

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À PRIVACIDADE: PROPOSTA DE REVISÃO CONCEITUAL A PARTIR DE LEADING CASES

THE NEW OUTLINES OF THE RIGHT OF PRIVACY: A CONCEPTUAL REVIEW FROM LEADING CASES

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves

Resumo

Na sociedade contemporânea, nominada de sociedade da informação, os contornos clássicos do direito à privacidade não se afiguram mais capazes de proteger os dados pessoais de cada um. Se antes esse direito era concebido como um direito de proteção do indivíduo ante as interferências externas, presentemente, mesmo pelo progresso tecnológico e científico, mais parece que se deva tutelar o direito à autodeterminação informativa, em vista das potenciais e graves lesões que a veiculação de dados pode acarretar. Nesse contexto, pretende-se com o estudo apontar os novos contornos do direito à privacidade na atualidade, com o objetivo de, uma vez identificadas as fronteiras do bem jurídico a ser protegido, ser possível dedicar tutela diferida capaz de resguardar a privacidade devidamente. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional e comparada.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Direito à privacidade, Sociedade de informação, Autodeterminação informativa.

Abstract/Resumen/Résumé

On the contemporary society, named information society, the classic contours of the right to privacy are not able anymore to protect personal data of each person. If, at times before, this right was conceived as a right of protection of each person in front of the external inferences, nowadays, even through the scientific and technological progress, it seems like it should be protected the right to the informative self-determination, while the potential and serious torts that the spreading of information may cause. In this context, from this article, it is intended to appoint the new contours of the right to privacy in modern times, once identified the limits of the juridical asset to be protected, with the main target on the possibilities to dedicate an different protection able to secure the right to privacy properly. In order to reach theses objective, it has been done bibliographic and documental research, using compatible doctrine, leading cases, national and international law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Right to privacy, Information society, Informative self-determination.

Introdução

O Direito é reiteradamente instado a se reformular para resolver questões que antes sequer existiam. O progresso tecnológico aliado às mudanças sociais põem em cheque os contornos clássicos dos direitos, sendo impactados nesse processo, inclusive, os direitos fundamentais e da personalidade. Nesse contexto, o direito à privacidade, que transita entre as duas categorias mencionadas, precisa ser revisto, não podendo manter sua formulação tradicional, sob pena de fracassar na proteção do bem jurídico que pretende tutelar: a vida plena do ser humano na sua dimensão individual.

Como todo direito, o direito à privacidade foi produto de uma determinada época. Arraigado com os valores do final do século XIX e do início do século XX, seu conteúdo foi balizado pela perspectiva liberal, como um verdadeiro direito de resistência à ingerência estatal. Fruto da própria natureza do Estado Liberal, tal direito consistia no direito a ficar só – *the right to be let alone* –, sendo um direito de defesa e de proteção do indivíduo contra investidas externas, inicialmente contra o Estado e depois contra particulares.

No entanto, contemporaneamente, não mais se ampara o direito à privacidade nos moldes clássicos. Se antes era possível o sujeito murar-se e preservar suas informações dentro de um espaço pretensamente intangível, na sociedade atual, chamada de sociedade da informação ou de vigilância, os dados de cada um encontram-se espalhados.

Assim, parece mais coerente hoje, quando se fala em direito à privacidade, tratar de autodeterminação informativa, doutrina desenvolvida na Europa, como direito da manter domínio sobre as próprias informações. Isso porque não basta mais falar em direito à privacidade como um direito de exclusão ou de simples defesa, na perspectiva clássica, a partir do momento que as informações das pessoas não estão mais em seu poder. Destaque-se, de logo, que não se defende o esvaziamento do conceito clássico, este, sem dúvidas, remanesce, mas precisa ser revisto para atender às novas demandas.

Nessa linha de intelecção, não adianta mais “murar” a privacidade, uma vez que as informações já ultrapassaram os limites da fortaleza individual de cada um. A privacidade, portanto, deve ser encarada como a possibilidade de ter controle de circulação desses informes, bem como de ter escolha sobre o conhecimento dos dados que podem ser conhecidos por terceiros e publicizados ao público e/ou à própria pessoa, quando se trata do direito a não saber.

Verifica-se, desse modo, que os impactos da pós-modernidade¹ na construção teórica do direito à privacidade são significativos. A defesa que se faz hoje é que os dados pessoais e as informações de um modo geral tornaram-se os bens jurídicos mais importantes e, por consequência, a sua proteção precisa ser resignificada, muito em decorrência do seu alto potencial lesivo.

A título exemplificativo, lembre-se como é comum nos tempos atuais que uma pessoa sofra com as ações deletérias de *hackers*, no que se refere a dados bancários e cadastrais. Sem a anuência do titular, compras podem ser feitas e contas de banco zeradas em um simples *clic*.

A problemática, todavia, não se esgota em questões estelionatárias com repercussões patrimoniais. Longe disso. Indo além na investigação das possibilidades danosas da malversação dos dados e informações é que se percebe o quanto se precisa discutir sobre a temática. Especialmente quando se trata de dados sensíveis, como aqueles relacionados à origem étnica ou racial, às opiniões políticas, às preferências sexuais, ao patrimônio genético do indivíduo, às crenças religiosas, às opções políticas ou filosóficas e às questões relacionadas à saúde.

O direito a não saber de dados relativos à saúde, o direito ao esquecimento, a privacidade em casos de redesignação sexual, as repercussões penais da privacidade e a privacidade em lugares públicos, por exemplo, são discussões atuais que permeiam a matéria e necessitam de um estudo acurado para a proposição de resoluções.

Por óbvio, o presente trabalho tem pretensões muito mais humildes do que oferecer a saída para cada uma dessas tortuosas questões. Pretende-se, mesmo que em caráter inicial, fomentar o debate sobre algumas dessas questões.

Importante consignar, preliminarmente, que o estudo ora apresentado tem por meta rever as novas fronteiras conceituais do direito à privacidade, sem a ambição de adentrar na seara na responsabilidade civil, que seria a medida compensatória quando do malferimento desse direito, por meio do dano moral. Advoga-se, inclusive, que em não poucos casos, o caráter não pecuniário da indenização deveria ser adotado. Como essa discussão demandaria esforços de outra monta e fugiria ao escopo deste estudo, outro trabalho no futuro tratará do

¹ O paradigma pós-moderno tem como nota as incertezas, a transitoriedade e a crítica à tradição não reiterada. Sendo assim, no atual estado da arte, nomeado por Giddens de modernidade tardia, por Ulrich Beck de modernidade reflexiva e por Georges Balandier de supermodernidade, não cabe mais a repetição de modelos, sendo mais relevante a criação de novos arquétipos ou a releitura dos desenvolvidos sob a lente dos valores agora imperantes. Em relação à questão terminológica, a doutrina é cambiante. Bauman, ao contrário dos autores referenciados, prefere usar a nomenclatura “pós-modernidade” para tratar do “tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo”. (1998, p.30). Para os fins deste trabalho, todos os termos serão utilizados como sinônimos.

tema. Para já, portanto, a questão escora-se nas definições do bem jurídico que se deve tutelar e não nas repercussões indenizatórias.

Em relação aos dados relativos à saúde, desponta interesse acadêmico e pragmático a análise da posição adotada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.195.995/SP. Discutiu-se, no caso, se há direito a não saber de doença potencialmente contagiosa quando não existe requisição específica do paciente. Entre os ministros, houve divergência, tendo votos sentido antagônicos: reconhecendo e afastando do direito a não saber e, por conseguinte, o direito a receber indenização por danos morais e materiais. O segundo entendimento, que confronta a posição adotada neste trabalho, logrou-se vencedor.

A discussão do direito a não saber como corolário do direito à privacidade e suas implicações no redimensionamento do âmbito de proteção deste direito importa à teoria geral dos direitos da personalidade na medida em que toca em atributos essenciais à pessoa e, de modo indireto, na dignidade da pessoa humana, merecendo o devido debate teórico para a sustentação de uma tutela diferencial que proteja a pessoa e seus dados mais caros. Além do direito a não saber, outras discussões serão levantadas, como o direito ao esquecimento, a criação de banco de dados genéticos de presos, a privacidade nos casos de redesignação sexual e privacidade em lugares públicos.

Partindo da hipótese de que a pessoa merece tutela integral, entende-se que a análise do tema não pode se confinar nos estreitos limites conceituais propostos pela visão tradicional de privacidade, ainda mais se adotada a posição que repele a tratativa dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 como *numerus clausus*. Ao revés, com o processo de evolução social, o direito deve se reformular, pensando em novas formas de tutelar os direitos da personalidade que merecem a devida guarda por serem positivados e protegidos em sede civil, mas com o devido amparo constitucional.

Cabe ao presente artigo, portanto, abordar a privacidade como um importante aspecto da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual merece tutela diferida em determinadas questões. Sinaliza-se, de logo, que, apesar da importância da privacidade, quando relacionada aos dados sensíveis, a discussão ora proposta não se alinha à tese de que há situações absolutas. É o caso concreto que irá informar como o julgador, de modo fundamentado, deve se posicionar.

Para a análise do problema posto em foco, adotou-se uma metodologia qualitativa lastreada em pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação

nacional e comparada. O referencial teórico foi coletado levando-se em conta a pertinência temática, em busca exploratória aleatória.

O desenvolvimento do trabalho se consolida em quatro partes, com as devidas subdivisões: a primeira parte versará sobre alguns aspectos conceituais do direito à privacidade, trazendo breve apanhado histórico, pela importância de um estudo contextualizado, para depois apresentar os principais marcos teóricos sobre o tema. Seguindo, a discussão aborda o enquadramento teórico do direito à privacidade dentro da dinâmica dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, oportunidade em que será indicada a perspectiva adotada pelo trabalho. Depois, parte do estudo tratará sobre os efeitos da sociedade de informação na tutela da privacidade, mostrando a evolução da proteção da privacidade desde o princípio *the right to be let alone* até a defesa do direito à autodeterminação informativa. Estabelecidas as premissas conceituais e históricas, na quarta e última parte, far-se-á a análise crítica de algumas situações paradigmas, como o direito a não saber, o direito ao esquecimento, a criação de banco de dados genéticos de criminosos, a privacidade nos casos de redesignação sexual e a privacidade em lugares públicos, questões essas que demonstram a necessidade de uma tutela diferida da privacidade no atual estado da arte.

1 Aspectos históricos e conceituais do direito à privacidade

1.1 A importância da historicidade no conhecimento jurídico

A pretensão de conhecer o momento presente não pode descurar da investigação do passado. Volver os olhos aos acontecimentos antecedentes é imprescindível para tentar compreender a atualidade. E mais: se o passado ajuda na compreensão do presente, não é menos verdade que é o presente que dá pistas do que está por vir no futuro.² Servindo essa noção para o conhecimento de um modo geral, a abordagem histórica da fenomenologia importa sobretudo à Ciência do Direito.

² Em análise sobre a relação de passado, presente e futuro, Edgar Morin é contra uma concepção simplista que acredita no conhecimento pleno do passado e do presente e, por uma causalidade retilínea, acredita em um futuro previsível. Para ele, “a evolução não obedece nem às leis nem aos determinismos prepotentes. Não é mecânica nem linear. Nela não existe um fator dominante que permanentemente comanda a evolução. [...] A realidade social é multidimensional; ela comporta fatores geográficos, econômicos, técnicos, políticos, ideológicos... Num dado momento, alguns destes fatores podem ser dominantes, mas existe rotatividade no domínio. A dialética não caminha sobre os pés nem sobre a cabeça; ela gira, pois é antes de tudo jogo de inter-retro-ações, isto é, elo em perpétuo movimento. Deste fato decorre que tudo aquilo que é evolutivo obedece a um princípio multicausal” (2010, p.15). Na mesma linha de intelecção, Daniel Bensaïd sobre a não linearidade da história: “*Se trata de terminar con una representación de la historia lineal en su curso y homogénea en sus momentos, donde flujo temporal y significación no debería reducirse al relato encargado de ordenar el caos de los hechos. [...] El desarrollo desigual entre esferas sociales, jurídicas y culturales obliga, por el contrario, a pensar un progreso que no sea ni automático ni uniforme. La historia no es un largo río tranquilo.*” (2003, p.48 e p.51).

Valendo-se das palavras de Del Vecchio (1979, p.31), a importância da história reside no fato de que ela oferece um “repositório de observações, de raciocínios, de distinções, que a um homem só, no decurso da vida, seria impossível ocorrer”. Desconsiderá-la, no entendimento do autor, seria “o mesmo que a qualquer artífice actual que, agora, seria incapaz de ser o inventor de todos os instrumentos de sua arte”.

Assim, para os fins deste estudo, lembra-se, ainda que sumariamente, a evolução histórica do direito à privacidade, com especial destaque ao contexto histórico da época, às ideias que influenciaram sua elaboração e seu conteúdo, para depois ser possível tratar aspectos conceituais clássicos e contemporâneos.

1.2 Principais marcos teóricos e a visão clássica do direito à privacidade

Apesar de ganhar contornos mais bem definidos somente em no final do século XIX, o direito à privacidade já se apresentava timidamente antes. Segundo José Adércio Sampaio (1998, p. 55), data do século XVI, na Inglaterra, o princípio da inviolabilidade do domicílio – *man's house in his castle*. Em meados do século XIX, é possível identificar, na Alemanha e na França, articulação da doutrina e da jurisprudência na defesa do direito à privacidade.

Todavia, é unívoco que o marco teórico mais significativo sobre o tema foi o texto da lavra de Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Bradeis publicado na *Havard Law Review* em 1890 titulado *The right to privacy*. Em análise cuidadosa dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, os autores citados sustentaram que era preciso a defesa de um direito à privacidade, pois as leis deveriam ampliar sua proteção para resguardar a vida do homem e o seu direito de ser deixado só para gozar a vida.³

É a partir daí, portanto, que se reconhece o direito do indivíduo de estar só em seus sentimentos, emoções e pensamentos. O desenvolvimento doutrinário e o reconhecimento em sede jurisprudencial culminaram no reconhecimento normativo, inicialmente no plano internacional.

Já na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 consta referência

³ *That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession - intangible, as well as tangible.*

específica sobre a temática, quando o artigo XII prescreve que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.⁴

Contudo, apesar do reconhecimento de tal direito no plano internacional, sua proteção era mitigada pela carência de instrumentos de direito interno hábeis a tutelá-lo. Tal diagnóstico foi feito por David Flaherty (1991):

Historically, privacy has been largely a nonlegal concept in the sense that individuals have asserted both broad and narrow claims to individual privacy and could largely defend themselves against any challengers. At best, only marginal legal intervention to protect privacy interests occurred, as in common law prosecutions for eavesdropping. This has changed dramatically since the early phases of industrialization in the nineteenth century. Despite one's best-intentioned efforts to maintain privacy, the operation of external laws and authorities has become essential for its preservation. Successive phases of mechanization and automation, from the telegraph and the telephone to computers and telecommunications devices, have challenged privacy in ways that few individuals can overcome alone.

Na tentativa de resolver tal deficiência, Paulo José da Costa Júnior (2007, p.81-82) adverte que tal direito foi inicialmente defendido internamente na seara penal, destacando-se inicialmente a Alemanha e a Itália. Depois, outros países como Áustria, Suíça, Dinamarca e Portugal desenvolveram instrumentos para tutela na esfera penal. Somente depois da afirmação no âmbito internacional e penal é que tal temática viria a ser importada para a perspectiva constitucional e civil segundo o mesmo autor (2007, p.84).

Nota-se, portanto, que em pouco tempo, a tutela da privacidade saiu da abstratividade e generalidade própria dos instrumentos internacionais para ganhar força normativa nos diplomas constitucionais, penais e civis de cada Estado.

No Brasil, a privacidade é defendida por todas essas frentes, o que demonstra sua importância. Bem por isso, o debate teórico precisa ser oxigenado para oferecer novos artifícios que permitam a sua defesa.

1.3 Enquadramento teórico tradicional do direito à privacidade: classificação, conceitos e teorias

Como dito, o tempo é informador do desenvolvimento do direito. Cada momento da história influencia diretamente a construção da ciência jurídica. Bem por isso, é possível

⁴ Outros diplomas reconheceram o direito à vida privada e à intimidade. A título exemplificativo, destacam-se: a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade em 1967, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

sustentar que os direitos foram emergindo pouco a pouco a depender dos interesses e necessidades de cada época.

Observa-se que inicialmente o desenvolvimento do direito à privacidade está associado ao ideal libertário com a defesa dos direitos da liberdade, dentro da dinâmica dos direitos fundamentais. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 564), a primeira geração de direitos fundamentais “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Pretendia-se com eles frear a ingerência e poder Estatal na vida privada e pública, notadamente no mercado e na política, objetivando encerrar o despotismo.

Esses direitos de primeira geração, que surgem na primeira metade do século XVIII, “foram os primeiros direitos do homem a serem positivados e têm como fundamento a famosa hipótese do estado de natureza, que foi, na verdade, apenas uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, novas exigências dos homens” (LOPES, 2001, p. 63).

O direito à privacidade, portanto, insere-se, inicialmente, dentro dessa categoria, uma vez que garante o direito da pessoa de preservar-se, de viver sem ingerências externas. Isso porque, de início, conceitualmente a privacidade lastreava-se na ideia de ficar só.

Conforme bem ilustra Konder (2013, p. 353), historicamente o direito à privacidade guarda raízes no embate entre uma atriz famosa e um jornal de sua época. Relata o autor que “esse acontecimento fez com que os juristas Warren e Brandeis publicassem [...] um artigo em que divulgavam o direito à privacidade como um amplo *right to be let alone*, concepção posteriormente adotada expressamente pela Suprema Corte americana”

Essa ideia sugerida por Warren e Brandeis (1890) do direito à privacidade informa os moldes clássicos desse direito. Na dicção de Konder (2013, p. 353-353), “trata-se da versão original da concepção amplamente difundida entre nós do direito à privacidade como o ‘direito a ficar só’ ou o ‘direito a ser deixado só’; a proteção jurídica de espaços livres de vigilância para o desenvolvimento da personalidade; a defesa de uma existência pessoal única contra perturbações exteriores, como o assédio e a observação.”

Considerando apenas essa concepção clássica, verifica-se que a tutela da privacidade limitava-se à defesa física do sujeito, de seu domicílio e de suas comunicações. No século XIX, a par de dúvidas, portanto, o maior inimigo da intimidade era a imprensa. É nesse momento que a teoria proposta por Warren e Brandeis (1890) ganha formas de refinamento. Livros de direito constitucional mais clássicos desenvolvem a teoria dos círculos concêntricos. Atribui-se a construção teórica deste modelo a um debate entre Heinrich Henkel

e Heinrich Hubmann. No Brasil, a teoria foi difundida por Paulo José da Costa Júnior (2007) e encontra análise crítica em Danilo Doneda (2006) e Bruno Lewicki (2003).

Em linhas gerais, essa teoria sustenta que a “esfera mais ampla da privacidade sucedia a mais restrita da intimidade, acessível somente a pessoas muito próximas, e, enfim, a esfera do segredo, contendo aquilo a que somente seu titular tinha acesso” (KONDER, 2013, p. 355). Sem entrar no mérito da manutenção ou não da referida teoria, é certo que ainda hoje a doutrina se baseia na referido modelo para versar sobre o tema, apesar dos esforços de alguns estudiosos, parece que a teoria ainda se mantém.⁵

Do exposto, valendo-se ainda dos ensinamentos de Konder (2013, p.355-357) constata-se que tal teoria se afirma a partir da “concepção de um indivíduo isolado, ao qual o ordenamento permite a prerrogativa de ‘murar-se’ contra agressões alheias. O sucesso da proteção à privacidade pressupõe, sob esse ponto de vista, a ausência de interferências externas. Trata-se de uma garantia jurídica de isolamento.”

Mas será que essa dinâmica própria dos direitos fundamentais, importada para a teoria clássica dos direitos da personalidade, foi (*rectius*, é) suficiente para proteção da privacidade do homem em sua individualidade e entre seus pares? Pertinente, pois uma análise dos direitos fundamentais em confronto com os direitos da personalidade, oportunidade em que se fará corte teórico da discussão posta em exame.

2 A privacidade como direito da personalidade

Presentemente, não há grandes controvérsias sobre a aceitação dos direitos da personalidade. Mas nem sempre foi assim. É bem certo que essa categoria de direitos foi alvo de severas críticas.

A doutrina clássica repudiou os direitos de personalidade em vista da impossibilidade epistemológica de sua conformação enquanto direito subjetivo (ENNECCERUS, 1934, p.307). Se a personalidade era aquilo que emprestava ao sujeito a capacidade de ser titular de direitos, como poderia, ao mesmo tempo, ser objeto de direito? Não se admitia a construção jurídica una do homem em contraposição àquela construção dogmática convencional que o bipartida em sujeito e respectivo direito, sendo a personalidade compreendida somente como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres” (PEREIRA, 2006, p.213).

⁵ Sobre a teoria mosaico proposta por Fulgêncio Madrid Conessa, por todos, recomenda-se a leitura de Leonardo Roscoe Bessa (2003, p. 91). Para o autor, pouco importa a qual esfera a informação pertence, sendo mais importante verificar o uso que se fará dela para a devida defesa.

No entanto, conforme adverte Moraes (2010, p. 126), a transposição do arranjo dos direitos subjetivos das relações patrimoniais não se ajusta às relações existenciais. A dualidade direito e objeto de direito típica do esquema do direito subjetivo não se adéqua aos casos em que se tutela o homem, porque tanto um como o outro repousam na própria pessoa.

Tepedino (2008, p.27) sinaliza que a premissa dessas teorias negativistas dos direitos da personalidade logo foi posta em cheque, haja vista que a natureza multifacetada da personalidade se apresenta tanto sob o viés objetivo quanto o subjetivo. Aquele teria o condão de habilitar, dentro da perspectiva dos direitos subjetivos, o sujeito como titular de direitos e/ou obrigações, enquanto este seria o conjunto de características e atributos da pessoa humana, compreensíveis como objeto da proteção jurídica por meio dos direitos da personalidade.

Em virtude da dificuldade da dogmática tradicional em compatibilizar o direito de personalidade à estrutura do direito subjetivo, refugou-se a sua capitulação mais detida entre os institutos do Direito Civil (ALVES, 1999), pelo que apenas 11 artigos foram incorporados ao Código Civil vigente.⁶

No entanto, na contemporaneidade, é premente a funcionalização dos institutos jurídicos e a criação de novas alternativas para a efetiva proteção da pessoa humana para além da figura dos direitos subjetivos. Analisando a questão, Perlingieri (2007, p.121) relembra a origem dos direitos subjetivos, orquestrados para “expressar um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função da solidariedade presente ao nível constitucional”.

Por isso, a taxação dos direitos da personalidade por meio de direitos subjetivos não se afina ao momento em que a proteção da dignidade do homem é objetivo especial do Direito. Para Cunha (2006, p.24), “a redução destes direitos paradigmáticos no novo ordenamento jurídico a poderes ou faculdades de exigir ou pretender... consoante a típica definição do direito subjectivo, parece parco para os captar na sua integralidade.”

Relembrando a análise de Giddens (1991) sobre a modernidade reflexiva, é de considerar que o desenho das relações sociais e jurídicas se expandiu e já não cabe na estrutura dos direitos subjetivos. As pessoas se entrecruzam nas redes sociais, a privacidade é

⁶ Alves (1999) assevera que “também se abriu um capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, mas os seus princípios fundamentais. Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão singela: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito, pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade uma da pessoa física ou natural.”

relativizada pela vigilância e a identidade já não é unificada. O sujeito fragmentado é confrontado por uma multiplicidade de identidades possíveis com as quais se identifica temporariamente, na medida em que os sistemas de significação e de representação cultural também se multiplicam (HALL, 2011, p.13). Ante a ausência de uma identidade unificada do nascimento à morte, permite-se a apropriação do gênero diverso da expressão biológica, a redesignação sexual e a união entre pessoas do mesmo sexo. Enfim, tais mudanças demandam ajustes para os institutos tradicionais do Direito.

Retomando-se a lição de Perlingieri (2007, p. 34), “não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’”; é necessária a predisposição para reconstruir o Direito Civil com uma tutela qualitativamente diversa da plêiade de dispositivos zelosos da propriedade. Esse realinhamento do Direito Civil para acompanhar a tutela do sujeito pós-moderno passa, sem dúvida, pelo reconhecimento do direito geral de personalidade e pelo reconhecimento do perfil funcional de cada instituto.

A proteção integral de um sujeito multifacetado não se materializa pela articulação da tutela de bens pontuais. Não sem razão, a proteção da personalidade do homem nos diversos países ocidentais se faz pela cláusula geral de tutela e não apenas por um *numerus clausus* direitos especiais (SOUSA, 1995, p.84) ⁷.

No Brasil, se o capítulo *Dos Direitos da Personalidade* do Código Civil for analisado isoladamente levará a conclusão de que o legislador ordinário optou por elencar apenas alguns direitos especiais de personalidade: o direito ao corpo (arts. 13 a 15), o direito ao nome (art. 16 a 19), o direito à honra (art. 17 e 20), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21).

No entanto, observado o sistema jurídico pátrio há de se admitir a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana tanto pelo direito geral de reparação do dano (art. 927, *caput* e parágrafo único) quanto pela principiologia constitucional, o que é mais importante. Pois, pela articulação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito geral de liberdade e o direito fundamental a igualdade, é possível remontar cláusula geral de tutela da pessoa. Essa construção que no Brasil é defendida por Tepedino (2008,

⁷ O texto, *in verbis*, diz: “[...] aliás, bem se entende na medida em que o homem actual vem compreendendo que a tutela multiparcelar das suas diferentes expressões da personalidade acaba por torná-lo uma presa fácil da estrutura do poder dominante, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade. Daí a nova luta pela unidade e pela expansividade da personalidade humana bem como pela antropocentralização das regras jurídicas, de que constitui uma das dinâmicas mais significativas a consagração de um direito geral de personalidade, enquanto matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade.”

p.48), Moraes (2003, p.117) e já pode ser observada em diversos julgados dos tribunais superiores⁸.

Do direito comparado, notadamente da doutrina italiana e portuguesa, se espraiam os argumentos para sustentação do direito geral de personalidade. Compreendem que a atomização dos direitos da personalidade não atende a tutela da personalidade humana una, indivisível e multifacetada; que a tutela fragmentada não daria conta das situações subjetivas que envolvem o sujeito em suas multiformes fases da vida do nascimento à morte.

Na percepção de Perlingieri (2007, p. 155), tendo como mote o art. 2º da *Costituzione Della Repubblica Italiana*, a personalidade é um valor.⁹

Capelo de Sousa (1995, p. 559) também defende a tutela integral da pessoa pelo direito geral de personalidade. Embora reconheça a importância dos direitos especiais, destaca a importância do Direito Geral de Personalidade como um direito-mãe, apto a assegurar o sujeito quando esgotado os *numerus clausus*.

Garante dos bens essenciais à subjetividade, o direito geral de personalidade, portanto, prescinde de disciplina legislativa ordinária exauriente. Destarte, verificada essa dinâmica dos direitos de personalidade, há de se notar que a tutela da privacidade na sociedade de informação precisa ser remodelada, afastando-se da perspectiva clássica dos direitos fundamentais e aproximando-se da cláusula geral de tutela da pessoa construída pela plataforma dos direitos da personalidade.

É a teoria dos direitos de personalidade que oferece um mapeamento jurídico da pessoa em sua dimensão cotidiana, na sua lida civil ordinária, em si mesma considerada, nas relações habituais perante todos, e não somente em face do Estado, dinâmica clássica dos

⁸ A título exemplificativo, elencam-se algumas decisões do STJ que expressamente mencionam a cláusula geral de tutela da pessoa, a saber: REsp 450.566/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011; REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009; REsp 1000356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010; REsp 872.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008.

⁹ Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas fatispécies concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

direitos fundamentais.¹⁰ Por tudo, credita-se aos direitos da personalidade a potencialidade de defender o direito à privacidade a contento na sociedade de informação.

3 Os efeitos da sociedade de informação na tutela da privacidade: da proteção desde o princípio *the right to be let alone* ao direito à autodeterminação informativa

O ordenamento jurídico brasileiro protege a intimidade e a vida privada no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 e no artigo 21 do Código Civil de 2002. O direito à privacidade refere-se à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, devendo ser esta protegida contra ingerências externas, alheias e não requisitadas.

Contudo, o conceito clássico de intimidade é anacrônico. Se, tradicionalmente, o direito à privacidade era sinônimo do direito a ser deixado só, presentemente pode-se afirmar que a privacidade evoluiu. Está incluso em seu conteúdo a tutela de dados sensíveis,¹¹ de seu controle pelo titular e de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial” (LEWICKI, 2003, p.9).¹²

Para circunscrever a órbita da esfera privada, o autor afirma que esta seria “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”, sendo, em consequência, sua tutela “as escolhas de vida contra toda forma de controle público ou de estigmatização social” (RODOTÀ, 2008, p.92).

Se a interpretação do direito à privacidade antes era restrito, resumindo-se à ideia de que terceiros não poderiam infligir a esfera privada, hoje esse conceito deve ser ampliado. Essa ampliação conceitual deve se dar devido às novas formas de coleta e divulgação dos dados pessoais. Na sociedade da informação, não é fictício o mundo de George Orwell ou a

¹⁰ Frise-se que com a emergente doutrina que versa sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, as fronteiras entre uma e outra categoria atenuam-se, mas ainda remanescem. Dentro da ciência do direito, carece de consistência teórica entender as categorias por sinônimas. Nesse sentido, o rigor terminológico não pode se deixar de lado pelo estudioso. Por todos, para identificação de uma e outra categoria, Lopes (2001, 41 e ss.).

¹¹ São considerados dados sensíveis, por versarem sobre os aspectos da personalidade da pessoa, aqueles relacionados à origem étnica ou racial, às opiniões políticas, às preferências sexuais, ao patrimônio genético do indivíduo, às crenças religiosas, às opções políticas ou filosóficas e às questões relacionadas à saúde, conforme Antônio Jeová Santos, 2001, p.194.

¹² Na mesma ordem de ideias, prescreve Stefano Rodotà (2008, p.92): As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças em seu conceito. Uma definição de privacidade como ‘direito a ser deixado só’ perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada em situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim, a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como direito de manter o controle sobre as próprias informações.

ideia do panóptico de Jeremy Bentham. Ao revés, a literatura e a filosofia dos pensadores nunca se mostraram tão reais.

Com as novas tecnologias, especialmente com o desenvolvimento da biotecnologia, da biomedicina e da internet, o acesso a dados sensíveis e a sua divulgação foram facilitados de forma extrema, o que potencializa os danos que podem ser perpetrados. Como efeito, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser malferido mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais, com o objetivo de se impedir a sua circulação indesejada.

Além das três visões possíveis sobre o direito à privacidade apresentadas, quais sejam, (i) o direito de ser deixado só, (ii) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e (iii) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, discute-se um novo entendimento, o de que a pessoa fonte de determinado dado relacionado a sua condição existencial tem o direito de não conhecê-lo.

Essa seria a esfera de proteção mais estrita da privacidade, porquanto protege o direito de uma pessoa de não saber como consequência da tutela ampliada de dados sensíveis “destinados para dentro”. Assim, é que também defende Rodotà (2008, p.15) que os fluxos de informações devem ser analisados também em relação àqueles dados “ ‘destinados para dentro’ – sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o ‘direito de não saber’ –, a privacidade deve ser considerada como ‘o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular’ ”. Nesse sentido, em 1983, ao ser reivindicada a autonomia do indivíduo na sociedade de informação, a Corte Alemã, reconheceu o direito à “autodeterminação informativa”. (RODOTÀ, 2008, p.15).

O reconhecimento do direito de não saber, modifica substancialmente a forma de conceber o direito à privacidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizado do *right of privacy*, que pode se manifestar como poder negativo, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque ao se referir ao direito de não saber como consequência da proteção do direito à intimidade.

Além do direito a não saber, questões outras exigem a reformulação do direito à privacidade, direito ao esquecimento, a criação de banco de dados genéticos, a privacidade nos casos de redesignação sexual, a privacidade em lugares públicos e ainda a privacidade em confronto com o direito à informação. A seguir, casos paradigmas serão analisados criticamente para que a discussão ganhe contornos pragmáticos.

4 Revisão conceitual do direito à privacidade a partir de casos paradigmáticos

Com o objetivo de apresentar os novos contornos conceituais do direito à privacidade na sociedade de informação, optou-se por realizar análise de casos paradigmáticas para expor as temáticas que desafiam o direito a rever a visão tradicional da privacidade. Pretende-se, com a exposição de *leading cases*, expor, além do caráter teórico, uma perspectiva pragmática do presente texto. Na medida do possível, acaso a situação tenha sido levada a alçada do Poder Judiciário, colacionar-se-á parte do julgado realizando a devida análise crítica da decisão. A legislação aplicável, bem como notícias sobre os casos serão igualmente consideradas.

O método utilizado para a escolha dos casos foi busca aleatória de acordo com a pertinência temática. A partir de cada debate, buscou-se a situação mais emblemática para versar com o objetivo de instigar a discussão e oferecer balizas conceituais mais próximas ao atual estado da arte.

Por certo, muitas outras situações caberiam nos tópicos que se seguem, mas, inclusive por uma questão de espaço e de objetivos, exame mais profundo poderá ser encetado em momento ulterior. Por ora, em cumprimento ao escopo e hipóteses do presente estudo, os casos analisados são suficientes.

4.1 Recurso Especial 1.195.995/SP e o direito a não saber

Para fins de contextualização, apresenta-se, sumariamente, relato fático da demanda objeto de análise.

No caso, o paciente, autor da ação, munido de prescrição médica, realizou exame de sangue que tinha como objetivo, dentre outros, averiguar acerca da existência de vírus da Hepatite C. Para tanto, foram solicitadas as seguintes análises clínicas: hemograma, creatinina, glicemia jejum, glicemia pós prandial, Hb glicosilada, Ácido Úrico, colesterol total e frações, triglicérides, gama GT, Glicoproteína Ácida, T4 livre, TSH, HBSAG e anti-HCV.

Todavia, quando da entrega pelo laboratório dos laudos contendo a análise do material com o respectivo resultado do exame de sangue requestado, constatou o paciente que o laboratório havia realizado exame a mais e diverso daqueles originalmente solicitados, tendo divulgado ao próprio paciente – informação que apenas foi revelada a ele –, o resultado positivo de exame anti-HIV. Na oportunidade, o autor foi cientificado, contra sua vontade, de que era soropositivo.

De posse de tal informação – correta, porém obtida de forma involuntária, destaca-se – o paciente ingressou com pedido de indenização por danos materiais, em decorrência da necessidade de tratamento psicológico, bem como por danos morais, em razão da quebra de sua privacidade. Em seu pleito, o autor sustentou de modo específico a violação de seu direito à intimidade pela seguinte perspectiva: *violação do direito a não saber da sua situação de saúde*.

O caso em tela suscitou discussão no próprio tribunal, gerando posições díspares. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou, no julgamento do Recurso Especial 1.195.995/SP, com voto vencido da Ministra Nancy Andriighi, que não há violação do direito à intimidade e, em consequência, não há direito à indenização por danos morais, quando há a divulgação correta e verdadeira de dados médicos não requisitados para o próprio paciente.

No caso em tela, coube à Ministra Nancy Andrigui realizar a relatoria. Partindo da lição de Carlos Alberto Bittar (2004, p. 114) e de Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 26), a relatora divergiu da fundamentação da decisão recorrida, aduzindo que “há dois modos de agressão à intimidade – a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação de informações”. E foi além na defesa da tese de que há sim direito a não saber, sustentando o seguinte:

Neste processo, o direito à intimidade do recorrente foi violado quando da realização de exame não autorizado, o que causou indevida invasão na esfera privada do recorrente (investigação abusiva da vida alheia). É irrelevante, portanto, o fato de que o resultado do exame não foi divulgado a terceiros. Por mais que se possa adotar a presunção de que a constatação da doença pelo recorrido lhe propiciou melhores condições de tratamento, esse fato, por si só, não retira a ilicitude de sua conduta – negligente – de realizar exame não autorizado nem pedido em favor do recorrente. **Acrescente-se que a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade.** (Grifo nosso)

Da análise dos argumentos carreados pela Ministra, é de se notar sua inclinação pela defesa do direito a não saber, compreendendo-o como um verdadeiro consectário do direito à intimidade.

Seguindo linha de intelecção diametralmente oposta, votou o Ministro Massami Uyeda, sendo seu voto acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJ/RS.

Em seu voto, arguiu o Ministro que a conduta do laboratório não maculou a intimidade do autor. Valendo-se da lição de Gilberto Haddad Jabur (2000, p.261), aduziu o julgador que o direito à intimidade “confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo

particular, próprio e inadmitir a ingerência ou intromissão alheia, representada pela curiosidade que busque adentrar o universo restrito e pouco compartilhável do indivíduo", mas que tal direito não pode ser encarado como um direito absoluto.

Continua sua argumentação no sentido de que é sim possível admitir a tangibilidade do direito à intimidade em hipóteses em que a invasão se justifique pela necessidade de preservação de um direito maior, seja pela perspectiva do interesse privado, seja pela perspectiva do interesse público.

No que tange ao prisma individual, defende o julgador que o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV sucumbe e é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável.

Igualmente, cai por terra o direito a não saber sob o enfoque do interesse público, uma vez que, segundo o Ministro, “o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, [...] em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais.”

Saliente-se que o magistrado em sua decisão fez constar que o exame da necessidade de vilipendiar o direito à intimidade não pode prescindir da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio base do Estado Democrático de direito, e da razoabilidade, como critério axiológico.

Este entendimento, contudo, representa uma injustificada restrição ao exercício de uma condição existencial que, em última instância, viola a dignidade da pessoa humana, base fundamental do Estado Democrático, malferindo o direito à privacidade.

O argumento balizar do Ministro Massami Uyeda para afastar o direito a não saber no caso em questão foi a preservação de um “direito maior”. Por oportuno, repise-se trecho do acórdão para posterior análise:

Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, **da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana**, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da **razoabilidade**, como **critério axiológico**. (Grifou-se)

Em sua argumentação, salvo melhor juízo, entende-se que o magistrado não utilizou devidamente a teoria geral dos direitos da personalidade pelas seguintes questões a seguir expostas.

De início, sustenta, sem a devida fundamentação – indicação pormenorizada – em que medida há interesse individual e público que justifique afronta ao direito à intimidade. Ao

longo do voto, de modo genérico, afirma que o autor da demanda, o paciente, poderia se cuidar melhor e preservar seu direito à vida, ao passo que o interesse público correlato seria a impossibilidade de infecção de terceiros. Depois, mais uma vez de forma genérica, como locus retórico, adota o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar o afastamento do direito fundamental à intimidade. Por fim, vale-se da razoabilidade para resolver pretensão conflituosa do caso, taxando-o de critério axiológico.

Por tudo, não há lastro teórico na decisão. Pontualmente, explica-se.

Em relação aos interesses privado e público, não se consegue visualizar, de maneira clara, como e porque tais interesses poderiam suplantar o direito individual colocado em questão. Em relação ao interesse particular, deveria sim o magistrado ter pensado no efeito deletério que informação desse jaez pode ocasionar na vida pessoal e profissional de uma pessoa. Pode haver – como, em verdade, há – um processo de aniquilamento pessoal, com a estigmatização do sujeito. Suas relações afetivas e trabalhistas, sumariamente, podem ir por terra. O que deve ser considerado é o seguinte: o suposto direito a vida que se busca defender considera os efeitos danosos de uma notícia dessa ordem? De modo mais direto: será que a vida do paciente do caso será digna? Conseguirá ele viver bem (integridade psíquica) com notícia de doença desta ordem? Pela gravidade da informação, é que se sustenta que somente o sujeito envolvido pode demandar saber de tal dado sensível.

De igual modo, não merece subsistir o argumento de interesse público. A preocupação latente neste caso é com a criação de um precedente dessa ordem. Analise-se: no caso, laboratório privado – prestador de serviço que tem responsabilidade civil objetiva nos moldes do Código de Defesa do Consumidor – tem seu dever de indenizar mitigado pelo interesse público envolvido, mesmo em caso de flagrante erro. Ora, lembre-se que o Estado também detém laboratórios. Não é absurdo pensar que num determinado momento, sob o pálio do discurso do interesse público, todo hospital público faça exames de doenças contagiosas, informe aos pacientes e não seja responsabilizado. Também nesses casos teríamos uma excludente de responsabilidade para o caso de responsabilidade civil do Estado, que, conforme previsão constitucional, é objetiva, nos termos no artigo 37, §6º? Não parece essa ser a melhor saída. Há que ser sim, Estado ou particular, responsabilizado pelos danos que venha a causar.

Por fim, quisesse o magistrado resolver a colisão presente no caso, mais correto seria ter se valido do princípio da ponderação de bens e não da razoabilidade, que tão somente considera o bom senso para resolução dos casos. Pergunta-se: qual a vinculação da razoabilidade e como tal método é critério valorativo? Neste ponto, a análise fica até

prejudicada ante a falta de substrato lógico presente na decisão.

Diante dos argumentos trazidos, sustenta-se, em concordância com o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que a privacidade “abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade”. A divulgação à pessoa de dado não requisitado configura violação ao seu direito de não saber e gera, incontestavelmente, o direito à indenização por danos morais posto que afronta o direito à privacidade.

4.2 Recurso Especial 1.334.097/RJ e o direito ao esquecimento

Outra questão que insta a revisão conceitual do direito à privacidade é o direito ao esquecimento.

Nos dias de hoje, o direito ao esquecimento tem sido abordado como uma espécie de defesa para proteger o cidadão da invasão de privacidade pelas mídias sociais, blogs, provedores de conteúdo ou buscadores de informações, especialmente em relação a fatos públicos referentes ao passado do indivíduo. A tese deste direito foi discutida pela primeira vez no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acompanhando o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento para um homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e posteriormente retratado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, anos depois de absolvido de todas as acusações.

A Turma concluiu que houve violação do direito ao esquecimento e manteve sentença da Justiça do Estado do Rio de Janeiro que condenou a emissora ao pagamento de indenização no valor R\$ 50 mil. Segundo o relator, o “quantum da condenação imposta nas instâncias ordinárias não se mostra exorbitante, levando-se em consideração a gravidade dos fatos”, que também considerou a “sólida posição financeira” da emissora.

No caso, o homem foi apontado como coautor da chacina da Candelária, sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, mas foi absolvido por unanimidade. Diz ele que, em 2006, recusou pedido de entrevista feito pela TV Globo, mas mesmo assim, o programa veiculado em junho de 2006 citou-o como um dos envolvidos na chacina, posteriormente absolvido.

Ele ingressou na Justiça com pedido de indenização, sustentando que sua citação no programa levou a público, em rede nacional, situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, e ferindo seu direito à paz,

anonimato e privacidade pessoal. Alegou, ainda, que foi obrigado a abandonar a comunidade para preservar sua segurança e de seus familiares.

O juízo da 3ª Vara Civil da Comarca do Rio de Janeiro julgou o pedido de indenização improcedente, mas a sentença foi reformada em grau de apelação e mantida em julgamento de embargos infringentes e de embargos de declaração.

A TV Globo recorreu ao STJ, sustentando que não houve invasão à privacidade do autor, pois os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, e que a emissora se limitou a narrar os fatos ocorridos, sem qualquer ofensa pessoal.

Segundo a emissora, a circunstância de a pessoa se relacionar com a notícia ou com fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à privacidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem, independentemente de autorização.

Para o ministro Luis Felipe Salomão, a ocultação do nome e da fisionomia do autor da ação não macularia sua honra nem afetaria a liberdade de imprensa.

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

Citando precedentes e doutrinas, o ministro ressaltou que o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido.

Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também à exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

Segundo o relator, a despeito de a chacina da Candelária ter se transformado em fato histórico – “que expôs as chagas do país ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco” –, a fatídica história poderia ter sido contada de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional, afrontando sua privacidade.

Nessa situação, é possível antever que, mais uma vez, o conceito de privacidade foi ampliado para albergar as situações próprias da contemporaneidade. Antes, mesmo na inexistência de tecnologia que permitisse a catalogação e preservação de dados, as pessoas tinham sua vida pregressa preservada. Era mais fácil, portanto, ocultar ou esquecer determinado fato.

Todavia, hoje as informações não são parecem gozar de um caráter de imortalidade.

Além disso, podem rapidamente circular junto ao grande público pelos vetores de informação hoje comuns, como televisão, internet, rádio, *smartphones*, *tablets*... A partir do momento em que a informação cabe na mão de cada cidadão e que é viável resgatar fatos da história da vida pessoal de cada um, é preciso defender o direito ao esquecimento, especialmente nos casos em que a informação, comprovadamente, for inverídica.

Ao contrário do caso anteriormente narrado, que afastou o reconhecimento do direito a não saber, em relação ao direito ao esquecimento, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça agiu bem, em consonância com a noção dinâmica dos direitos da personalidade, que devem acompanhar o *dever* da pessoa humana nas suas pretensões.

4.3 A privacidade nos casos de redesignação sexual: a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A alteração do conceito de privacidade, sem dúvida, guarda estreita relação com uma série de outros direitos e os reformula. Essa conexão pode ser melhor esclarecida a partir da análise da privacidade nos casos de redesignação sexual.

Com o desenvolvimento das práticas médicas, aspectos antes tidos por imutáveis podem ser alterados, o que dificulta o manejo de questões antes tidas por imutáveis em relação aos fatores identitários das pessoas, a saber, nome e sexo.¹³

Destaca-se, nesse contexto, o transexual. Diante da possibilidade de se submeter à cirurgia de transgenitalização, autorizada pela Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, a pessoa com distúrbio de identidade pessoal pode transformar a genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários. Essa mudança repercute nos documentos oficiais de registro, pois tem sido autorizada não só a alteração do prenome, mas também do designativo de sexo.¹⁴

¹³ Sobre o tema, por todos, Raul Cleber da Silva Choeri, 2004 e 2010.

¹⁴ Interessante destacar que recentemente foi aprovada na Argentina lei de identidade de gênero, autorizando que travestis e transexuais escolham seu sexo no registro civil, dispondo a normativa que "*Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*". Disponível em <http://www.argentinosalerta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2013:reflexiones-sobre-la-ley-de-identidad-de-genero&catid=1:familia-y-vida>. Acesso em 25/05/2012. Tramita na Câmara o Projeto de Lei 5002/13, do deputado Jean Wyllys (Psol-RJ) e da deputada Erika Kokay (PT-DF), que estabelece o direito à identidade de gênero – definida como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, que pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento. A proposta obriga o Sistema Único de Saúde (SUS) e os planos de saúde a custear tratamentos hormonais integrais e cirurgias de mudança de sexo a todos os interessados maiores de 18 anos, aos quais não será exigido nenhum tipo de diagnóstico, tratamento ou autorização judicial.

No Superior Tribunal de Justiça, já houve grande avanço na tratativa da matéria. Destacam-se sobre o assunto o Recurso Especial 678933/RS e o Recurso Especial 737993/MG que reconheceram o direito de postulantes transexuais de terem alterados seu prenome e designativo sexual, desde que no livro cartorário ficasse averbado, à margem do registro, que aquela informação foi alterada em decorrência de decisão judicial.

Somente com o julgamento do Recurso Especial 1008398/SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi determinada a alteração do assento de nascimento, autorizando a mudança do designativo de sexo e do prenome, com a expressa menção na parte dispositiva do acórdão de que nas certidões de registro público não deveria constar que a referida alteração era oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de redesignação sexual.

Mais uma vez, a Ministra Nancy Andrighi, com acerto, revela por meio de seus julgamentos a nova dinâmica do direito a privacidade. Somente com o reconhecimento da possibilidade de alteração de nome, designativo de sexo e ocultação dessa modificação nos livros oficiais de registro a pessoa transgenitalizada terá seu direito à privacidade resguardado. Refratários a essa posição afirmam que haveria no caso uma verdadeira afronta ao princípio da verdade registral. No entanto, essa tese não merece prosperar no momento em que o direito como um todo se articula para a defesa da pessoa humana em todas as suas dimensões, apesar da burocratização e entraves de ordem formal. O direito, como ciência, *deve ser* para o homem e não o homem restar confinado nos estreitos e duros limites das normas. A capacidade do homem ir além na formação de sua personalidade não pode ser obstaculizada sem necessidade.

Portanto, também no caso de pessoas que se submeteram a cirurgia de redesignação sexual, o conceito de privacidade deve ser ampliado para resguardar momento anterior da vida dessa pessoa. A identificação sexual pregressa deve ser desconsiderada, mantendo-se apenas a nova, haja vista que, essa sim, é a verdadeira identidade dessa pessoa.

4.4 Repercussões penais da privacidade

Também na seara penal a privacidade precisa ser revista. Sobre o assunto, duas questões merecem nota: a Lei nº 12.654/12 e a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação; e a mitigação do princípio da presunção de inocência em face dos excessos midiáticos.

4.4.1 A Lei nº 12.654/12 e a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação

Em 28 de maio de 2012, foi editada a Lei 12.654, alterando a Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, bem como a Lei 7.210/84, que disciplina a execução penal, prevendo a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Com o advento da referida lei, duas situações surgiram. A primeira relaciona-se a possibilidade de coleta do perfil genético ainda em fase investigatória, durante as diligências que intentam identificar a autoria do delito penal. A segunda, em atenção ao art. 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84),¹⁵ informa que serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, todos aqueles condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa.

A inovação legislativa parece, a um só tempo, afrontar normas e princípios de ordem constitucional, penal e civil.

Na primeira frente, porque o artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal de 1988 proíbe que o civilmente identificado seja submetido à identificação criminal. Na seara penal, porque atitudes dessa ordem malferem o princípio *nemo tenetur se detegere*, que significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2003, p.4), ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor. Na perspectiva civil, aliada à constitucional, a nova lei não observa a impossibilidade de a pessoa ser obrigada a fornecer material genético. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro não permite que a pessoa seja vilipendiada em sua integridade psicofísica, conforme regramento constante no capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos* da Constituição de 1988, bem como no capítulo relativo aos direitos da personalidade no Código Civil.

O tema relaciona-se à privacidade quando se discute o direito à intimidade genética em face do interesse público nesses casos. Tereza Rodrigues Vieira (2013, p.34) discute a matéria sob a perspectiva da Bioética, Direitos Humanos e Direitos da Personalidade. A

¹⁵ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

autora sinaliza que

A condição de detento, privado de liberdade, enquadra o indivíduo nos grupos vulneráveis, que devem ser protegidos em decorrência da autonomia reduzida. Contudo, mesmo sendo um criminoso, o seu corpo ou um fragmento dele não deve ser tratado como coisa. Em tese, mesmo o criminoso tem o direito de não permitir que sua intimidade genética seja conhecida por outras pessoas, portanto este patrimônio deve ser protegido de qualquer intromissão.

Em relação ao trecho transcrito, concorda-se com a autora referenciada na medida em que não pode, mesmo o condenado, ter seus direitos mais caros, como os direitos fundamentais e da personalidade, malferidos. Aqueles que defendem essa possibilidade, inclusive a autora em questão ao final do artigo citada, sustentam a tese de que o interesse público teria a condão de legitimar a intromissão na privacidade, devendo prevalecer.

Argumentos desse jaez devem ser considerados com muita temperança, haja vista que a mitigação dos direitos individuais e da personalidade pode acabar gerando estados totalitários.

A discussão sobre o tema é incipiente ainda. Por ora, filia-se a tese de que o direito a privacidade dos condenados deve ser assegurado, somente podendo ser mitigado em relação ao interesse público com a anuência do preso, devendo ele assinar termo de consentimento livre e esclarecido para tal procedimento. Não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil – pelo menos segundo o texto constitucional –, que pessoa seja forçada a entregar seu patrimônio genético para ser estigmatizada como um criminoso.

De modo que, também aqui, defende-se uma tutela diferida para os dados sensíveis, especialmente quando em choque com o interesse público.

4.4.2 A presunção de inocência do preso provisório em face do excesso midiático

A Constituição Federal de 1988, em especial no art. 5º, V e X, garante, aos indivíduos tutelados pela ordem constitucional brasileira, como direito fundamental, a proteção a suas respectivas imagens. O direito de imagem, corolário do direito à privacidade, garante a preservação dos seres humanos, principalmente, em face de uso excessivo e exacerbado de sua figura, de modo a impedir violações à intimidade do cidadão brasileiro ou mesmo do estrangeiro.

Do mesmo modo, é constitucionalmente garantido, no art. 5º, IV, o direito fundamental de liberdade de manifestação do pensamento, do qual decorre a liberdade de imprensa. Em outras palavras, os indivíduos possuem o direito de informar quaisquer acontecimentos, bem como de serem informados destes fatos.

Ocorre que, muitas vezes, para a divulgação de uma notícia jornalística, faz-se

necessária a publicização da imagem de um indivíduo. Ademais, com a busca por audiência cada vez mais elevadas, os meios midiáticos exploram, até mesmo com uma conotação sensacionalista, os acontecimentos cotidianos, utilizando, frequentemente, de forma jocosa ou humilhante a imagem do ser humano envolvido no fatídico.

Em relação ao indivíduo preso, muito embora na maioria das vezes ainda tutelado pela presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), conhecida também como princípio da não-culpabilidade, é comum ser divulgado pela mídia com temerários excessos, resultando em um aparente indivíduo deplorável e doentio.

Sem querer inferir que eram inocentes, mas há casos como o do ex-juiz Percy Barbosa, o dos Nardoni e o da menina Eloá, nos quais os acusados já eram considerados culpados pela mídia e, conseqüentemente, pela opinião pública, antes mesmo de iniciar seu julgamento.

Aliás, o problema é ainda mais grave quando se trata de crime doloso contra a vida, tendo em vista que o julgamento deste é feito pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, o qual é composto por jurados leigos, que não necessariamente são detentores de conhecimentos jurídicos.

Para exemplificar o exposto, cite-se um dos casos mais emblemáticos no Brasil, o da Escola Base, ocorrido no Estado de São Paulo, em março de 1994. Em 1994, falsas denúncias de abuso sexual dos alunos foram feitas à polícia por pais e divulgadas amplamente pela imprensa, apontando os proprietários da Escola de Educação Infantil Base, seus funcionários e professores como envolvidos nos supostos crimes.

A escola acabou depredada e saqueada, e os apontados sofreram o que sua defesa chamou de “um verdadeiro linchamento moral”. Transcorridos três meses de exposição midiática, o magistrado responsável pelo caso determinou o arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que o delegado, o Ministério Público do caso e o próprio juiz, chegaram a conclusão de que todos os indiciados eram inocentes. Em outras palavras, não houve sequer o início do processo penal em face dos investigados, tendo, perante o Poder Judiciário, o caso finalizado já na fase pré-processual, a de investigação.

Entretanto, por conta da excessiva exposição da mídia, os prejuízos financeiros e pessoais dos investigados foram demasiadamente pesados, persistindo, se duvidar, por toda a vida destes. Para ilustrar esse caso, cite-se o excerto abaixo.

A notícia correu o país e os donos da escola, que não passavam de suspeitos, terminaram o noticiário daquela semana de março como culpados e também suspeitos de drogarem, e, possivelmente, de transmitir Aids às crianças. O detalhe é que nenhum deles teve espaço nos veículos para se defender das denúncias. Quando

tiveram espaço, o assassinato social já estava consumado (DOMENICI, 2005, *online*).

Mesmo arquivado o inquérito por falta de provas, Icushiro Shimada e sua esposa, Maria Aparecida Shimada, proprietários da escola, e Maurício Monteiro de Alvarenga, motorista à época, ingressaram com o pedido de danos morais. No caso, a empresa Folha da Manhã, de São Paulo, foi condenada ao pagamento de indenização aos proprietários da Escola Base. A condenação imposta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) de R\$ 250 mil para cada um dos três acusados que moveram a ação por dano moral contra o jornal.

Deve-se buscar o equilíbrio ético entre o exercício legítimo do direito de informar e de ser informado e o direito de imagem do preso. Não se pode transformar uma notícia jornalística em vingança social; em outras palavras, o segregado não deve servir de meio para se atender o desejo da sociedade em ver exibida a imagem de uma pessoa de forma ridicularizada, humilhada ou mesmo jocosa nos meios de comunicação. Esse equilíbrio deve ser buscado, inclusive, em respeito, à dignidade humana (Art. 3, III, CF), conforme leciona Cantali (2009, p. 89):

Não há como negar que há uma interdependência entre a idéia de dignidade humana e a proteção dos direitos individuais fundamentais desde a formação do Estado de Direito, mesmo que tal relação somente tenha se explicado com maior clareza na segunda metade do século XX. Assim como há essa interdependência entre dignidade humana e os direitos individuais fundamentais, há também entre estes e a personalidade humana, haja vista que o preferencial objeto de tutela dos direitos fundamentais são os aspectos centrais da subjetividade humana.

Assim, também a privacidade do investigado deve ser preservada. Políticas públicas de controle da imprensa, afastando da noção de censura, devem funcionar para regular a atividade da imprensa nos casos de investigações policiais.

4.5 Recurso Especial 595.600/SC e privacidade em lugares públicos

O caso paradigma envolve uma jovem fazendo *topless* na Praia Mole em Santa Catarina. Ocorre que a jovem em questão foi fotografa e exposta em página do jornal Diário Catarinense. A retratada, que não havia autorizado a divulgação de sua foto, intentou ação de danos morais e materiais em face da editora do jornal.

Em primeiro grau a demanda foi julgada improcedente. Em sede de apelação, a autora obteve êxito, sendo condenada a editora ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos. O Tribunal argumentou que “o Diário Catarinense, ao fazer a publicação levada a termo, exerceu sua liberdade de imprensa. Mas essa liberdade de imprensa cede, resta ver, diante dos direitos assegurados constitucionalmente à apelante”. Todavia, a editora reverteu a decisão em

sede de embargos infringentes.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Sem dúvida, o STJ tinha um caso que poderia ser amplamente explorado para definir a questão da privacidade em lugares públicos. Como adverte Anderson Schreiber (2011, p.113), “uma ponderação criteriosa levaria em conta, de acordo com os parâmetros apresentados, as seguintes circunstâncias concretas: (i) a veiculação da imagem da moça era desnecessária, embora útil, para dar notícia do fato ocorrido; (ii) a veiculação da imagem poderia perfeitamente ter ocorrido sem a identificação da moça, ocultando-se o seu rosto; (iii) é elevada a exposição da intimidade da retratada; (iv) o fato em si, ou seja, a prática de *topless* tem reduzida, embora alguma, utilizada informativa; (v) a exposição da imagem individualizada da moça não permite a preservação do contexto originário da imagem, permeado por uma multidão de banhistas, mais ou menos desnudos; (vi) embora a praia seja lugar de acesso irrestrito, é baixa a expectativa de captação de imagem individualiza, ainda que naquelas circunstâncias; (vii) a fotografia foi captada à distância, corroborando o caráter clandestino da sua captura; (viii) a natureza do meio pelo qual se deu a divulgação da imagem revela a seriedade contrastante com o ambiente informal e lúdico onde a imagem foi colhida; e (ix) a amplitude do público do Diário Catarinense é significativamente maior e naturalmente diversa do público frequentador do setor específico da Praia Mole onde se localiza a retratada”.

No entanto, nenhuma dessas questões, conforme informa Schreiber (2011, p.113-114) foi examinada pelo STJ. No julgamento, pautado exclusivamente em elementos estruturais, como caráter público do local e ausência de veiculação do nome da autora da ação, a corte decidiu que

[...] a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo exposto consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação. [...] Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando *topless* "numa praia lotada em pleno feriado" (fl. 196). Isto é, a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora. Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Portanto, *in casu*, não há qualquer ofensa moral. Ante o exposto, não conheço do recurso.

O caso é tormentoso. No entanto, a solução dada pelo Superior Tribunal pode abrir um precedente perigoso. Como dito, vive-se numa sociedade de vigilância, na qual, a todo instante, estamos expostos a câmeras. Portanto, em várias oportunidades, a imagem, direito

corolário da privacidade, pode ser utilizado de modo equivocado. É preciso que seja revisitado o conceito de privacidade em lugares públicos. Entende-se por mais consentâneo com atual estado da arte a regra ser a autorização do uso da imagem e não o contrário, considerando-se tácita a autorização quando a pessoa é flagrada em lugar público. Entendimento de outra ordem pode desnaturar o conteúdo desse direito.

Considerações finais

Não há dúvida que o *status* negativo e o enquadramento do direito à privacidade como direito de defesa persevera, haja vista que, em regra, a demanda para sua preservação reside em um dever geral de abstenção. Entrementes, como se demonstrou, o direito à privacidade tem novos contornos.

Diante da sociedade de informação, é talvez mais importante que o Estado ofereça políticas públicas, como acontece na Europa, para reprimir atentados à intimidade do que efetivamente macule de forma direta a privacidade de um sujeito.

Propor leis, instituir uma agência reguladora e punir de modo efetivo todos aqueles que malfirmam, indevidamente, a privacidade, parecem ser saídas viáveis para manter vivo, em sua natureza, o direito à privacidade.

O direito a não saber, o direito ao esquecimento, a privacidade nos casos de redesignação sexual, as questões relativas ao direito penal e ainda a discussão privacidade em lugares públicos são demandas que despontam na jurisprudência e, não raro, o Poder Judiciário não problematiza a contento as situações concretas para dar saídas ótimas às questões.

Muitas vezes tangenciando o problema nuclear do embate, enfrentando-o de maneira sumária e superficial, os magistrados acabam por aumentar a instabilidade jurídica que circunda esses temas. É necessário, portanto, que os estudiosos, na academia, tomem para si essa responsabilidade de tornar científico e menos casuístico a resolução dessas demandas que, por sua complexidade, exigem um raciocínio lógico, racional e hermenêutico acurado.

Somente a partir da reflexão será possível decidir a contento essas demandas. É preciso – com urgência – que os juízes e a doutrina abandonem zonas de conforto de institutos clássicos, valendo-se apenas da lei e do método da subsunção para dirimir conflitos. É necessário ir além, especialmente em relação ao direito à privacidade, oxigenando seus contornos a partir da realidade subjacente e dos valores emergentes do próprio sistema jurídico vigente.

A marca da contemporaneidade é um desencontro entre as demandas sociais atuais e

instrumentos de defesa deficitários. É chegada a hora de reelaborar conceitos e definir funções dos institutos jurídicos. Este é um trabalho da doutrina – um trabalho que precisa ser realizado. Não era de intuito deste ensaio encerrar o tema apresentando conclusões irretorquíveis. O objetivo era (e é) muito mais o de despertar o debate sobre temas tão curiosos e apresentar algumas considerações sobre ele.

Fica, de todo modo, o desafio para melhor aprofundamento do tema.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. A Parte geral do Projeto do Código Civil. **Revista CEJ**, V. 3 n. 9, p. 5-11, set./dez. 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os direitos de personalidade no código civil brasileiro**. Disponível em <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>>. Acesso em 27/10/2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BENSAÏD, Daniel **Marx intempestivo**: grandezas y miserias de una aventura crítica. Trad. Agustín del Moral Tejeda. Buenos Aires: Ediciones Herramienta, 2003
- BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANTALI Fernanda Gorghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada dignidade humana. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Porto Alegre: Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, Livraria do Advogado Editora, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.
- DOMENICI, Thiago. **O Caso da Escola Base**. 2005. Disponível em: <<http://escola.base.sites.uol.com.br/agrandeimprensa.pdf>>. Acesso em 22 de outubro de 2012.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general – tomo 1. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosh/Casa Editorial, 1934.
- FLAHERTY, David H. On the utility of constitutional rights to privacy and data protection. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 41, Issue 3, p.831, June 1991.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 352-398, mai./ago., 2013.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001b.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renova, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Trad. Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo, SP: Malheiros, 2011.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de direito civil – Tomo I**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à intimidade genética em face do interesse público. **Revista jurídica**: Consulex, v. 17, n. 389, p.34-35, mês abr, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The right to privacy. **Harvard Law Review**, vol. iv, n.5, december 15, 1890.