento das substâncias químicas geradas pela lavagem cáustica. O navio *Probo Koala* aportou em Amsterdam em julho de 2006, quando teve início o descarregamento dos subprodutos químicos. A *Amsterdam Port Services BV* identificou características químicas peculiares no produto que estava sendo descarregado e, após a realização de testes específicos, constatou que o grau de contaminação do produto era maior do que o esperado. O valor de 27 euros por metro cúbico, inicialmente acordado para o serviço de descontaminação, foi elevado, em vista das novas informações, para 1.000 euros por metro cúbico. A *Trafigura Ltd.* não aceitou o novo orçamento e determinou que toda a substância química fosse recarregada no navio.<sup>38</sup>

O navio *Probo Koala* foi, então, enviado para Abdijan, na Costa do Marfim, onde a *Trafigura Ltd.* havia celebrado um novo contrato com a empresa

*Compagnie Tommy*. Tratava-se de uma empresa recém-autorizada que fora contratada para o descarte dos produtos químicos. Importante frisar que o contrato não mencionava o tratamento da substância química, mas apenas seu descarte. Em agosto de 2006, todas as substâncias químicas foram descarregadas em caminhões que as lançaram em diferentes locais próximos.<sup>39</sup>

A população da cidade começou a apresentar diversos problemas de saúde que foram atribuídos ao lixo tóxico ali despejado. As autoridades da Costa do Marfim deram início a um processo de investigação que foi posteriormente interrompido em virtude de um acordo, entre a empresa *Trafigura Ltd.* e a Costa do Marfim, prevendo o pagamento, pela empresa transnacional, de 195 milhões de dólares norte-americanos e a renúncia, pelas autoridades do país, ao direito de processar a empresa. Os relatórios, que foram publicados apenas em 2012, indicam que mais de 100.000 pessoas sofreram graves efeitos colaterais causados pelo despejo das substâncias tóxicas em diferentes locais da cidade e que um número desconhecido de pessoas morreu em consequência dos problemas de saúde.<sup>40</sup>

Em 2009, o jornal *The Guardian* realizava investigações sobre o caso, quando teve acesso a uma comunicação eletrônica interna da *Trafigura Ltd.*, na qual ficava claro que a empresa tinha ciência do grau de toxicidade dos subprodutos da lavagem cáustica e da dificuldade de realizar a adequada descontaminação das substâncias. Sem divulgar o conteúdo da comunicação, o jornal *The Guardian* publicou uma reportagem afirmando ter evidências de que as substâncias tóxicas haviam sido despejadas na Costa do Marfim.<sup>41</sup> Por ordem judicial, o jornal disponibilizou juntamente à reportagem uma nota em que a *Trafigura Ltd.* negava qualquer responsabilidade sobre os fatos narrados.

Entretanto, em outubro de 2009, os leitores do jornal *The Guardian* foram surpreendidos com a notícia de uma *super-injunction* nos seguintes termos:

The Guardian has been prevented from reporting parliamentary proceedings on legal grounds which

appear to call into question privileges guaranteeing free speech established under the 1688 Bill of Rights.

Today's published Commons order papers contain a question to be answered by a minister later this week. The Guardian is prevented from identifying the MP who has asked the question, what the question is, which minister might answer it, or where the question is to be found.

The Guardian is also forbidden from telling its readers why the paper is prevented – for the first time in memory – from reporting parliament. Legal obstacles, which cannot be identified, involve proceedings, which cannot be mentioned, on behalf of a client who must remain secret.<sup>42</sup>

A publicação gerou especulações na Internet e rapidamente o nome *Trafigura* tornou-se um dos mais frequentes no *Twitter*. Diversos setores da sociedade contribuíram para que a questão tomasse proporções maiores, e a repercussão negativa da proibição de publicação do debate parlamentar pelo *The Guardian* levou à cassação da ordem judicial poucos dias depois. Na ocasião, ficou confirmado que a *super-injunction* havia sido solicitada pela *Trafigura Ltd.* e que a discussão parlamentar se referia a um questionamento formulado por Paul Farrelly, um dos membros do Parlamento britânico, no uso de suas imunidades parlamentares, ao Secretário de Estado de Justiça, sobre a proteção da liberdade de imprensa considerando, entre outros casos, a *super-injunction* que havia sido obtida pela *Trafigura Ltd.* junto à *High Court of England and Wales*.

Após a cassação da ordem, o jornal *The Guardian* acabou por publicar uma cópia da *super-injunction*. A análise do documento revela alguns dados importantes. Verifica-se, de plano, que não consta no documento qualquer menção à empresa *Trafigura Ltd.*, nem mesmo na identificação do caso, em que apenas letras aleatórias são utilizadas. A *super-injunction* foi dirigida, conforme consta da identificação do polo passivo, não só ao jornal *The Guardian*, mas também à “*person or persons unknown*”, o que a torna inegavelmente bastante ampla. Em seguida, há uma *penal notice*, que alerta

para a possibilidade de multas, arresto de bens e prisão, no caso de descumprimento da ordem, para os destinatários e para quaisquer outras pessoas que tenham conhecimento da ordem ou que de alguma forma colaborem para seu descumprimento. Além disso, a *super-injunction* contém a determinação típica no sentido de proibir a divulgação de informações relativas não só ao caso, mas também à própria ordem judicial, como também informa que todos os documentos relativos ao caso serão selados e permanecerão acessíveis apenas às partes.<sup>43</sup>

A principal peculiaridade do caso *Trafigura* foi a utilização de uma *super-injunction* em um caso que não envolvia o direito à privacidade. Outro aspecto relevante é o sigilo do próprio procedimento judicial e dos documentos que lhe serviram de base. Além disso, as *super-injunctions* têm apresentado um âmbito de ação gradativamente mais amplo, deixando de atingir exclusivamente as pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente pretendam publicar a informação cujo sigilo se requer, e se estendendo a quaisquer pessoas que venham a ter conhecimento da ordem judicial.

Até o caso *Trafigura*, a ausência do interesse público havia sido utilizada como um dos requisitos a justificar a concessão da ordem judicial. Depois que o caso tornou-se público, entretanto, outros casos que não envolviam direito à privacidade foram identificados, elevando o temor de que as *super-injunctions* estivessem secretamente violando o direito à liberdade de expressão.<sup>44</sup>

Ainda que as discussões teóricas sobre as *super-injunctions* e a liberdade de expressão não tenham se tornado frequentes na seara acadêmica, os debates têm sido bastante intensos no âmbito político-institucional. Muitos questionamentos foram apresentados por membros do Parlamento britânico a diversas autoridades do Governo, e os meios de comunicação têm feito intensa cobertura das *super-injunctions* que se tornam públicas após sua expiração ou cassação. Diversos juízes das cortes inglesas deram esclarecimentos à sociedade e às autoridades, mas as *super-injunctions* permanecem sendo amplamente

utilizadas em questões relativas ao direito à privacidade e, como o caso *Trafigura* esclareceu, em diversos outros cujos fatos e fundamentos ainda não são sequer conhecidos.

#### 4 AS SUPER-INJUNCTIONS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

A história política brasileira – marcada pela censura durante a ditadura militar — trouxe como reflexo positivo, na Constituição Federal, o aperfeiçoamento da proteção da pessoa humana, tutelando as diversas dimensões de sua dignidade. Em nosso sistema jurídico, portanto, convivem, desde a origem normativa, o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão.

Ao contrário da tradição jurídica da *common law*, o Direito brasileiro seguiu a tendência de reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, após a Segunda Guerra Mundial, o que contribuiu para entendê-los como atributos intrínsecos e indispensáveis aos seres humanos.<sup>45</sup> Entre os direitos da personalidade – como expressão da dignidade da pessoa humana – estariam as categorias dos direitos à integridade física e dos direitos à integridade moral, inserindo-se topograficamente nesta última tanto o direito à privacidade quanto o direito à liberdade de expressão.

É certo que, no Direito brasileiro, existe a diferença – ao menos teórica – entre direito à liberdade de expressão e direito à liberdade de informação. Para a doutrina, a liberdade de expressão tutela o direito de externar qualquer manifestação do pensamento humano, ao passo que a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. “É fora de dúvida” — adverte Luís Roberto Barroso — “que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo”.<sup>46</sup> Além disso, há ainda uma terceira via relativa à liberdade de imprensa, que representa a liberdade conquistada e reconhecida aos meios de comunicação, em geral, de comunicar fatos e ideias.<sup>47</sup>

Preferimos, entretanto, nos referir genericamente



ao direito à liberdade de expressão em sentido amplo. Isso porque, para nossa investigação, a nomenclatura parece ter menos relevância do que o conteúdo do direito que queremos traduzir, o qual compreende a faculdade de partilhar com outrem informações, ideias, opiniões e pensamentos. A esse respeito, é imprescindível compreender a liberdade de expressão a partir de uma perspectiva multissistêmica ou multifuncional, que aglutine as diversas finalidades identificadas para tal liberdade, de maneira a fortalecer sua proteção. É o que propõe Jônatas Machado, ao afirmar que as várias finalidades da liberdade de expressão, ao serem conjuntamente consideradas,

umentam substancialmente a capacidade de resistência da liberdade de expressão, em sentido amplo, no processo de ponderação com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. [...] Nisto consiste a leitura multissistêmica das liberdades de comunicação. As mesmas tanto estão ao serviço da autodeterminação democrática, como da reflexão ética e moral, filosófica e religiosa, da criação e expressão artística, da investigação científica e acadêmica etc.<sup>48</sup>

Entende-se, em qualquer caso, que a liberdade de expressão serve de fundamento para o exercício de outras liberdades. É esse o motivo pelo qual, no Direito norte-americano, existe o critério – formulado pela Suprema Corte – de uma “*preferred position*” em abstrato da liberdade de expressão, quando em conflito com outros direitos da personalidade.<sup>49</sup>

No Direito inglês, a articulação entre liberdade de expressão e privacidade desenvolveu-se de outra maneira. Sempre houve uma deferência tradicionalmente acentuada com a liberdade de expressão, inexistindo – como pudemos demonstrar – um direito autônomo à privacidade. A inserção desse direito de maneira autônoma no sistema jurídico inglês ocorreu muito tardiamente, sendo então levados aos tribunais diversos conflitos de interesses. Muito rapidamente, entretanto, as cortes inglesas passaram a inclinar-se mais e mais para a tutela da privacidade, de maneira a esbarrar no limite do interesse público

de que certas informações, ideias, opiniões e pensamentos sejam divulgados. O estudo do Direito inglês nos serve intrinsecamente pela riqueza de experiências jurídicas que a abordagem comparatista proporciona e extrinsecamente pelo alerta quanto à necessidade de constantemente repensar o conflito entre esses direitos.

No Direito brasileiro, o equilíbrio entre direito à privacidade e direito à liberdade de expressão traduz-se, de maneira geral, em uma questão de ponderação de interesses. Trata-se, após a identificação do conflito principiológico, de “impor ‘compressões’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável a sua convivência com o outro”.<sup>50</sup> A ponderação deve ser feita necessariamente à luz do caso concreto com auxílio do princípio da proporcionalidade, respeitando-se o peso específico dado a cada direito.

O direito à liberdade de expressão – como apontamos – é meio para o exercício de outras liberdades, mas essa condição não afasta a existência de limites, dentre os quais se inclui a preservação de uma esfera individual imune à intromissão de outrem. Trata-se da privacidade protegida pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal, que pode servir de exceção à liberdade de expressão, nos termos do artigo 220, § 1º.<sup>51</sup>

A extensão do poder do Judiciário para impedir previamente o exercício da liberdade de expressão em deferência à privacidade representa uma das principais discussões atuais da doutrina. A conclusão de Luís Roberto Barroso, no sentido de que “como regra, só cabe examinar o conteúdo de uma manifestação de pensamento *a posteriori*”,<sup>52</sup> caminha em direção oposta ao que se observou no Direito inglês, onde a liberdade de expressão representava um valor tão ou mais protegido do que no Direito brasileiro e, mais recentemente, houve uma reorientação no sentido da privacidade. Uma questão ainda controversa é a utilização desse conflito de direitos como subterfúgio para que outros cerceamentos à liberdade de expressão venham a

ocorrer, a exemplo do que se constatou no caso *Trafigura*.

## CONCLUSÃO

A inserção do direito à privacidade como direito autônomo no sistema jurídico inglês alterou de maneira considerável a proteção dada à liberdade de expressão. Em um curto espaço de tempo, as cortes inglesas reduziram o peso específico da liberdade de expressão nas ponderações dos conflitos com o direito à privacidade. O reflexo prático dessa reorientação foi observado no emprego de *injunctions* – um remédio processual típico do Direito inglês – para impedir *a priori* a divulgação de informações e, em um estágio mais avançado, a divulgação da existência da própria *injunction*.

As constantes tentativas de burlar as *super-injunctions* – seja pelo emprego de meios eletrônicos, pela divulgação de informações a partir do exterior ou ainda pela utilização de imunidades parlamentares – são parte da reação dos mais diversos setores da sociedade inglesa. A contrarreação se materializou mais recentemente numa novíssima classe de *injunctions* que incluem, além das demais já existentes, a proibição de que qualquer indivíduo fale sobre determinado assunto com membros do Parlamento, jornalistas e advogados. As recém-descobertas *hyper-injunctions* vinham sendo secretamente utilizadas desde 2006, por exemplo, em um caso envolvendo a investigação sobre a utilização de pintura tóxica nos tanques de armazenamento de água de um navio de passageiros.<sup>53</sup> Há outros casos, certamente, cujos fatos e/ou instrumentos processuais ainda não foram descobertos.

O estudo das *super-injunctions* no Direito inglês serve de alerta sobre a possibilidade de que o ponto ótimo da ponderação de interesses possa ser desviado para um ou outro direito, gerando uma preferência teratológica por apenas um dos direitos em conflito. Mais do que isso, o estudo demonstra que o aparente conflito entre liberdade de expressão

e privacidade pode servir de subterfúgio para que a restrição à liberdade de expressão seja realizada com outros fundamentos.

## NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>1</sup> Uma interessante e sintética definição de *injunction* foi dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos: “An injunction is a court order requiring a person to do or cease doing a specific action. Temporary restraining orders and preliminary injunctions are temporary injunctions. They are issued early in a lawsuit to maintain the status quo by preventing a defendant from becoming insolvent or to stop the defendant from continuing his or her allegedly harmful actions. Choosing whether to grant temporary injunctive relief is a discretionary power of the court. Permanent injunctions are issued as a final judgment in a case. Failure to comply with an injunction may result in being held in contempt of court”. Nesse sentido, cf. United States Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>2</sup> O Direito inglês teve, desde o século XV, uma estrutura dualista que o opõe aos sistemas jurídicos do continente europeu. De um lado, compõe-se da *common law* e de outro da *equity*. A *equity* surgiu como um complemento à *common law*, consistindo em vias processuais para determinados tribunais – originalmente para o monarca representado pelo *Chancellor* – que buscavam tornar as decisões mais justas. O procedimento nas cortes de *equity* se caracteriza por uma relativa redução do formalismo das cortes de *common law*. DAVID, René. *O Direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9-11.

<sup>3</sup> WÖRLEN, Reiner; BALLEIS, Kristina; ANGRESS, Alexandra. *Introduction to English Civil Law*. 5th ed, Münster: Alpmann Schmidt, 2012, v. 1, p. 35.

<sup>4</sup> GRAF VON BERNSTORFF, Christoph. *Einführung in das englische Recht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 173.

<sup>5</sup> GRAF VON BERNSTORFF, Christoph. *Einführung in das englische Recht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 174.

<sup>6</sup> BOLFER, Sabrina Ribas. *Anti-suitinjunctions e arbitragem comercial internacional*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. p. 10.

<sup>7</sup> As *anti-suitinjunctions* não são completamente desconhecidas no Direito brasileiro. Em alguns casos, as *anti-suitinjunctions* foram concedidas como antecipação de tutela em ações cautelares, buscando a suspensão ou a não instituição de um procedimento arbitral. Nesse sentido, cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 197.978-4/0*. TRW Automotive South America S.A. e Celso Varga. Relator: Desembargador Sousa Lima. São Paulo, 9 de maio de 2001. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/Celso\\_Varga\\_versus\\_TRW\\_agravo.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Celso_Varga_versus_TRW_agravo.pdf)>. Acesso em 30 ago.

2013; RIO GRANDE DO SUL. 2ª Vara de Fazenda Pública de Porto Alegre. AC nº 00109052374. Rio Grande Energia S.A. e AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia. Juiz Cláudio Luís Martinewski. Porto Alegre, 12 jan. 2002. Disponível em <[http://www.cbar.org.br/PDF/RGE\\_ versus\\_AES \\_liminar\\_em\\_cautelar.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/RGE_ versus_AES _liminar_em_cautelar.pdf)>. Acesso em 30 ago. 2013; PARANÁ. 3ª Vara de Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba. *Processo* nº 24334. Companhia Paranaense de Energia e UEG Araucária Ltda. Juíza Josély Dittrich Ribas. Curitiba, 3 jun. 2003. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/CopeL\\_ versus\\_UEG.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/CopeL_ versus_UEG.pdf)>. Acesso em 30 ago. 2013; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo* nº 000.03.028994-7. Instituto de Oncologia Kaplan e Syncor Overseas. Relator Desembargador Sérgio Gomes. São Paulo, 24 mai. 2004. Disponível em: [http://www.cbar.org.br/PDF/Syncor\\_ versus\\_Kaplan.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Syncor_ versus_Kaplan.pdf). Acesso em 30 ago. 2013.

<sup>8</sup> Nesse sentido, cf. CLAVEL, Sandrine. Anti-suitinjunctions et arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, 2001.

<sup>9</sup> GAILLARD, Emmanuel. Anti-suitinjunctions et reconnaissance des sentences annulées au siege: une evolution remarquable de la jurisprudence américaine. *Journal du Droit International*, n. 4, p. 1106, 2003. No original: “*Une anti-suitinjunction est ordonné à un plaideur par les juridictions d'un État de ne passaisir les juridictions d'un autre État ou um tribunal arbitral, ou, s'ill'a déjà fait, de se désister de l'action en cause*”.

<sup>10</sup> No julgamento, Lord Goff of Chieveley assim dispôs: “*The law relating to injunctions restraining a party from commencing or pursuing legal proceedings in a foreign jurisdiction has a long history, stretching back at least as far as the early 19 century. From an early stage, certain basic principles emerged which are now beyond dispute. First the jurisdiction is to be exercised when the “ends of justice” require it. “...” Second, where the court decides to grant an injunction restraining proceedings in a foreign court, its order is directed not against the foreign court but against the parties so proceeding or threatening to proceed. “...” Third, it follows that an injunction will only be issued restraining a party who is amenable to the jurisdiction of the Court, against whom an injunction will be an effective remedy. “...” Fourth, it has been emphasised on many occasions that, since such an order indirectly affects the foreign court, the jurisdiction is one which must be exercised with caution*”. Privy Council, *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*. [1987] AC 871, § 24.

<sup>11</sup> Artigo 10. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício

desta liberdade, porquanto implique deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

<sup>12</sup> Artigo 8º. 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 para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

<sup>13</sup> A Corte ponderou, no caso, que “*it would be too restrictive to limit the notion to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude there from entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings*”. ECHR, *Niemietz v. Germany*, n. 13710/88, 16 Dec 1992. Series A 251-B, § 29.

<sup>14</sup> No original: “*the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest*”. ECHR, *Von Hannover v. Germany*, n. 59320/00, 24 Jun 2004, § 76.

<sup>15</sup> FENWICK, Helen; PHILLIPSON, Gavin. Confidence and privacy: a re-examination. *Cambridge Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 449, 1996.

<sup>16</sup> No original: “*in the English law there is no right to privacy, and according there is no right of action for a breach of person privacy*”. Court of Appeals of England and Wales, *Kaye v. Robertson*. [1991] FSR 62.

<sup>17</sup> FENWICK, Helen; PHILLIPSON, Gavin. Confidence and privacy: a re-examination. *Cambridge Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 451, 1996.

<sup>18</sup> Court of Appeals of England and Wales, *Douglas and Others v. Hello! Ltd*. [2005] EWCA Civ 595.

<sup>19</sup> Na *common law*, os ilícitos civis (*torts*) se apresentam tipificados. Nesse gênero, inclui-se o ilícito de publicação de informações que possam denegrir a imagem de uma pessoa física ou jurídica (*libel*). GRAF VON BERNSTORFF, Christoph. *Einführung in das englische Recht*. 4ª ed. München: C. H. Beck, 2011.

p. 58.

<sup>20</sup>Eis a conclusão do juiz Eady na decisão do caso: “*I decided that the Claimant had a reasonable expectation of privacy in relation to sexual activities (albeit unconventional) carried on between consenting adults on private property. I found that there was no evidence that the gathering on 28 March 2008 was intended to be an enactment of Nazi behaviour or adoption of any of its attitudes. Nor was it in fact. I see no genuine basis at all for the suggestion that the participants mocked the victims of the Holocaust. There was bondage, beating and domination which seem to be typical of S and M behaviour. But there was no public interest or other justification for the clandestine recording, for the publication of the resulting information and still photographs, or for the placing of the video extracts on the News of the World website – all of this on a massive scale. Of course, I accept that such behaviour is viewed by some people with distaste and moral disapproval, but in the light of modern rights-based jurisprudence that does not provide any justification for the intrusion on the personal privacy of the Claimant.*” EWHC, Mosley v. News Group newspaper Ltd. [2008] EWHC 1777 (QB), § 232-233.

<sup>21</sup>EWHC, Mosley v. News Group newspaper Ltd. [2008] EWHC 1777 (QB), § 236.

<sup>22</sup>ECHR, Mosley v. United Kingdom, n. 48009/09, 10 May 2011.

<sup>23</sup>ECHR, Mosley v. United Kingdom, n. 48009/09, 10 May 2011.

<sup>24</sup>No original: “*Confidentiality...will be lost completely if an injunction against disclosure is not granted when appropriate.*” EWCA, Greene v Associated Newspapers Ltd. [2004] EWCA Civ 1462, § 78.

<sup>25</sup>No original: “*If an interim injunction is to be granted, it is essential that it is granted promptly because otherwise the newspaper will be published and then, from the claimant’s point of view, the damage will have been done.*” EWCA, A v B (Flitcroft v MGN Ltd).[2002] EWCA Civ 337.

<sup>26</sup>Para uma análise dos argumentos principais acerca da questão, cf. PHILLIPSON, Gavin. Max Mosley goes to Strasbourg: article 8, claimant notification and interim injunctions. *Journal of Media Law*, v. 1, n. 1, p. 73-96, p. 83, 2009. Em sua análise, o autor afirma que: “*There is thus more or less universal agreement that in most cases involving unauthorised disclosure of sensitive personal information, an injunction is the only effective remedy. The Strasbourg court also appears to have accepted that, at least in serious cases, only a method by which such disclosure may be prevented can satisfy Article 8.*”

<sup>27</sup>Stars Boost Use of U.K. Gag Rules. *The Wall Street Journal*, 8 Oct 2010. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704011904575538002160153046.html>>. Acesso em 12 mar. 2013; Courts ‘too quickwith gag orders’. *Express*, 1 Jun 2011. Disponível em: <<http://www.express.co.uk/news/uk/250129/Courts-too-quick-with-gag-orders>>. Acesso em 12 mar. 2013.

[www.express.co.uk/news/uk/250129/Courts-too-quick-with-gag-orders](http://www.express.co.uk/news/uk/250129/Courts-too-quick-with-gag-orders)>. Acesso em 12 mar. 2013.

<sup>28</sup>EWHC, CTB v Group Newspapers Ltd & Anor.[2011] EWHC 1232 (QB).

<sup>29</sup>A conclusão do tribunal, na decisão do caso, foi assim registrada: “*There is no doubt that the Claimant has a reasonable expectation of privacy in respect of the information in question, or that the Article 8 rights of other family members are engaged. There is no reason why the Article 10 rights of the Defendants or indeed of anyone else should prevail and, therefore, the “ultimate balancing” comes down firmly in favour of protecting the Claimant’s rights. Furthermore, in view of the clear risk of publication in the media, there is unfortunately no other means open to the court of fulfilling its obligation under the Human Rights Act to protect those rights than to grant a contra mundum injunction. Accordingly, it is necessary and proportionate to do so.*” EWHC, OPQ v. BJM & CJM. [2011] EWHC 1059 (QB), § 26.

<sup>30</sup>No Direito brasileiro, o mecanismo processual mais próximo das *super-injunctions* seria a antecipação de tutela em ação de obrigação de não fazer. As *injunctions* caracterizam-se por conter ordens judiciais determinando que seus destinatários realizem ou se abstenham de determinado comportamento. No caso das *super-injunctions*, esse comportamento é, em geral, a publicação de alguma informação e, quase sempre, os tribunais satisfazem a pretensão do autor antecipadamente, desde que respeitados alguns requisitos. Sobre a antecipação de tutela em ações de obrigação de fazer e não fazer, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, v.2, n. 4, p. 111-124, 1997. Frise-se, por oportuno, que a comparação de institutos em diferentes sistemas jurídicos encarta, quase sempre, um desafio teórico e metodológico, tendo em vista as peculiaridades presentes em cada um dos sistemas considerados.

<sup>31</sup>Nesse sentido, cf. UKHL, Cream Holdings Limited and others (Respondents) v. Banerjee and others (Appellants).[2004] UKHL 44, § 22. No referido precedente, afirmou-se que: “*Section 12(3) makes the likelihood of success at the trial an essential element in the court’s consideration of whether to make an interim order. But in order to achieve the necessary flexibility the degree of likelihood of success at the trial needed to satisfy section 12(3) must depend on the circumstances. There can be no single, rigid standard governing all applications for interim restraint orders. Rather, on its proper construction the effect of section 12(3) is that the court is not to make an interim restraint order unless satisfied the applicant’s prospects of success at the trial are sufficiently favourable to justify such an order being made in the particular circumstances of the case.*”

<sup>32</sup>Em EWCA, Murray v. Big Pictures Ltd. [2088] EWCACiv 446,

§ 36, o tribunal apresentou a seguinte ponderação: “As we see it, the question whether there is a reasonable expectation of privacy is a broad one, which takes account of all the circumstances of the case. They include the attributes of the claimant, the nature of the activity in which the claimant was engaged, the place at which it was happening, the nature and purpose of the intrusion, the absence of consent and whether it was known or could be inferred, the effect on the claimant and the circumstances in which and the purposes for which the information came into the hands of the publisher”.

<sup>33</sup> A análise dos direitos em conflito compreende, de acordo com o precedente da *House of the Lords*, quatro etapas: “First, neither article has as such precedence over the other. Secondly, where the values under the two articles are in conflict, an intense focus on the comparative importance of the specific rights being claimed in the individual case is necessary. Thirdly, the justifications for interfering with or restricting each right must be taken into account. Finally, the proportionality test must be applied to each. For convenience I will call this the ultimate balancing test. This is how I will approach the present case”. UKHL, In re S (FC) (a child) (Appellant). [2004] UKHL 47, § 17

<sup>34</sup> Nesse sentido, afirmou-se, em *EWCA, Associated Newspapers Ltd. v. His Royal Highness the Prince of Wales*. [2006] EWCA Civ 1776. § 68, que: “The test to be applied when considering whether it is necessary to restrict freedom of expression in order to prevent disclosure of information received in confidence is not simply whether the information is a matter of public interest but whether, in all the circumstances, it is in the public interest that the duty of confidence should be breached”.

<sup>35</sup> TAWIAH, Theophilus. Privacy right and common law protection. *Journal of Law, Policy and Globalization*, v. 7, p. 12-16, 2012.

<sup>36</sup> GRABINER, Anthony. Sex, scandal and super-injunctions: the controversies surrounding the protection on privacy. *Israel Law Review*, v. 45, n. 3, p. 537-553, 2012.

<sup>37</sup> AMNESTY INTERNATIONAL AND GREENPEACE NETHERLANDS. *The toxic truth about a company called Trafigura, a ship called Probo Koala and the dumping of toxic waste in Côte d’Ivoire*. London: Amnesty International Publications, 2012, p. 8.

<sup>38</sup> AMNESTY INTERNATIONAL AND GREENPEACE NETHERLANDS. *The toxic truth about a company called Trafigura, a ship called Probo Koala and the dumping of toxic waste in Côte d’Ivoire*. London: Amnesty International Publications, 2012, p. 9.

<sup>39</sup> AMNESTY INTERNATIONAL AND GREENPEACE NETHERLANDS. *The toxic truth about a company called Trafigura, a ship called Probo Koala and the dumping of toxic waste in Côte d’Ivoire*. London: Amnesty International

Publications, 2012, p. 9.

<sup>40</sup> AMNESTY INTERNATIONAL AND GREENPEACE NETHERLANDS. *The toxic truth about a company called Trafigura, a ship called Probo Koala and the dumping of toxic waste in Côte d’Ivoire*. London: Amnesty International Publications, 2012, p. 10.

<sup>41</sup> LEIGH, David; HIRSCH, Afua. Papers prove Trafigura ship dumped toxic waste in Ivory Coast. *The Guardian*, 14 may 2009. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/environment/2009/may/13/trafigura-ivory-coast-documents-toxic-waste>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

<sup>42</sup> LEIGH, David. Guardian gagged from reporting parliament. *The Guardian*, 12 Oct 2009. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/media/2009/oct/12/guardian-gagged-from-reporting-parliament>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<sup>43</sup> RUSBRIDGER, Alan. Trafigura: anatomy of a super-injunction. *The Guardian*, 20 Oct 2009. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/media/2009/oct/20/trafigura-anatomy-super-injunction>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

<sup>44</sup> LEIGH, David. Gag on Guardian reporting MP’s Trafigura question lifted. *The Guardian*, 13 Oct 2009. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/media/2009/oct/13/guardian-gagged-parliamentary-question>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 94-95.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

<sup>47</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. *Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39.

<sup>48</sup> MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 290.

<sup>49</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 175.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 102.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 363.

<sup>52</sup> O autor acrescenta: “Somente em situações excepcionais é

possível sua interdição prévia, mesmo por ordem judicial. As violações eventuais devem resolver-se em perdas e danos, apurados mediante devido processo legal”. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 365.

<sup>53</sup> SWINFORD, Steven. Hyper-injunction stops you talking to MP. *The Telegraph*, 21 Mar 2011. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/8394566/Hyper-injunction-stops-you-talking-to-MP.html>>. Acesso em: 13 abr. 2013.