



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vellêda Bivar Soares Dias Neta

**Em busca de contornos mais precisos para a privacidade: a
procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada**

Rio de Janeiro

2011

Vellêda Bivar Soares Dias Neta

**Em busca de contornos mais precisos para a privacidade: a proceduralização do
tratamento dos dados pessoais e a vida privada**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D541 Dias Neta, Vellêda Bivar Soares.

Em busca de contornos mais precisos para a privacidade: a
procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada
/ Vellêda Bivar Soares Dias Neta. - 2011.
140 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Privacidade - Teses. 2. Consentimento (Direito) – Teses. 3.Proteção de
dados – Teses. I.Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.45

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Vellêda Bivar Soares Dias Neta

Em busca de contornos mais precisos para a privacidade: a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada

Dissertação apresentada, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Examinada em: 29 de Agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Maria Celina Bodin de Moraes (orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dr^a. Caitlin Sampaio Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Ao meu quarteto fantástico:

Minha mãe Consuêlo, por estar sempre ao meu lado para tudo e em tudo, incansavelmente.

Meu pai Márcio, com quem aprendi que a sinceridade e o esforço pessoal sempre compensam.

Meus avós Odette e Nestor: tudo o que uma neta pode querer.

A todos, pelo amor.

AGRADECIMENTOS

A vida sempre colocou pessoas maravilhosas no meu caminho. E durante o mestrado, sobretudo enquanto escrevia essa dissertação, o carinho que recebi de todas me ajudaram a seguir mais confiante.

À minha orientadora, a Professora Maria Celina Bodin de Moraes, que aceitou me ajudar a realizar esse trabalho, quando ainda pouco nos conhecíamos, muito obrigada pela dedicação a essa orientação e pelo cuidado ao ler cada linha dessa dissertação. Tive de você, mais uma vez, verdadeira demonstração de carinho e amizade.

Aos professores Carlos Nelson Konder e Caitlin Mulholland por terem aceitado fazer parte da minha banca, minha enorme admiração e gratidão.

À professora Heloísa Helena Barboza, professora de Direito Civil da minha turma da graduação na UERJ, cuja dedicação aos alunos e seriedade demonstradas ao longo de todo o curso me fizeram querer retribuir todo aquele empenho, nascendo assim meu interesse pela disciplina.

Ao professor Gustavo Tepedino, por todo o incentivo e apoio aos seus alunos.

À Thaita Trevizan, minha “duplinha” durante todo o mestrado, tornando tudo mais divertido, minha amizade sincera.

À Soninha, que faz da secretaria da Pós muito mais do que um local para “resolver coisas”.

Ao Maurício, que, por muitas razões, sempre será uma das pessoas mais importantes da minha vida, por ter vivido intensamente ao meu lado todo o período do mestrado e por ter dividido comigo pessoas maravilhosas e que estarão sempre no meu coração: Celinha, Celinho, Cecília, Flávia, Artur e Zé Roberto.

Ao Bruno, por ter se preocupado para que essa dissertação resultasse em algo bacana e a todos os meus outros amigos igualmente queridos que também participaram de perto de toda essa fase da minha vida, em especial: Fatita, Nat e Rodriguinho, Dan, Américo, Ana Cristina, Dario, Fabio, Iorio e Marília.

Ao Wilsinho, que, desde a época de concurso, sempre procurou fazer com que os livros chegassem às minhas mãos o mais rápido possível.

Ao professor Luiz Carlos Balga, porque, se não fossem as aulas de italiano durante o ano de 2003, tudo teria sido mais difícil.

Aos que trabalham comigo na 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro, ótimas pessoas e excelentes profissionais, por toda a dedicação e espírito de equipe.

Ao Filipe, por ter estado ao meu lado quando esta dissertação realmente estava sendo concluída, tornando tudo melhor, pela troca de ideias, pela ajuda com os vários textos que ainda faltavam, pelo amor.

RESUMO

DIAS NETA, VELLÊDA BIVAR SOARES. *Em busca de contornos mais precisos para a privacidade: a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada*. 2011. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

A privacidade, talvez por se tratar de um direito jovem, parece estar sendo excessivamente ampliada. Imagem, honra, sigilo bancário, fiscal, telefônico, de correspondência, de domicílio, dados pessoais, o direito à identidade pessoal, bem como o direito ao esquecimento, só para citar alguns exemplos, não raro, são vinculados à privacidade. Corre-se o risco, assim, de se comprometer a sua tutela e, portanto, a própria tutela da pessoa justamente por comportar tantas funcionalidades, não necessariamente relacionáveis entre si. Contornos mais precisos para a privacidade devem ser traçados e, nessa direção, identificamos que, no âmbito da privacidade, os dados pessoais vêm passando por um processo de objetivação, cuja tutela é baseada em princípios que se concretizam através de uma série de mecanismos que acompanham os dados em sua circulação sem concentrar-se no sujeito, aí residindo a procedimentalização do seu tratamento. Já para as demais situações jurídicas que envolvem o direito de cada pessoa de construir autonomamente a própria personalidade, sem que provenha do exterior a individualização de papéis ou funções que deva desempenhar, a tutela está concentrada no sujeito. Estas situações, residuais em relação àquelas que envolvem dados pessoais, funcionalizariam a vida privada. A intimidade, por sua vez, seria funcionalizada pelo tratamento dos dados pessoais, e aqui se está sugerindo uma revisão da carga semântica não só da expressão “vida privada”, como também do termo “intimidade”, ambos presentes no inc. X do art. 5º da CF, e que hoje se ressentem de uma adequada formulação à luz da mudança da percepção da pessoa humana que passou a ocupar papel central no ordenamento jurídico. O consentimento assume papel fundamental nessa temática, pois, seja no tratamento de dados, seja em negócios que dizem respeito à vida privada pode ele ser revogado a qualquer tempo. No entanto, se é verdade que o consentimento prévio e informado é a espinha dorsal do tratamento dos dados pessoais, nas situações ligadas à vida privada não se revela uma ferramenta adequada, sob pena de se tratar a vida privada como se fosse um direito absoluto, quando não é. Vida privada e liberdade de expressão, com efeito, devem ser ponderadas à luz do caso concreto, de modo que a autorização prévia exigida pelo art. 20 do CCB se revela inconstitucional.

Palavras-chave: Privacidade. Procedimentalização. Tratamento de dados pessoais.

Consentimento prévio e informado. Vida Privada. Art. 20, CCB.

Autorização prévia. Inconstitucionalidade. Parâmetros de ponderação.

ABSTRACT

DIAS NETA, VELLÊDA BIVAR SOARES. *The pursuit of more precise boundaries for privacy: Proceduralizing the treatment of personal data and private life*. 2011. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

Privacy, precisely because it is a young right, seems to be overly exaggerated. Image, honor, secrecy of banking transactions, taxes, telephone, mail, address and personal data, the right to personal identity and the right to oblivion, just to name a few, are often linked to it. Thus there is the danger of compromising privacy's tutelage and, therefore, the protection of the individual, exactly because privacy encompasses such various features, not necessarily interrelated. More accurate outlines for privacy should be drawn. We found that, within the scope of privacy, personal data have undergone a process of objectification whose protection is based on principles realized through a series of mechanisms that accompany data while in circulation, without focusing on the subject. Therein lie the procedures of their treatment. As for other legal situations involving the right of each person to independently build their own personality without external determination of roles and duties to be performed, the protection is focused on the subject. These situations are few compared to those involving personal data and functionalize private life. Intimacy, in turn, would be functionalized by treatment of personal data. We suggest a revision of the semantic load not only of the expression "private life", but the term "intimacy", both present in section X of article 5 of the Federal Constitution, which lack a proper reformulation in the light of the changing perception of the individual, who now occupies a central role in the legal system. Consent plays a critical role in this issue as it may be revoked at any time, whether concerning data manipulation or in contracts that relate to privacy. However, while it is true that prior informed consent is the backbone of dealings with personal data, it does not appear to be an appropriate tool in situations related to privacy. As such, private life is treated as an absolute right, which it is not. Privacy and freedom of expression, indeed, should be considered in light of the specific case; inasmuch the prior authorization required by article 20 of the Civil Code reveals itself as unconstitutional.

Keywords: Privacy. Procedure. Processing of personal data. Prior informed consent. Private. Life. Article 20 Civil Code. Prior authorization. Unconstitutional. Weighting parameters.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
.....	
1. CONTORNOS DA PRIVACIDADE.....	16
1.1 A privacidade à luz das experiências americana e italiana.....	16
1.2 A situação brasileira.....	20
1.3 Fundamentos para a privacidade.....	28
2 O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS.....	32
2.1 A tendência à procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e o caráter residual das demais situações jurídicas pertinentes à vida privada.....	32
.....	
2.2 Informação e dados pessoais.....	39
2.3 A procedimentalização do tratamento dos dados pessoais.....	46
2.4 O consentimento prévio e informado na proteção de dados pessoais.....	52
2.4.1 Da revogabilidade do consentimento.....	57
2.5 Das modalidades de tutela para o tratamento dos dados pessoais.....	60
2.5.1 Do <u>Habeas Data</u>	67
3. DA VIDA	71

PRIVADA.....	
3.1 O público e o privado. A crise das	71
dicotomias.....	
3.2 O conteúdo da vida	76
privada.....	
3.2.1 <u>A vida privada e o direito a contar a própria</u>	81
<u>história.....</u>	
3.2.2 <u>A vida privada e a sociedade do espetáculo e da</u>	101
<u>exposição.....</u>	
3.3 Alguns critérios de ponderação entre a vida privada e a liberdade	109
de	
expressão.....	
.....	
CONCLUSÃO.....	121
.....	
REFERÊNCIAS.....	127
.....	

INTRODUÇÃO

No Brasil, foi somente com a Constituição de 1988 que a vida privada e a intimidade passaram a ter assento constitucional, reconhecendo-os como direito fundamental e cláusula pétrea. Até então, apenas a inviolabilidade do domicílio e da correspondência – nas quais se inclui o direito à privacidade – se fizeram presentes em todas as Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, de 1824, às Constituições republicanas subsequentes.

A identificação do contexto social, político e econômico, no qual surge a noção de privacidade, é indispensável para acompanharmos o seu desenvolvimento, justificando-se proceder no plano histórico para a sua contextualização jurídica. Com efeito, a gênese do direito à privacidade demonstra que suas características se formaram estreitamente vinculadas às necessidades e à ideologia da classe social que a reclamava, o que explica um matiz individualista que por vezes encontramos ainda hoje a ela associada.

Sua trajetória reflete tanto uma mudança de perspectiva para a tutela da pessoa quanto sua adequação às novas tecnologias da informação, não bastando pensar na privacidade nos moldes de um direito subjetivo, a ser tutelado conforme as conveniências individuais.

Curiosamente, cresce imensamente a cada dia e tem comportado uma enorme gama de situações jurídicas, das mais variadas, não sendo exagero afirmar que a privacidade hoje está hiperinflacionada.

Depurar melhor o conteúdo da privacidade torna-se compromisso fundamental se se pretende tutelar a pessoa de forma mais adequada. Portanto, identificar no âmbito da privacidade o que deve ser tratado da mesma forma e o que não deve, é tarefa inafastável da doutrina. Num universo hoje tão amplo, as chances de encontrarmos na órbita da privacidade questões patrimoniais sendo tratadas da mesma forma do que aquelas de natureza existencial são significativas. Portanto, essa depuração se mostra relevantíssima a fim de que os remédios certos sejam utilizados para funcionalidades da privacidade que sejam necessariamente relacionáveis entre si.

Percebe-se que não só no Brasil, assim como em outros países, há semelhante dificuldade, seja no direito norte-americano onde a *privacy* surgiu, seja no direito italiano, também se reconhece que a diversidade das situações nas quais o direito à privacidade é evocado torna muito difícil descrever seus contornos e seus limites, especificamente em relação a diversos direitos e interesses.

O presente trabalho, portanto, se inicia expondo, no primeiro capítulo, o que tem sido posto no conteúdo de um direito à privacidade no direito brasileiro, no direito americano e no direito italiano justamente para buscar demonstrar que as dificuldades são da mesma espécie. Optou-se por abordar os contornos da privacidade no direito norte-americano porque foi lá que a *privacy* nasceu, influenciando boa parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, inclusive o brasileiro, bem como no direito italiano, não só pelo fato do seu sistema jurídico ser igualmente ao nosso - da *civil law* -, mas também pelo fato de sua Constituição, assim como a nossa, atribuir à pessoa humana absoluta prioridade, sendo essa escolha fundamental e o ponto de partida para se estudar qualquer instituto.

Na aplicação do *right to privacy*, por exemplo, uma constelação de situações é encontrada, pois a privacidade foi ou é evocada para regular a tranquilidade do próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, o controle sobre a vigilância, a proteção da reputação, a proteção contra averiguações e interrogatórios abusivos, o planejamento familiar, a educação dos próprios filhos, o aborto, a eutanásia, a opção sexual, e assim por diante.

No Brasil, reconhece-se que a formação do direito à privacidade tem sido uma típica obra da jurisprudência que, com apoio na doutrina, cônica da evolução do direito à privacidade em outros países, preocupa-se em identificar seus contornos e fundamentos. Em que pese esse esforço, na privacidade encontramos indistintamente questões envolvendo sigilo bancário e fiscal, telefônico, de correspondência, segredo de justiça, inviolabilidade do domicílio, honra e imagem, vida privada, dados sensíveis e situações patrimoniais.

Em seguida, abordaremos a polêmica questão que envolve os fundamentos da privacidade, que para uns será a liberdade, e para outros a dignidade, a depender do ordenamento jurídico de que se trata. Contudo, a melhor doutrina busca uma terceira via, sustentando que a privacidade hoje está visceralmente ligada não só à dignidade, mas também à liberdade.

Finaliza-se o Capítulo 1 chamando atenção para o fato de que em outros países, cujo sistema também é o do *civil law*, como na Itália, o caminho da privacidade tem sido o da *objetivação* do tratamento dos dados pessoais. E por que isso é tão relevante? Porque, a partir daí, constata-se que, no que se refere à privacidade, naquilo que não diga respeito à proteção dos dados pessoais (ou sensíveis), semelhante tendência não tem sido adotada.

A partir do movimento em direção ao tratamento objetivo dos dados pessoais verifica-se que o que se pretende é procedimentalizar todas as etapas pelas quais os chamados dados pessoais passarão quando manipulados por terceiros, sendo certo que essa

procedimentalização nada mais é do que uma forma inteligente de se tutelar os dados pessoais a partir da previsão de princípios específicos que se concretizam através de uma série de mecanismos que acompanham os dados em sua circulação, sem concentrar-se no sujeito titular.

Além disso, nessa procedimentalização do tratamento dos dados pessoais, é estabelecido um “núcleo comum” identificado por um conjunto de princípios que vem a ser o núcleo das questões com as quais todo ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais, dentre os quais, o da finalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da transparência, da exatidão, do livre acesso, da responsabilidade, da prevenção, da boa-fé objetiva e da segurança física e lógica, etc.

Ao deixar de enxergar a pessoa somente através da sua autonomia individual para realizar a sua proteção plena, o consentimento para o tratamento dos dados pessoais deve ser expresso, prévio, livre e informado, amoldando a decisão individual à dignidade do titular dos dados, como condição legitimadora do tratamento dos dados pessoais por terceiros.

E o Brasil, ainda que com alguns anos de atraso, em relação à Europa, dá os primeiros sinais de que também pretende fazer o mesmo, na medida em que já submeteu à consulta pública o Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e da privacidade por iniciativa do Ministério da Justiça em que, à semelhança do modelo europeu, se procura procedimentalizar o tratamento dos dados pessoais.¹

Portanto, o que temos até agora é o seguinte: o processo peculiar de objetivação tem sido observado apenas no tratamento de dados pessoais e não nas demais questões que envolvem privacidade e, se é verdade que os dados pessoais compõem apenas um dos aspectos da privacidade, não esgotam todas as suas possibilidades. Daí considerarmos que, excluídos os dados pessoais, merecedores de um tratamento à parte, se encontram as demais situações jurídicas que traduzem o direito de cada pessoa de construir autônoma e livremente sua personalidade, cabendo à República, que lhe tem como fundamento, remover todo e qualquer obstáculo que impeça uma pessoa de se desenvolver plenamente, sem amarras de qualquer tipo, que, portanto, funcionalizariam a vida privada, a ser estudada no Capítulo 3.

O Capítulo 2 cuida do *tratamento de dados pessoais*, inclusive dos sensíveis, bem como da objetivação da sua disciplina, a qual conduz ao estabelecimento de específicos procedimentos a serem observados por aqueles que pretendem manipular dados de terceiros.

¹ Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

Acredita-se que assim a pessoa possa ser, de fato, tutelada. O estabelecimento de limites e barreiras que atuam diretamente sobre a informação em si e não somente sobre o sujeito em relação à qual ela é relacionada parece fundamental para se atingir a proteção que o tema exige.

A partir do processo de objetivação em relação aos dados pessoais, ao mesmo tempo em que o controle pelo indivíduo de todo o caminho pelo qual os seus dados percorrerão torna-se possível, evitando-se a perda de controle da pessoa sobre o que se sabe em relação a ela mesma, sobretudo diante da velocidade do fluxo de informações, regras claras para o mercado são estabelecidas, pois, sem dúvida alguma, os dados pessoais são peça chave de toda e qualquer atividade econômica.

Em seguida, tratamos do significado das informações e dos dados pessoais, sobretudo diante das atuais tecnologias, que não só o alteraram quantitativamente – diante do poder de processar mais dados em menos tempo – mas também qualitativamente – face à possibilidade, por exemplo, de ser construída determinada representação virtual da pessoa, única capaz de ser vista pelos demais, o que poderá levar a uma diminuição da sua esfera de liberdade de escolha, pois vários entes com os quais se relaciona podem partir do pressuposto de que adotará determinado comportamento.

No segundo item do Capítulo, procura-se mostrar as características do processo de objetivação que marca o tratamento dos dados pessoais e, com esse propósito, alguns aspectos do Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e da privacidade, de iniciativa do Ministério da Justiça, foram analisados, chamando atenção para sua forte carga principiológica, que guia e ilumina toda a disciplina, para o tratamento diferenciado para os dados sensíveis, para o papel do consentimento prévio, expresso, livre e informado como condição para o tratamento dos dados pessoais, a sua revogação incondicionada, bem como para as modalidades de tutela com foco na prevenção dos danos.

O item três deste mesmo Capítulo é dedicado ao consentimento, instituto jurídico fundamental para legitimar o tratamento dos dados pessoais, revelando-se um dos aspectos mais sensíveis de toda a disciplina. Ao contrário do que se possa pensar, não possui caráter negocial, não é puramente formal, como o consentimento tradicional, que é estrutural e funcionalmente pensado para a prática de atos de natureza patrimonial e não atua apenas contra vícios extrínsecos que possam macular o exercício pleno da vontade do titular dos dados, assumindo, ao contrário, os contornos de um ato unilateral que deve concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que justifica a sua revogabilidade incondicional.

O último item do Capítulo 2 trata das modalidades de tutela para os dados pessoais, que devem ter em consideração se tratar de direito fundamental e extensão da personalidade do indivíduo. A utilização de mecanismos de autorregulamentação e de meios técnicos, por sua vez, também tem tentado dar respostas aos problemas que a disciplina suscita e a responsabilidade civil tem se mostrado capaz de desempenhar papel auxiliar a disciplina. Nesse sentido, o Anteprojeto de lei de proteção de dados no Brasil, além de buscar a adequada prevenção de danos, considera o tratamento de dados pessoais atividade de risco, estabelecendo que todo aquele que por seu intermédio, causar danos, será obrigado a ressarcir-lo. Fixando hipótese específica de responsabilidade objetiva, sobretudo diante da indiscutível dificuldade na demonstração do dano, um dos maiores problemas enfrentados pela consolidação da tutela da privacidade, torna-se medida útil, inclusive para fomentar uma determinada cultura em torno do tratamento desses dados.

Críticas endereçadas ao *habeas data* são inevitáveis, pois que, instituto surgido no direito brasileiro a partir da Constituição de 1988 como um dos instrumentos para a garantia dos direitos individuais e coletivos, se mostra, indubitavelmente, ferramenta insuficiente para a proteção dos dados pessoais. Não somente em razão dos aspectos processuais que acabam por dificultar e restringir a sua utilização, como também em decorrência de ter se imaginado que o binômio acesso-retificação fosse suficiente para atender à natureza dos interesses em jogo, tudo agravado pelo fato da jurisprudência não ter assimilado a amplitude necessária a ser conferida ao instituto. Portanto, o *habeas data*, para deixar de ser um instituto “simbólico”, deve ter redefinido o quanto antes o seu papel na proteção de dados pessoais.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, por ser disciplina que não assume os contornos de um sistema geral de proteção de dados pessoais, já que seu contexto é o das relações de consumo, muito embora possa fornecer parâmetros interpretativos úteis para situações outras, também não atende satisfatoriamente aos problemas que envolvem os dados pessoais.

A crise das dicotomias público e privado dá início ao Capítulo 3. Neste momento, procura-se mostrar que a Constituição e a sua centralidade não amparam a rígida contraposição interesse público *versus* interesse privado tantas vezes invocada na solução de conflitos envolvendo vida privada e liberdade de expressão. Até porque a dignidade da pessoa humana vem a ser o princípio unificante, razão e fim do Estado e, portanto, o ponto de confluência de interesses individuais e coletivos, os quais não mais podem ser relacionados em termos antagônicos, mas, sim, complementares. O interesse da coletividade é na verdade

sempre funcionalizado à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos, indicando, tão somente, que a diferença não é outra senão quantitativa.

Em seguida, volta-se para o conteúdo da vida privada que, na nossa opinião, é funcionalizada pelas demais situações jurídicas - que não digam respeito, portanto, ao tratamento de dados pessoais - que, nas palavras de Giancarlo Rolla, envolvem “o direito de cada pessoa construir autonomamente a própria personalidade, sem que provenha do exterior a individualização de papéis ou funções que deva desempenhar”. O caráter residual da vida privada frente aos dados pessoais é, portanto, um ponto importante, sobretudo, para não se aplicar acriticamente a mesma disciplina para situações que comportam funcionalidades dessemelhantes entre si.

Sem dúvida alguma, são muito numerosas, quase ilimitadas, as hipóteses que envolvem a vida privada de cada um e sua tutela, mostrando-se o art. 20 do CCb de discutível constitucionalidade, na medida em que exige a autorização prévia do interessado para a divulgação de escritos, transmissão da palavra, ou a publicação, exposição ou utilização da imagem.

Tem-se que, justamente pelo fato de a Constituição não considerar qualquer direito fundamental como um direito absoluto, o intérprete deve ponderar a prevalência de cada um no caso concreto. Além disso, não há qualquer previsão constitucional quanto à possibilidade de o legislador estabelecer *a priori*, que um deles irá se sobrepor a qualquer outro direito fundamental sem que, antes, o caso concreto seja investigado. Nesse contexto, a autorização prévia do noticiado em situações jurídicas que envolvem vida privada, ao contrário, é capaz de ceifar a liberdade de expressão de forma praticamente absoluta. Isto porque, antes mesmo de se contextualizar em que medida teria colidido com a vida privada para só então se aferir se a tutela requerida é na verdade expressão do individualismo egoísta ou se de fato houve abuso, este sim indenizável, a vida privada é considerada automaticamente violada.

Portanto, estabelecer modalidades de tutela para questões que, embora se encontrem na privacidade, sejam diversas daquelas que envolvem dados pessoais, exige sensibilidade para, pelo menos, não se importar acriticamente aspectos estruturais, funcionais ou mesmo soluções jurídicas pensadas para determinado tipo de problemática.

Não por acaso que o Capítulo 3 será encerrado com a explicitação de alguns critérios de ponderação já utilizados para a solução de conflitos de interesses entre a vida privada e a liberdade de expressão colhidos da jurisprudência, da doutrina nacional e estrangeira, bem como da autoridade garante da privacidade na Itália e da Corte Europeia de Direitos Humanos como forma de auxiliar, sobretudo, o judiciário nacional que a cada dia se depara com

questões cuja complexidade pode levar à tentação de serem dadas soluções pouco jurídicas e mais consentâneas com a “sensibilidade” do julgador, embora lhe seja exigível, sobretudo em um Estado Democrático e de Direito, que suas decisões se pautem pela racionalidade e não por subjetivismos descompromissados com o caso concreto e com os direitos e garantias constitucionais.

1. CONTORNOS DA PRIVACIDADE

1.1. A privacidade à luz das experiências americana e italiana

Não é só no Brasil que a dificuldade em se traçar os contornos da privacidade pode ser percebida. Seja no direito norte-americano, seja no direito europeu – e aqui trataremos da experiência da Itália sobre o tema –, também se reconhece que a diversidade das situações nas quais o direito à privacidade é evocado torna muito difícil descrever seus contornos e limites em comparação com outros direitos e interesses.²

O *right to privacy* do direito norte-americano não tem sede constitucional, sendo certo que o reconhecimento do caráter constitucional desse direito somente ocorreu no século XX e por obra dos tribunais, sobretudo da Suprema Corte (STEIN, 2004). Na aplicação do *right to privacy*, encontraremos uma constelação de situações, pois foi ou é evocado para regular a tranquilidade do próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, o controle sobre a vigilância, a proteção da reputação, a proteção contra averiguações e interrogatórios abusivos, o planejamento familiar, a educação dos próprios filhos, o aborto, a eutanásia, a opção sexual³, entre outros (LOSANO, 2003, p.

² A dificuldade em se traçar contornos bem definidos da *privacy* é sentida seja no sistema da *Common Law* (refere-se aqui especificamente aos Estados Unidos) seja no da *Civil Law*. Nos Estados Unidos, onde a *privacy* nasceu, assim como na Europa, os conjuntos de soluções adotados – pioneiramente – para a disciplina da proteção de dados podem ser agrupados em modelos – diversos, contudo – que sintetizam uma determinada abordagem do problema. A Itália, por ter sido o penúltimo país da União Europeia a elaborar uma lei de proteção de dados pessoais, foi o país escolhido para se fazer um paralelo com o problema também enfrentado pelo Brasil, pois pôde valer-se da experiência de outros países europeus que tratavam da matéria há mais tempo, além do que seu ordenamento jurídico em vigor coloca a pessoa e sua dignidade como prioridade máxima, o que implica a necessária funcionalização de todas as questões patrimoniais às situações existenciais da pessoa, perspectiva que deve também ser a adotada no Brasil a teor do que dispõe a Constituição da República de 1988, que estabelece no artigo 1º, III, verdadeira cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

³ Merece destaque a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Lawrence v. Texas* que em junho de 2003 decidiu por seis a três pela inconstitucionalidade da lei penal do Texas que criminalizava ato sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo. Em setembro de 1998, John Geddes Lawrence e Tyron Gardner foram presos na residência de Lawrence por estarem fazendo sexo anal, violando assim a chamada “Texas’ Homosexual Conduct Law” (Tex. Penal Code ANN. § 21.01 e § 21.06). Os dois homens foram processados e condenados pelo Tribunal do Texas, mas absolvidos pela Suprema Corte norte-americana, sob o fundamento de que aquela lei violava o princípio da igualdade, já que não considerava crime se o ato sexual fosse praticado entre pessoas de sexos diferentes, e o direito à privacidade, por considerá-la não só um direito fundamental, mas também por ser expressão da liberdade, sendo certo que esta, protegida constitucionalmente, confere aos homossexuais o direito de fazer suas próprias escolhas. O magistrado Anthony Kennedy, que foi acompanhado por outros cinco magistrados, afirmou em seu voto: “(...) *Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence (...). Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. (...) The petitioners are entitled to respect for their private lives. The*

12-18). Portanto, não é possível, em princípio, reconhecer no direito norte-americano, uma unidade no *right to privacy*.

Justifica-se tamanha funcionalidade como reflexo do reconhecimento da privacidade como questão fundamental para a liberdade e a democracia norte-americanas, pois, desde a sua formulação originária, a ideia da *privacy* relacionou-se diretamente com um ideal de liberdade, que pode ser reconduzido ao livre agir dentro de determinados parâmetros sem a ingerência estatal, não surpreendendo, portanto, que o *right to privacy* já tenha sido comparado a um *direito geral de personalidade*. (MOTA PINTO, 1993, p. 494)

Não é à toa que certa fratura na doutrina americana é notada entre os que entendem que a solução deva ser mais pragmática, apoiada no *case law*, e os que procuram sistematizar o tratamento da privacidade pelo ordenamento e conceituá-la, recorrendo, tradicionalmente, a elementos filosóficos, sociológicos ou morais (DONEDA, 2006, p. 271).

Registre-se, contudo, que é fator fundamental em sua interpretação o fato de que uma das características do constitucionalismo norte-americano é regular a ação dos governos e não dos indivíduos; portanto, o *right to privacy* é basicamente uma garantia do cidadão diante do Estado, estando as relações privadas de fora do seu alcance direto.

Não cabe neste estudo descer a minúcias, mas da casuística se percebe que o *right to privacy*, fundamentado na Quarta Emenda da Constituição americana,⁴ é o que mais se identifica com a proteção de dados pessoais, enquanto que a *privacy* fundamentada na Primeira Emenda⁵ garante a liberdade de expressão. Todavia, a Suprema Corte norte-americana ainda não estabeleceu um direito à privacidade para os dados pessoais, utilizando o

State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime (...)"(STEIN, 2004, p. 272-273).

⁴ É a redação da Quarta Emenda da Constituição americana: O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, Constituição. Disponível em <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 21 abr. 2011.

⁵ A redação da Primeira Emenda é a seguinte: O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, Constituição Disponível em <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 21 abr. 2011.

critério da eventual “expectativa de privacidade” para aquele que os revela, ainda que os dados tenham sido fornecidos para outras finalidades.⁶

Portanto, verifica-se que a tentativa de localizar um núcleo comum para diversos aspectos que são colocados sob a rubrica da privacidade tem se mostrado um complexo dilema para o direito norte-americano, pois, ao se adotar uma visão muito ampla de privacidade, corre-se o risco de se exagerar na formação do seu conteúdo ou de tornar o conceito muito vago, e, por outro lado, a partir de uma visão muito estreita, a concepção de privacidade se tornaria pouco protetiva demais. De um modo ou de outro, já se admite que os problemas reais sobre privacidade não cabem dentro das concepções tradicionais, impondo-se que o rótulo da *privacy* seja alterado diante da existência de diferentes tipos de problemas e danos que constituem violações à privacidade a fim de evitar que sejam unidos inadequadamente, como aqueles relacionados aos bancos de dados e àqueles relacionados à vigilância, ou sequer identificados. (SOLOVE, 2007, p. 755 e p. 757-759)

Já na Itália, após a entrada em vigor do seu novo Código Civil de 1942, a fundamentação da proteção à privacidade (*riservatezza*) passou a estar contida em seu art. 10, que trata do direito à imagem, mais especificamente da exposição ou publicação abusiva da imagem alheia, além da lei italiana n. 633, de 22 de abril de 41 (LDA) que trata do direito de autor, sobretudo os arts. 93 e 96.⁷

Mas apenas a partir de 1950 que os tribunais italianos foram gradualmente reconhecendo um *diritto alla riservatezza*⁸ e na década de 1970 que as altas cortes italianas o chancelaram, reconhecendo-o como uma situação subjetiva autônoma.⁹

⁶ Para ilustrar o afirmado, no caso *Katz v. United States*, a Suprema Corte entendeu que se a pessoa fornece seus dados para emissão de fatura e a empresa utiliza essas informações para situações outras, não há uma razoável expectativa de privacidade. No caso *Dwyer v. American Express Co.* esta mesma Corte entendeu que, se uma pessoa usa seu cartão de crédito para fazer suas compras e a companhia administradora do cartão usa seus dados para outros fins, também não haveria violação da *privacy*. (DONEDA, 2006, p. 284-286).

⁷ ITALIA, Lei nº 633, de 22 de abril de 1941. Disponível em: <http://www.interlex.it/test/l41_633b.htm>. Acesso em 21 jul. 2011.

⁸ Foi no “Caso Petacci” em que os familiares de Clara Petacci, que teve um relacionamento amoroso com o ditador Benito Mussolini, requereram a retirada de circulação de uma novela envolvendo os dois personagens chamada “O grande amor”, que a *Corte d’Appello* de Milão considerou que a publicação de fatos da vida íntima de uma pessoa constitui “violação do direito subjetivo à *riservatezza* (...)”. Fonte: *Corte d’Appello di Milano – sezione I* – 21.01.1995, in: *Foro Padano*, v. X, 1995, p.170-178. Acesso 21 jul. 2011. Disponível em: www.ca.milano.giustizia.it.

⁹ A Corte Constitucional, em 1973, reconheceu o direito *alla riservatezza* entre os direitos invioláveis do homem, fazendo expressa menção à Convenção Europeia de Direitos do Homem. V. *Foro Italiano*, 1973, *parte prima*, p.1708.

Em estudo jurídico-sociológico acerca do conceito jurídico de *riservatezza* construído pela jurisprudência civil italiana no período compreendido entre o pós-guerra, mais especificamente a partir de 1953, até a edição da lei n.675/1996, que já tratou da proteção de dados na Itália, chegou-se à conclusão que a interferência na esfera da *riservatezza* pode assumir várias formas. Assim, Ferrariet al (2000, p. 12):

La *privacy* può essere lesa dalla pubblicazione di una fotografia; dalla rivelazione di fatti, abitudini, comportamenti, scelte di vita, che il soggetto vorrebbe non fossero rese note o quanto meno discusse in ambienti che sfuggono al suo controllo; dall'uso non gradito di immagini, parole, opinioni, soprattutto se ciò comporti una distorsione dell'identità sociale del soggetto, generica o specifica; dalla possibilità anche soltanto teorica che altri possa esercitare un controllo su ciò che il soggetto liberamente fa o si propone di fare; dalla visibilità "fisica" delle azioni che il soggetto compie nel suo vivere quotidiano, anche se lecite e non disonorevoli; dalla riapertura di antiche ferite del soggetto o dei suoi familiari, financo dei suoi antenati.¹⁰

Acredita-se que, principalmente, por influência do *right to privacy* de Warren e Brandeis, a doutrina italiana, inicialmente, passou lenta e constantemente a utilizar o termo *privacy* no lugar da terminologia afim presente na língua italiana (o *diritto al riserbo*, *al segreto* ou, principalmente, o *diritto alla riservatezza*) (PINO, 2003, p. 3). No entanto, percebendo que o alargamento de uma noção como o *diritto alla riservatezza*, para compreender toda a complexa tutela das informações pessoais não seria possível, acabou por privilegiar a utilização do termo *privacy* para representar a nova “ordem” de preocupações com a privacidade, que consistiria no tratamento dos dados pessoais, discussão iniciada nos Estados Unidos a partir da década de 1960 (DONEDA, 2006, p. 248)

Sobre o tema, Stefano Rodotà afirma que a proteção de dados, desde a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, tem autonomia frente ao direito ao respeito à vida pessoal e familiar, tornando-se, talvez, neste ponto, a palavra *privacy* insuficiente para indicar todos os direitos que vêm sendo nela incluídos. Assim Rodotà (2005, p.19):

Paolo Conti: La parola *privacy* non diventa a questo punto riduttiva per indicare tutti questi diritti?

Stefano Rodotà: Forse sì, però è ormai l'espressione più utilizzata. Ma se guardiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vediamo ben distinti, in due articoli diversi, il diritto al rispetto della vita personale e familiare, nell'articolo 7, e il diritto alla protezione dei dati, nell'articolo 8. Nel linguaggio internazionale l'espressione più usata è ormai *data protection*, più che *privacy*, proprio per sottolineare che non si tratta soltanto di restare chiusi nel proprio mondo privato, al

¹⁰ Tradução livre: “A privacidade pode ser lesada pela publicação de uma fotografia; pela revelação de fatos, hábitos, comportamentos, escolhas de vida, que o sujeito não gostaria que ganhassem nota quanto menos que fossem discutidas em ambiente que fujam ao seu controle; pelo uso não consentido de imagens, de palavras, opiniões, sobretudo se estas comportarem na a distorção da sua identidade social, genérica ou especificamente; pela possibilidade, ainda que somente teórica, que os outros possam vir a exercer um controle sobre tudo o que livremente faz ou se propõe a fazer; pela visibilidade ‘física’ das ações que o sujeito realiza no seu cotidiano, ainda que lícitas e não desonrosas; pela reabertura de antigas feridas do sujeito ou de seus familiares, até mesmo dos seus antepassados”.

riparo da sguardi indiscreti, ma anche di potersi poiettare liberamente nel mondo attraverso le proprie informazioni, mantendo però sempre il controllo sul modo in cui queste circolano e vengono utilizzate da altri. Ma, soprattutto qui in Italia, “privacy” è ormai uno slogan... E se uno slogan funziona con gli italiani, è difficile cambiarlo.¹¹

Portanto, conscientes de que a sociedade da informação exige que se reformule não só os instrumentos e os conceitos jurídicos que vinham sendo utilizados e que atendiam outra época e a outras necessidades da pessoa, se caminha em direção a concepções de privacidade mais preocupadas não só com a promoção da pessoa e o seu desenvolvimento com liberdade, como também com o fato de que, dentro da privacidade, a proteção dos dados pessoais, pelas particularidades que apresenta, demanda tratamento autônomo.

1.2. A situação brasileira

Somente com a Constituição de 1988 a “vida privada” e a “intimidade” foram consideradas direitos fundamentais, ganhando então sede constitucional.¹² Até então, apenas a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, nas quais se inclui o direito à privacidade, fizeram-se presentes nas demais Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, de 1824, e até as Constituições republicanas subsequentes.

Desde então, a doutrina diverge acerca da adoção de uma acepção unívoca de privacidade, por revelar-se a mais adequada, justamente por unificar os valores expressos pelos termos “intimidade” e “vida privada”,¹³ da consideração dos termos “vida privada” e

¹¹ Tradução livre: “Paolo Conti: A palavra *privacy* não se torna neste ponto insuficiente para indicar todos estes direitos? Stefano Rodotà: Talvez sim, porém hoje é a expressão mais utilizada, mas se observarmos a carta de direitos fundamentais da U.E vemos de forma bem distinta, em dois artigos diferentes, o direito ao respeito à vida pessoal e familiar, no artigo 7º e o direito à proteção de dados no art. 8º. Na linguagem internacional, a expressão mais usada é proteção de dados, mais que *privacy*, justamente para sublinhar que não se trata apenas de ficar fechado no próprio mundo privado, protegido dos olhares indiscretos, mas também de poder se projetar livremente no mundo através das próprias informações, mantendo, porém, sempre o controle sobre o modo como estão circulando e sendo utilizados por outros. Mas, sobretudo aqui na Itália, *privacy* é hoje um slogan e, se um slogan funciona com os italianos, é difícil mudá-lo”.

¹² BRASIL, Constituição (1998): Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹³ Sob a perspectiva civil-constitucional, defendem a adoção do termo unívoco “privacidade” para revelar a “vida privada” e a “intimidade”: DONEDA (2006, p.112); LEWICKI (2003, p. 34) e BUCAR (2008). CHOERI (2010, p. 271), ao afirmar que o “direito à privacidade” e o “direito à identidade” “representam interesses existenciais distintos de tutela e promoção da pessoa humana”, reclamando, portanto, aplicação diversa, parece ser da mesma opinião. Também sob a perspectiva civil-constitucional, TEPEDINO (2008, p. 558) já afirmou que: “o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania”. Adotando perspectiva diversa: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2007, p.31-32) e D’OLIVO (1996, p.189-191). SILVA (2001, p. 209), por sua vez, ao analisar o art. 5º. X, da Constituição Federal, prefere utilizar o termo “direito à

“intimidade” como sinônimos ¹⁴, ou “vida privada” como gênero e “intimidade” como espécie. ¹⁵. Por fim, há quem, a partir do que dispôs a Constituição, e, como na interpretação da lei o legislador não usa sinônimos ¹⁶ e nem usa palavras à toa, deve-se sustentar que os dois termos são substancialmente diversos, devendo ser avaliados de formas diferentes, propondo-se a atuação de suas particularidades, ¹⁷ insistindo que “a primeira distinção necessária que devemos fazer para atingir um conceito do que seja o direito à liberdade da vida privada é superar a restrição comum de que vida privada seja o equivalente à intimidade (ZANETI JÚNIOR, 2000, p. 7).”

Destaque é dado para parte da doutrina nacional que defende ser a expressão “privacidade” capaz de melhor expressar a funcionalidade pretendida do instituto, seja por unificar os valores expressos pelos termos “intimidade” e “vida privada” seja por considerar não ser frutífero insistir em uma conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas dos dois termos, pois haveria “o risco de induzir a um pensamento moldado em torno de uma dicotomia entre público e privado”. Nas palavras de Doneda (2006, p. 109-110):

[...] Na “vida privada” encontramos o discurso que proclama a distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão (...) com o risco de induzir a um pensamento moldado em torno de uma dicotomia entre público e privado; entre interesses públicos e privados, indicativo de uma escolha ideológica que arrisca afastar a idéia de um ordenamento jurídico unitário e ordenado em torno de uma tábua axiológica comum. O outro termo utilizado pelo constituinte, “intimidade”, aparenta referir-se a eventos mais particulares e especiais, a uma atmosfera de confiança. Evoca, mais do que outra coisa, o aspecto do direito à tranquilidade, do *right to be alone* [...].

Constata-se, contudo, que a formação da privacidade no ordenamento brasileiro tem sido uma típica obra da jurisprudência e hoje, no âmbito da privacidade, encontramos, como veremos, questões envolvendo sigilo bancário e fiscal, telefônico, de correspondência,

privacidade” justamente por preferir um termo mais genérico e amplo “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

¹⁴ DOTTI (1982, p. 333-352); JABUR (2005, p.90); ARAÚJO (1996, p.41); CALDAS (1997, p.43); BUCAR (2008). SILVA PEREIRA (2005, p. 259) afirma que a Constituição (art.5º, X) “aproximou o direito à intimidade ao direito à vida privada” e que “cada um tem o poder, assegurado constitucionalmente, de conviver com quem queira, como de se recusar a qualquer aproximação”.

¹⁵ Nesse sentido, COELHO (2003, p.193); DOURADO (2008, p. 77) e MARQUES (2003, p.261-265).

¹⁶ Afirma Carlos Maximiliano: “307- *Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’. As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultam frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis (...)”. (MAXIMILIANO, 1997, p. 250).

¹⁷ Nesse sentido: SAMPAIO (1997, p.269-274); COSTA JÚNIOR (1970, p. 31-32); LÔBO (2001, p. 89 e 2008, p.95-96); GUERRA (2004, p.41-48); FERRAZ JÚNIOR (1993, p. 439-459); PODESTÁ, (1999, p. 207); CASTRO (2002, p. 35-42 e p. 44-48).

segredo de justiça, inviolabilidade do domicílio, honra e imagem, só para citar alguns exemplos.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, a respeito dos sigilos bancário e fiscal, entende que são verdadeiros “corolários do direito à privacidade”: “(...) Os sigilos bancário e fiscal, corolários do direito à privacidade, não são absolutos, nem se levantam como barreira de proteção à criminalidade, à corrupção e à sonegação fiscal. Por isso, podem ser excepcional e justificadamente flexibilizados, caso a caso, em prol do interesse público”.

Na hipótese de gravação de conversas telefônicas, sem ciência do interlocutor, o STJ também tem analisado caso a caso e, quando considerada ilícita, o seu fundamento para tanto é a violação do “direito à privacidade”. Confira:

I - No “Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...).” (cf., HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001).

II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso.

III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita. *Writ* concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos. (STJ. Segunda Turma. RESP 200702443728. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 30.09.2010.)

Uma vez constatada a violação de correspondência, para o STJ, o deferimento de indenização por danos morais justifica-se independentemente da prova da lesão, sendo certo que a revelação do seu conteúdo representa violação da “vida privada”, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. EXTRATO DE FGTS ENDEREÇADO AO RECORRENTE E ENVIADO À SEDE DARECORRIDA, SUA EX-EMPREGADORA. UTILIZAÇÃO DA CORRESPONDÊNCIA VIOLADA PARA INSTRUÇÃO DA DEFESA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA E DA PROTEÇÃO À INTIMIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.

- A responsabilização por dano moral, na hipótese dos autos, opera-se por forçada simples violação de correspondência (*in re ipsa*), independentemente de prova da lesão.

- A informação consignada em todos os modelos de extratos do FGTS encontra-se amparada pelo dever de sigilo previsto no art. 1º da Lei Complementar 105/01.

- Ao utilizar o documento violado para sustentação de seus argumentos nos autos de reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente, a recorrida conferiu indevida publicidade ao conteúdo da correspondência violada, o que representa ingerência na vida privada do recorrente. Recurso Especial conhecido e provido (STJ. Segunda Turma. RESP 200702443728. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 30.09.2010.)

Em episódio que envolveu o Senador José Sarney e o jornal O Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, embora, por maioria, não tenha conhecido da Reclamação, julgando-a extinta sem julgamento de mérito, proposta por empresa jornalística contra decisão de Turma Cível do TJDF, que, nos autos de agravo de instrumento, se declarara absolutamente incompetente para apreciar o recurso, reconhecendo conexão com decisão que decretara a quebra de sigilo telefônico proferida por Juiz Federal no Estado do Maranhão, mantendo, porém, com base no poder geral de cautela, decisão liminar do relator original da causa (ação inibitória de publicação de dados sigilosos sobre o autor e contidos em pendente investigação policial) registrou que a proteção dos dados cobertos pelo segredo de justiça é expressão do “direito à privacidade”. Confira:

LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, *caput*, da CF [...].(STF., Tribunal Pleno. Reclamação 9428/DF. Relator (a): Min. Cezar Peluso. DJe-116 publ. 25/06/2010).

Em relação à violação de domicílio o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede de *Habeas Corpus*, adotando posicionamento já firmado pelo STF, considerou que “escritório” não se compara a domicílio para efeitos de entrada à noite, pois o direito tutelado é a “intimidade de quem habita o local”, o que não ocorre no local de trabalho do investigado, *in verbis*:

(...) XI - Tampouco houve afronta ao direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 5º, XI da CR/88. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento sobre recebimento da denúncia no inquérito 2424/RJ, lançou entendimento de que o escritório não se compara a domicílio para efeitos de entrada à noite, uma vez que o direito tutelado é a intimidade de quem habita o local no retiro do descanso e com sua família. Tal não ocorre no escritório de trabalho do investigado, que se encontra vazio no momento da exploração de local autorizada judicialmente, de maneira a inexistir qualquer violação ao direito à intimidade [...]. (TRF2. Primeira Turma Especializada. HC 200802010197868. Relator: Desembargador Federal Abel Gomes. DJU Data::06/03/2009 - Página::91)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, em recurso de Apelação, pareceu não reconhecer funcionalidade própria para o direito à honra, não deixando claro, inclusive, se considerou estar o direito à honra no âmbito do direito à privacidade ou se o tratou como sinônimo deste, uma vez que, se por um lado afirmou que as matérias jornalísticas divulgadas não macularam a honra do noticiado, por outro assevera que não houve abuso do direito à informação e que, portanto, não teria havido invasão do “direito à privacidade”, não resultando em reparação por danos morais. Confira:

Ação indenizatória de dano moral por conta de reportagem jornalística efetuada em 22/09/1993, que o colocou como suspeito de participar de um grupo de extermínio e da chacina de Vigário Geral. Absolvição pela sentença penal de 2005. Reportagem baseada em informações verídicas, obtidas de forma lícita, através das autoridades competentes e de grande interesse e relevância para a sociedade. A matéria publicada de forma alguma maculou a honra do Autor porque não excedeu os limites do razoável, obedecendo de forma clara aos artigos 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV e 220 e 1º parágrafo de nossa Magna Carta. Somente o abuso do direito à informação invade a esfera da privacidade e pode ensejar reparação por dano moral. Recurso conhecido, ao qual se nega provimento. (TJRJ. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação nº 0220673-81.2007.819.0001. Des. Lucia Miguel S. Lima. Julgamento: 29/03/2011)

Em recente julgado, o STJ, a despeito de a Constituição cuidar da imagem como um direito fundamental autônomo frente a outros direitos igualmente fundamentais como vida privada, intimidade e honra, afirma estar o direito à imagem inserido no que chamou de “novo conceito de privacidade”:

[...] com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem [...]. (STJ. Quarta Turma. RESP 200702529083. Relator: Luis Felipe Salomão. DJE 07/02/2011)

É certo, ainda, que a identificação do contexto social, político e econômico, no qual surge a noção de privacidade, é indispensável para acompanharmos o seu desenvolvimento, justificando-se proceder no plano histórico para a sua contextualização jurídica.

No século XIX, as condições de vida em que se desenvolve a revolução industrial excluem toda uma classe operária e adjacentes da privacidade que seus padrões poderiam usufruir, sendo a propriedade condição inafastável para se chegar à privacidade, passando esta a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para lhe proporcionar isolamento dentro da sua própria classe (WESTIN, 2008, p. 93)

Com efeito, a gênese do direito à privacidade demonstra que suas características formaram-se estreitamente vinculadas às necessidades e à ideologia da classe social que a reclamava, o que explica um matiz individualista que por vezes encontramos ainda hoje a ela associada (PEREZ LUÑO *apud* DONEDA, 2006, p.128).

Não por acaso que no Código Civil Brasileiro de 1916 as únicas preocupações ligadas à privacidade se expressam no âmbito do direito de vizinhança, ou seja, do conflito de proprietários, campo, por excelência, onde aqueles Códigos assentiam em limitar os direitos individuais, sendo assim a exegese do art.573 do CCb 1916. (LEWICK, 2003, p. 80-81)

A primeira acepção da privacidade como o “direito a ficar só”, elaborado por Warren e Brandeis, funda-se em uma criticável e anacrônica perspectiva do indivíduo murado, conduzindo a um isolamento protegido, a uma tutela negativa que se concretiza apenas na exclusão dos demais, embora ainda seja difusamente acolhida.¹⁸

Ainda é comum, por outro lado, a afirmação de que “privacidade é um termo com vários significados”.¹⁹ “Vida privada”, “segredo”, “sigilo”, “reserva”, “intimidade”, todas estas expressões, de alguma forma, se reportam ao que hoje se concebe por privacidade.²⁰ Definições que concebem a “Vida privada” como o direito a ficar só e de se isolar, ou, ainda, como o direito ao resguardo das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em suas economias, ameaçados pelo avanço tecnológico, e de “intimidade” como a zona espiritual íntima e reservada das pessoas que merece ser protegida (GONÇALVES, 2005, p. 172-173), porque se situa entre os direitos de cunho psíquico (BITTAR, 2001, p. 106) ou como um sentimento, um estado de alma (DOTTI, 1980, p. 126), todas elas, apesar de muito frequentes, são expressões reducionistas, que expressam apenas liberdades negativas e se encontram em descompasso com o que a privacidade realmente representa hoje para a pessoa humana.

Outro traço comum entre praticamente todas as definições construídas pela doutrina tradicional é, ainda hoje, a forte influência da teoria das “esferas concêntricas”²¹, apesar de ter sido desenvolvida e posteriormente abandonada, ao menos no que se refere à sua aplicação

¹⁸ DONEDA (2006, p. 105-106) alerta: “[...] a menção a um ‘direito a ser deixado só’, tantas vezes apontada como sendo a definição de Warren e Brandeis, não é de todo exata: em seu célebre artigo *The right to privacy*, os autores em nenhum momento definem estritamente o *right to privacy*. A associação que geralmente é feita do artigo com o *right to be let alone* deve ser relativizada: esta é uma citação da obra do magistrado norte-americano Thomas Cooley, que os autores não chegam em nenhum momento a afirmar que traduziria propriamente o conteúdo do direito à privacidade – ou seja, Warren e Brandeis trabalharam com uma perspectiva aberta de *privacy*”. Acerca da perspectiva do indivíduo murado que conduz apenas à tutela negativa, nos remetemos a LEWICKI (2003, p. 9)

¹⁹ REILLY(1999). No mesmo sentido: FRIEDMAN *apud* BUCAR, 2008, p.25

²⁰ LEWICKI (2003, p; 30) descreve a sutil distinção entre os vocábulos aqui apresentados: “A maioria das palavras antes utilizadas para expressar a ideia da privacidade padecia ou do escasso alcance ou da confusão causada pelo uso corrente. Assim, ‘segredo’ e ‘sigilo’ são mais associadas à inviolabilidade das comunicações pessoais, enquanto ‘recato’ remete à ideia de pudor. ‘Intimidade’ é termo usado em muitos sentidos, normalmente ligado à noção de proximidade, da mesma forma encerrando um certo conteúdo sexual. ‘Reserva’ é muito imprecisa, pela quantidade de significados que possibilita, muito diferentes entre si, e também pelo pouco uso, atual, do sentido diretamente ligado à ideia de proteção de aspectos íntimos”.

²¹ Acerca da “teoria das esferas” explica COSTA JÚNIOR (1970, p.31): “[...] para a ‘teoria das esferas’, cujos maiores defensores são HENKEL e HUBMANN, existem diferentes graus de manifestação do *sentimento* de privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*, que para outros autores seria *Geheimsphäre*), a esfera privada (*Privatsphäre*) e, em torno delas, a esfera pessoal que abrangeria a vida pública (*Öffentlichkeitsbereich*)”. Insistindo na divisão da privacidade em três esferas, PAIANO (2003, p.12-13).

em tema de proteção de dados pessoais (em célebre sentença de 1983) pelo Tribunal Constitucional Alemão, chegando hoje a ser jocosamente referida pela própria doutrina alemã como a teoria da “pessoa como uma cebola passiva”.²²

A teoria das esferas ou dos círculos concêntricos parece não ter se limitado a influenciar apenas o direito brasileiro, conforme podemos extrair da crítica de Paulo Mota Pinto, que, ao comentar a preferência de parte da doutrina portuguesa pelas teorias que distinguem entre “círculos” de proteção da pessoa, afirma que “para além de não facilitar uma clara demarcação do conteúdo do direito fundamental em questão, esta distinção apenas poderá ser utilizada para graduar a gravidade da ofensa”.²³

Se por um lado, para alguns, é verdade que a *privacy* do direito norte-americano teria até mesmo maior abrangência que a privacidade no direito brasileiro (DONEDA, 2006, p. 264), a partir da análise de Rodotà, quanto aos três graus de maturação da *privacy*, constata-se que, boa parte das concepções de privacidade hoje apresentadas pela doutrina brasileira, ainda encontra-se associada àquela definição de privacidade de Warren e Brandeis, a qual corresponderia ao seu primeiro grau de maturação, entendida como o direito a isolar-se, revelando, portanto, tutela meramente negativa e estática.

O segundo grau de maturação da *privacy*, por sua vez, diz respeito à transferência das informações pessoais em troca de benefícios, o que não implicaria, contudo, em permissão para a sua livre utilização por terceiros, pois deve ser o próprio indivíduo a controlá-lo. Por fim, o terceiro momento, última fase e atual, surge com a chegada das novas tecnologias e com o problema da segurança, percebendo-se, assim, um conceito de *privacy* sempre mais estritamente ligado à tutela da liberdade pessoal, existencial, entendido sob a seguinte perspectiva, *in verbis*: “o direito do indivíduo poder realizar as suas escolhas, de manter as suas características não apenas sem sofrer algum tipo de discriminação, mas também sem

²² Afirma Frosini (1991, p. 128-129): “A Sentença do Tribunal Constitucional Alemão de 1983 determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* –, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias – corroendo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença: “não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor, portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado ‘sem importância’”.

²³ Assim, MOTA PINTO (2000, p. 162). CACHAPUZ (2006, p. 109), por sua vez, em crítica à “teoria das esferas” afirma: “(...) a adoção de uma teoria das esferas corresponde, na mesma medida, à dicotomia exigida ao público e ao privado na modernidade”.

perder nenhuma parte da própria identidade dentre os variados mecanismos das novas tecnologias” (RODOTÀ, 2005, p. 18).

Embora a maioria dos manuais nacionais de direito civil ainda conceba a privacidade apenas como uma liberdade negativa, há quem já tenha percebido que é sob esta última perspectiva que a privacidade vai encontrando seus contornos, pois, “identificada com aquilo que a pessoa é, e não com o que ela tem” (LEWICKI, 2003, p. 87), deixa para trás as inadequadas e tradicionais definições jurídico-institucionais diante dos novos problemas impostos pela realidade dos sistemas informativos atuais.

É preciso indiscutivelmente dilatar o conceito de privacidade para além de sua dimensão estritamente individualista, no âmbito da qual sempre esteve confinada pelas circunstâncias de sua origem.

Nas palavras de MORAES (2008, p. 369-388):

[...] A ampliação dos direitos da personalidade, no nível do Código de 2002, deve se atribuir ao art.21²⁴, interpretando-se a “inviolabilidade da vida privada” não como a tímida tutela do microcosmo da casa, mas como o espaço (inviolável) da liberdade de escolhas existenciais.

E é a partir da privacidade funcionalizada aos aspectos existenciais da pessoa, e não aos patrimoniais, que LEWICKI (2003, p. 87) a define como um direito “à existência pessoal, e ao modo como a individualidade de cada um será inserida na sociedade” e DONEDA (2006, p.142), como o espaço de liberdade em que o indivíduo tenha “condições de desenvolvimento da própria personalidade, de modo a não ser submetido a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada e inviabilizariam o livre desenvolvimento da personalidade”. A privacidade, portanto, como forma de proteção da pessoa humana, não deve ser compreendida somente como escudo contra o exterior, mas como “elemento positivo, indutor da cidadania e da liberdade”.

Além de não se limitar ao aspecto negativo de proteção, nota-se a ampliação progressiva da noção de privacidade, não só quantitativamente, pois compreende agora situações e interesses sequer imaginados, quanto mais tutelados pelo ordenamento, mas, também, qualitativamente, pois se vai muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos privados, alterando o quadro de organização do poder (NIGER, 2011).

E é sob esta perspectiva que a privacidade já foi definida como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social” (FRIEDMAN *apud* RODOTÀ, 2008, p. 92-93), em um quadro caracterizado justamente pela “liberdade das

²⁴ BRASIL, Código Civil (2002) Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

escolhas existenciais” (RIGAUX *apud* RODOTÀ, 2008, p. 92-93), concebendo-a Rodotà (2008, p. 7) como “o direito à autodeterminação informativa, o qual concede a cada um de nós o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”. O direito à privacidade passa, então, a ser um instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade.

1.3. Fundamentos para a privacidade

Aqui se pretende investigar quais são os *fundamentos* da privacidade. Vale dizer, quais são os *valores* que fundamentam a privacidade.

É a historicidade dos direitos, entendidos como tais por Bobbio (2004, p. 5) como aqueles “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes [...]”, que explica não ser a privacidade fundamentada de forma absoluta nem ao longo do tempo, tão pouco em todos os lugares.

E, ao contrário do que se possa pensar, a privacidade não é nem um valor universal, nem contém em si mesma valores universais, tampouco é produto da lógica, mas sim de ideais sócio-políticos presentes em determinada sociedade, revelando profundos contrastes, que, ao contrário do que possa parecer, não são nem absolutos, nem incompatíveis entre si (WHITMAN, 2004, p. 1219).

Para entender os diversos fundamentos jurídicos da privacidade, devemos buscar, portanto, identificar os diversos contextos históricos, sociais e culturais pelos quais passa uma determinada sociedade.

Foi no direito norte-americano que a *privacy* surgiu. Isto porque a liberdade de expressão, incorporada à Constituição daquele País em 1791, por ocasião da 1ª Emenda, passou a ser efetivamente protegida pelo Judiciário norte-americano somente no curso do século XX, após o fim da 1ª Guerra Mundial (FARBER *apud* SARMENTO, 2010, p. 211). Desde então, tem se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, efetivamente, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana, sendo considerada uma “liberdade preferencial”²⁵, à qual acaba por enfraquecer a garantia de outros direitos, como a privacidade, a honra, a imagem e a igualdade (EBERLE *apud* SARMENTO 2010, p. 211).

²⁵ Acerca da teoria das “liberdades preferenciais” no Direito norte-americano, SARMENTO (2010) nos remete à TRIBE, Laurence H.. *The American Constitutional Law*. 2nd. ed., New York: The Foundation Press, 1988, p.769-784

Não por acaso o *hate speech* ainda encontra defesa quase incondicional no direito norte-americano, tendo se firmado o entendimento de que as manifestações de ódio e de intolerância contra minorias são protegidas pela liberdade de expressão e, portanto, eventuais restrições são consideradas inconstitucionais, pois envolveriam limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante. Desse modo, entende-se que o Estado deve se manter neutro em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que veiculem posições racistas, preconceituosas e de intolerância (SARMENTO, 2010, p. 210-220).

Apontam-se quatro razões para a manutenção desta perspectiva: maior a valorização pelo direito norte-americano da liberdade em relação à igualdade, a concepção formal da liberdade que tende a abstrair-se da opressão real exercida sobre as pessoas, a desconfiança perene em relação ao Estado, bem como a anacrônica visão de que os direitos e princípios constitucionais só vinculam o Estado e não os particulares (SARMENTO, 2010, p. 217-218).

Nesse contexto, ainda nos dias de hoje, para grande parte da doutrina americana a concepção de privacidade no direito norte-americano é aquela do século XVII em que a proteção conferida aos cidadãos dentro da sua própria casa contra invasões provenientes do Estado é identificada como verdadeira manifestação do direito à liberdade, isto porque ainda é fortíssima a concepção de que é o Estado o principal algoz da liberdade individual, já que as maiores ameaças de invasão de privacidade teriam sido desencadeadas por ações estatais (WHITMAN, 2004, p. 1161).

Já no direito europeu, a privacidade é fundamentada pela dignidade da pessoa humana, e não pela liberdade, sendo bastante significativa a preocupação com as tecnologias da informação e com as mídias em geral, por serem capazes de expor o indivíduo de forma diversa da desejada e em situações que repare inadequadas, ainda que se encontre em lugares públicos (WHITMAN, 2004, p. 1165 e p. 1219).

A partir da privacidade busca-se, em apertada síntese, garantir ao indivíduo condições de se autodeterminar com liberdade sem sofrer retaliações ou discriminação, seja pela sociedade, seja pelo Estado, não apenas no ambiente familiar, mas, principalmente, nos espaços públicos, por serem esses os verdadeiros espaços de liberdade, onde, com mais razão, devem ser tuteladas suas escolhas. Portanto, mais importante do que tutelar o indivíduo que se encontra em casa é tutelá-lo quando se encontra em público (RODOTÀ, 2006).

Portanto, o direito europeu valoriza com mais intensidade as escolhas existenciais da pessoa, por entender que, ao fazê-lo, estará permitindo que o indivíduo construa a sua própria

identidade, onde quer que esteja, enquanto no direito norte-americano as escolhas individuais seriam valoradas mais intensamente se, e somente se, estas forem restritas aos limites da casa e não em público ²⁶, conferindo, ainda, mais importância à informação a ser transmitida, qualquer que seja o seu conteúdo.

No entanto, esta visão que estabelece fundamentos contrapostos para a privacidade, a partir de sistemas jurídicos ocidentais diversos, não é imune a críticas, afirmando Rodotà (2008, p. 235-236):

[...]Conforme sustentado por diversos estudiosos, sobretudo norte-americanos, contrapõe-se dois modos diversos de se conceber a privacidade na tradição da cultura ocidental: um europeu, fundado substancialmente sobre a ideia de dignidade; outro, típico sobretudo dos Estados Unidos, fundado por sua vez na ideia de liberdade. Mas dinâmicas legislativas e culturais destes anos demonstram que, justamente na matéria da proteção de dados, esta contraposição formal não é mais proponível. ²⁷

O equívoco daqueles que entendem ser a privacidade fundamentada, no direito europeu, apenas pela dignidade é facilmente demonstrado, por exemplo, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em que o direito à proteção de dados posiciona-se justamente na parte em que se refere à liberdade. ²⁸ Com efeito, a tutela dos dados sensíveis tornou-se componente essencial da igualdade para evitar que a coleta dessas informações específicas possa se transformar em instrumento de discriminação. A tutela dos dados sobre as opiniões pessoais passa a ser uma premissa para o exercício das liberdades de expressão, de comunicação, de associação, de culto. No momento atual europeu, portanto, verifica-se que a privacidade se transforma a cada dia em pré-condição para o exercício de outros direitos e liberdades fundamentais, fortalecendo-se cada vez mais a associação entre privacidade e liberdade.

Pretende-se assim que as escolhas de vida sejam realizadas de forma livre, possibilitando que cada um se expresse em plena autonomia, sem que pressões públicas ou privadas as condicionem. É por esse motivo que as razões de segurança pública não podem

²⁶ Para ilustrar o afirmado, o exemplo muito citado é o caso *Veronica School District 47J v. Acton* (515 U.S. 646 (1995)), onde se discutia se os atletas da escola secundária poderiam ser submetidos a testes *antidoping* sem o seu consentimento. A Suprema Corte entendeu que se os atletas regularmente tomam banho juntos e ficam nus significa dizer que voluntariamente se expõem, e passam a ter reduzida “expectativa de privacidade”. Portanto, a coleta da urina em situações como esta para se aferir presença de uso de drogas não seria violação de privacidade. A crítica que se faz à decisão da Suprema Corte é a de que sob o argumento de uma “redução de expectativa de privacidade” tratou da mesma forma circunstâncias que envolvem um simples hábito diário e o consentimento para a coleta de dados pessoais. (WHITMAN, 2004, p.1201-1202)

²⁸ É no Capítulo II da carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, intitulado “Liberdades”, que se encontra o Artigo 8º que trata da “Proteção de dados pessoais”, cuja redação é a seguinte: “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” (tradução livre). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 19 out. 2010.

reduzir a privacidade a formas incompatíveis com as características de uma sociedade democrática e a lógica econômica não pode legitimar a transformação das informações pessoais em mercadorias apenas (RODOTÀ, 2008, p. 237).

Concepções de privacidade que são reconduzidas à dignidade, tais como, a “tutela das escolhas existenciais contra o controle público e a estigmatização social” (FRIEDMAN, 2008, p. 92) ou, ainda, a “solicitação de instrumentos sociais que nos protejam do risco de sermos simplificados, objetivados e julgados fora de contexto” (ROSEN, 2000, p. 196) partem da própria doutrina norte-americana demonstrando, portanto, a superação das proposições contrapostas acerca do fundamento da privacidade.

O personalismo presente na Constituição brasileira que não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão intersubjetiva, mostra, igualmente, que o estabelecimento de polaridades que contraponham os fundamentos da privacidade não têm base constitucional. Liberdade e dignidade, assim como todos os outros valores constitucionais, se prestam a tutelar o indivíduo como um todo, e não em *fattispecii* isoladas, pois o seu fundamento é representado pela unidade do valor da pessoa (PERLINGIERI, 2007, p. 155-156).

Portanto, num contexto caracterizado pela primazia da pessoa e de seus valores, da sua liberdade e autonomia, admitir contraposições estanques para a privacidade, que ora a fundamentam com base na liberdade ora na dignidade, vai de encontro à complexidade das relações jurídicas e às alterações sociopolíticas vividas pela contemporaneidade, que se projetam bem além da esfera privada, pois a privacidade é verdadeiramente elemento fundamental da liberdade e da cidadania, bem como pré-condição para o pleno exercício das liberdades e dos direitos da pessoa.

2 - O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS

2.1. A tendência à procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e o caráter residual das demais situações jurídicas pertinentes à vida privada

Nos últimos anos, assistiu-se à erosão do poder sobre as próprias informações, que se converteu em uma verdadeira perda do controle sobre si mesmo, em modalidades de expropriação e fragmentação profundas, deslocando a pessoa para lugares diversificados, indeterminados, inatingíveis. Esse é o efeito da difusão das coletas de informações pessoais, cada vez mais amplas e especializadas (RODOTÀ, 2008, p. 215).

Diante do habitual processamento massivo das informações, as noções de privacidade de outrora não mais se adaptam aos problemas hoje enfrentados pela sociedade mundial que assiste a uma redefinição do quadro da organização do poder, da qual a infraestrutura normativa representa hoje um dos seus componentes fundamentais, na medida em que a ampliação do direito de acesso à informação, com as possibilidades oferecidas pela difusão capilar das novas tecnologias passa a determinar formas de redistribuição do poder (RODOTÀ, 2008, p. 73).

Às informações é agregada, também, a valoração econômica, não se podendo fechar os olhos para os interesses das empresas e para a lógica do mercado. Portanto, é diante da necessidade de se estabelecer alguma segurança e previsibilidade ao tratamento dos dados pessoais, de modo a também viabilizar as regras de mercado, sem comprometer, ao mesmo tempo, aspectos da dignidade do seu titular, que a tendência em diversos países do mundo tem sido a de disciplinar o tratamento de dados pessoais por lei (SIERVO, 2003, p. 11).

E o Brasil parece pretender seguir o mesmo caminho ao sinalizar nesse sentido, tendo disposto à consulta pública o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais, cuja disciplina procura estabelecer referências objetivas da informação em si e não somente em relação ao sujeito ao qual ela é relacionada. Desse modo, limites e barreiras passam a ser estabelecidos em lei e atuam diretamente sobre a informação.

Essa objetivação, contudo, tem caráter instrumental e visa atender a critérios de funcionalidade, de forma que não apenas o valor econômico dos dados pessoais seria levado em consideração, mas também a multiplicidade de situações e interesses presentes em torno dos próprios dados pessoais.

Constata-se, ainda, que nesse processo de objetivação, o consentimento é a sua espinha dorsal, porque o tratamento dos dados pessoais somente poderá ocorrer após o

consentimento prévio, expresso, livre e informado do titular, por escrito ou por outro meio que o certifique, sob pena de nulidade, caso isso não ocorra ou na hipótese das informações terem conteúdo enganoso ou não tenham sido fornecidas de forma explícita (arts. 9º e 11, parágrafo único). Além disso, o consentimento deve ser capaz de amoldar a decisão individual à sua dignidade e informações acerca da finalidade para os quais os dados estão sendo coletados, da forma como serão tratados e o seu âmbito de difusão, do direito de acesso e retificação gratuitos e a natureza obrigatória ou facultativa do seu fornecimento, bem como do direito em não fornecê-los e as suas consequências e a identificação dos responsáveis pelo tratamento e o seu domicílio ²⁹ revelam não só a possibilidade efetiva de autodeterminação em relação aos próprios dados pessoais, bem como a transparência necessária à legitimação de todo o consenso, sobretudo diante da opacidade que marca o tratamento posterior dos dados pessoais face à impossibilidade de acompanhamento pelo interessado em seu destino.

Portanto, o consentimento no tratamento de dados pessoais deve ser funcionalizado a partir da sua interpretação à luz de alguns princípios de primordial importância para a proteção dos dados pessoais, como o da finalidade e o da informação, como expressão da autodeterminação da pessoa em relação aos dados pessoais e da legitimação da utilização destes dados por terceiros.

Resta saber se, em relação a outros aspectos relacionados à privacidade, que não envolvam, portanto, dados pessoais, possa se falar em procedimentalização e em consentimento prévio do interessado como instrumentos úteis para a construção de uma disciplina que estabeleça critérios para a ponderação dos interesses em jogo.

Antes de desenvolver o raciocínio acima lançado, é preciso deixar bem marcado que a razão desses questionamentos não é outra senão depurar melhor o conteúdo da privacidade, hoje tão ampla, a fim de identificar o que deve ser tratado de forma idêntica e o que deve ser tratado de forma diferente.

A tendência anunciada no Brasil e já sedimentada em vários países da Europa quanto à procedimentalização do tratamento dos dados pessoais já é suficiente para se chegar à primeira conclusão: quando se trata de dados pessoais a serem manipulados por terceiros, o intérprete, no caso concreto, deve observar todo o procedimento previamente estabelecido por lei para o tratamento dos dados pessoais.

Aliás, a doutrina italiana há muito já se manifesta acerca da necessária tutela do fluxo dos dados pessoais de forma diversa da tutela da vida privada, domiciliar e familiar, sobretudo

²⁹ Art.11, inc. I a VI do Anteprojeto (redação de 01.04.2011).

diante das significativas definições previstas na Carta dos Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia acerca da vida privada e da proteção de dados pessoais, em artigos diversos, pois o artigo 7º, e não o 8º, este relativo à tutela dos dados pessoais, é dedicado especificamente a garantir a todo indivíduo o respeito à própria vida privada e familiar, ao seu domicílio e à suas comunicações (SIERVO, 2003, p. 10).

É certo, ainda, que a procedimentalização para o tratamento dos dados pessoais pode vir também disposta, em caráter complementar, em códigos de boas práticas e de deontologia, fruto da autorregulamentação por parte dos próprios interessados pertencentes a determinado setor ou classe profissional³⁰, como ocorre na Europa, (diretiva europeia 95/46/CE, art. 27) e na Itália (Decreto Legislativo n.196 de 30 de junho de 2003, art. 12).

Se o intérprete, ao contrário, não estiver diante de hipótese que envolva tratamento de dados pessoais, não há falar em procedimentos a serem observados. O que norteará a ponderação serão as especificidades do caso concreto e os valores constitucionais ali identificados e, à luz do ordenamento jurídico vigente, chegar-se-á a uma solução que pode vir a tutelar ou não a privacidade, mas sim outros valores constitucionalmente relevantes, como a liberdade de expressão e de informação.

Em relação ao consentimento prévio do interessado no que toca à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, ou à publicação, à exposição ou à utilização da imagem, conforme prevê a literalidade do artigo 20 do CCB³¹ que, exigindo autorização prévia do interessado em hipóteses como estas, tem levado ao Judiciário a impedir a publicação de

³⁰ Nesse sentido, o art. 45 do Anteprojeto. Os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou através de organizações de classe, poderão formular códigos de boas práticas que estabeleçam as condições de organização, regime de funcionamento, procedimentos aplicáveis, normas de segurança, padrões técnicos, obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento e no uso de dados pessoais e demais quesitos e garantias para as pessoas, com pleno respeito aos princípios e disposições da presente lei e demais normas referentes à proteção de dados.

§ 1º Os códigos de boas práticas vincularão os respectivos responsáveis pelo tratamento de dados e os membros de uma determinada classe profissional.

§ 2º A Autoridade de Garantia solicitará às respectivas organizações de classe a elaboração dos códigos de boas práticas quando julgar conveniente e poderá participar de sua elaboração. I - vigilância e monitoramento; II - publicidade e marketing direto; III - bancos de dados de proteção ao crédito; IV - seguros; e V - demais matérias pertinentes.

§ 4º Os códigos de boas práticas serão depositados na Autoridade de Garantia, que poderá não aprová-los se estiverem em desconformidade com as disposições legais e regulamentares sobre a matéria, ao que seguirá uma

§ 5º Os códigos de boas práticas serão disponibilizados publicamente e deverão ser atualizados sempre que se demonstrar necessário. Redação de 01.04.2011.

³¹ É a redação do Art. 20 do CCB:.. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

biografias não autorizadas ou mesmo a determinar o seu recolhimento caso já distribuídas ao mercado.³²

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em ação de indenização por utilização de imagem sem autorização da retratada em site da Internet, considerou o consentimento o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, *in verbis*: (...) com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem” (STJ. Quarta Turma. RESP 200702529083. Relator: Luis Felipe Salomão. DJE DATA: 07/02/2011).

No entanto, a exigência do consentimento como condição para a publicação não foi prevista constitucionalmente, tampouco foi constitucionalmente determinado que o legislador a fizesse. Portanto, só o caso concreto será capaz de fornecer elementos que o orientem quanto aos valores a serem ponderados.

Considerando mais relevante para o direito a decisão do caso concreto do que aquela solução “elegantemente construída”, afirma Wieacker (2010, p. 627), *in verbis*:

[...] Hoje, na verdade, a prática jurídica sente, como todo o direito, como sua tarefa mais importante, não a solução sistemática ou conceitualmente justificada ou elegantemente construída, mas a decisão do *caso concreto* de acordo com a razão jurídica nos quadros duma determinada ordem jurídica [...].

Com efeito. Se de um lado há o chamado direito a contar a própria história a ser tutelado pela privacidade, de outro, há outros direitos constitucionais, também fundamentais, à liberdade de expressão e à informação. Portanto, se o constituinte originário não estabelece qualquer hierarquia entre direitos fundamentais, não cabe ao legislador fazê-lo, e, ao serem estabelecidas restrições prévias a direitos fundamentais, por via indireta, o legislador acaba por ignorar o caso concreto, elemento fundamental para uma dogmática que pretende tutelar o homem concretamente considerado e não aquele em abstrato.

Acerca das restrições a direitos fundamentais, Schier (2003, p. 7-8) afirma que é nessa temática que se desenvolveram as mais importantes contribuições para a compreensão entre as relações entre os direitos, liberdades e garantias fundamentais e a atividade legislativa, daí

³² A respeito das biografias não autorizadas, é o Judiciário que vem impedindo a publicação de alguns títulos ou determinando o seu recolhimento, como é o caso de *Estrela Solitária – Um brasileiro chamado Garrincha*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005; *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006 e *A vida e a literatura de João Guimarães Rosa*. Brasília: LGE Editora, 2008, conforme será abordado no capítulo 3.

porque emergem, na dogmática constitucional, os seguintes *topoi* para a leitura das restrições dos direitos fundamentais. Confira:

[...] (i) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição; (ii) não existe uma cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; (iii) a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este (poder constituinte originário) autorizou expressamente pela via da lei (reserva de lei), sendo, portanto, ilícita a restrição pelo veículo regulamentar [...].

Referindo-se ao direito à privacidade como um direito “contingente” e não “sacro”, conexo às exigências sociais de certos momentos históricos, Losano (2003, p. 19 e p. 27) sugere que a privacidade seja repensada replasmando-a “em função da estrutura atual da sociedade”, sendo certo que equilibrar os bens jurídicos não se trata apenas de uma “exigência ética ligada a uma harmoniosa convivência social”, mas é também uma “medida indispensável para tutelar efetivamente o direito à privacidade numa determinada sociedade historicamente existente”, até porque “o excesso de tutela em abstrato pode conduzir à falta de tutela em concreto”.

Além disso, transportar acriticamente o instituto do consentimento para aspectos da privacidade que não digam respeito a dados pessoais significa regredir, indiscutivelmente, à concepção individualista e egoísta da privacidade, ignorando que não há mais a noção de direito subjetivo absoluto atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, mas sim a de situação subjetiva complexa, expressão do princípio da solidariedade, não mais uma virtude, mas sim um dever de natureza jurídica.

Não é à toa que dois projetos de lei se encontram em tramitação no Congresso Nacional a fim de obter a alteração da redação do art. 20 do CCb para determinar que a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.³³

Portanto, não se pode admitir a constitucionalidade do art. 20 do CCb, o qual ignora solenemente a necessidade de se ponderar os valores constitucionais presentes no caso concreto, não havendo qualquer fundamento de ordem constitucional que justifique a

³³ Os projetos de lei 393/11, do deputado Newton Lima (PT-SP), e 395/11, da deputada Manuela D'Ávila (PCdoB-RS), que são idênticos, alteram o artigo 20 do Código Civil e permitem a divulgação de informações biográficas de pessoas públicas sem nenhum tipo de autorização prévia. As duas propostas reabrem a discussão na Câmara sobre os limites entre a liberdade de expressão e o direito do cidadão de manter em sigilo fatos e acontecimentos ligados à sua imagem, à sua intimidade ou à sua vida privada. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/politica/2011/02/25/noticiacolonapolitica.2107245/projetos-liberam-publicacao-de-biografias-nao-autorizadas.shtml>>. Data: 25.02.2011. Acesso em 02 abr. 2011.

definição prévia do merecimento de tutela em favor do indivíduo, de sua história e de sua privacidade em detrimento da liberdade de expressão e de informação.

Igualmente alertando para a necessidade de ponderação no caso concreto, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado número 279 que, a despeito da literalidade do art. 20 do CCB, marca a importância da ponderação entre a imagem e outros direitos fundamentais como a liberdade de informação, *in verbis*:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.³⁴

Curiosamente, essa prévia autorização do interessado como condição da publicação da história de vida não é invocada quando se trata de publicações em matérias jornalísticas, embora o art. 20 do CCB se refira genericamente à divulgação de escritos e à transmissão da palavra, o que, portanto, não justifica fazê-lo apenas quando a hipótese é de publicação editorial ou audiovisual (hipótese dos documentários).

Portanto, ainda que se admitisse constitucional a prévia autorização como condição para a publicação de biografias não autorizadas e documentários, este posicionamento, para ser juridicamente aceitável, exigiria que se defendesse o mesmo para as hipóteses de publicação de matérias jornalísticas, seja por quaisquer dos veículos informativos existentes, não sendo por acaso que, em decisão recente, uma das câmaras de julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que não há obrigação da imprensa quanto à notificação prévia de matéria jornalística que venha contar a história de quem quer que seja e impor à imprensa o aviso prévio pode prejudicar a liberdade de expressão.³⁵

Aprofundar o acerto ou não da interpretação que tem sido conferida ao art.20 do CCB à luz do ordenamento constitucional vigente não é o objetivo no momento. Contudo, diante dos fortes argumentos pela inconstitucionalidade da exigência de autorização prévia do interessado na hipótese de divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, temos mais um motivo para afastar a transposição do consentimento prévio para situações jurídicas afetas à privacidade que, contudo, não envolvem dados pessoais.

³⁴ Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em 18 mar. 2010.

³⁵ Esta questão será abordada no capítulo 3. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-10/jornal-publicar-noticia-avisar-ninguem-corte-europeia>>. Data: 10.05.2011. Acesso em 11 mai. 2011.

Nem se diga que a pessoa não será tutelada adequadamente. O que não se quer é que a ponderação seja afastada no caso concreto, sobretudo aqui, na medida em que o conflito envolverá, na maior parte das vezes, direitos, igualmente fundamentais, como o da privacidade de um lado e o da liberdade de expressão e de informação de outro, mas, ao se exigir a prévia autorização do interessado, por via indireta, as peculiaridades do caso concreto serão ignoradas e, assim, regride-se à concepção patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916.

Daí, somos levados à outra, a terceira, conclusão acerca dos contornos da privacidade: todas as situações jurídicas subjetivas complexas, que não disserem respeito ao tratamento de dados pessoais, terão caráter residual e, portanto, quando se fizer necessária alguma ponderação dos interesses em conflito no caso concreto, nem a procedimentalização nem o consentimento prévio do interessado serão instrumentos adequados na busca de soluções jurídicas que se pretendam constitucionais.

No âmbito da privacidade, portanto, encontraremos, de um lado, a proteção dos dados pessoais, cuja tutela é disciplinada a partir de um conjunto de soluções jurídicas que procedimentalizam todas as etapas de circulação dos dados, contando com o consentimento prévio, expresso e informado do seu titular como condição legitimadora do seu tratamento. De outro, por sua vez, situam-se as demais situações jurídicas que envolvem a privacidade, que, ao contrário do tratamento dos dados pessoais, não são procedimentalizadas e o consentimento prévio do interessado não se revela instituto adequado para a adoção de soluções jurídicas que se pretendam constitucionais.

A despeito da carga semântica que vem sendo utilizada pela doutrina e pela jurisprudência para a “vida privada” e para a “intimidade”, temos que cada conceito jurídico faz parte de um sistema ou contexto do qual recebe o seu sentido. Portanto, mudado o contexto, haverá recomposição do sentido, nada tendo a ver com o contexto anterior. Segundo Hespanha (1998, p. 19):

[...] O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem, são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos estabelecidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.

É sob essa perspectiva que, apenas a título de sugestão e para prestigiar a terminologia constitucionalmente prevista, sugere-se que, dentro da privacidade, a intimidade seja

funcionalizada pela proteção dos dados pessoais, e a vida privada, de caráter residual, seja funcionalizada pelas demais situações jurídicas que envolvam o direito de cada pessoa construir autonomamente a própria personalidade, sem que provenha do exterior a individualização de papéis ou funções que deva desempenhar (ROLLA, 2010, p. 7).

2.2. Informação e dados pessoais

O discurso sobre a privacidade na sociedade pós-industrial, cada vez mais, concentra-se em questões relacionadas a dados pessoais e, portanto, informações, que passam a ser o ponto de referência de um grande número de situações jurídicas.

Não raro, dados e informações são tratados indistintamente. Há mesmo quem chame atenção para o fato de que o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração, enquanto a informação iria além da representação inserida no dado e pressuporia uma fase inicial de depuração do seu conteúdo (DONEDA, 2006, p. 152).

Indubitavelmente, o significado da informação mudou. A informatização proporcionou um imenso diferencial ao tratamento de dados, seja sob a perspectiva do perfil quantitativo, ou seja, o poder de processar mais dados em menos tempo seja sob o aspecto qualitativo, isto é, sob o ponto de vista da manipulação, desde a sua coleta, tratamento até os meios para seu arquivamento e sua comunicação, diante da possibilidade de aplicação de técnicas sofisticadas a este processamento de modo a obter resultados valiosos e dele extrair resultados sempre mais significativos (DONEDA, 2006, p. 172).

A esse respeito, estudo americano, realizado na Universidade Carnegie Mellon, indica formas de uso das informações disponíveis em redes sociais como Facebook, tendo-se notícia que uma foto nele publicada pode revelar muito sobre uma pessoa, já que softwares de reconhecimento facial, aliados aos imensos bancos de imagens das redes sociais, podem não só revelar o nome de um usuário, mas informar ainda seu endereço, telefone e profissão. Diante dos resultados já obtidos, chama-se atenção para a possibilidade de a tecnologia, neste caso, comprometer a privacidade de cidadãos e para o fato do Facebook poder se tornar uma máquina de espionagem, podendo, por outro lado, também ser útil, ajudando, por exemplo, autoridades a encontrar pessoas desaparecidas e criminosos.³⁶

³⁶ Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/diz-estudo/pesquisa/aliada-a-redes-sociais-tecnica-de-reconhecimento-facial-pode-revelar-dados-pessoais/>>. Data: 11.08.2011. Acesso em 13 ago. 2011.

Além disso, com o aumento da sua utilidade, a informação torna-se, na mesma medida, um elemento fundamental para crescente número de relações jurídicas, incrementando igualmente suas possibilidades de influir em nosso cotidiano, sendo indiscutível que hoje considerável parcela das liberdades individuais são hoje concretamente exercidas através de estruturas nas quais a comunicação e a informação têm papel relevante (SIERVO, 2003, p. 4).

A informação pessoal, que se caracteriza pelo fato de estar vinculada a uma pessoa, revelando algum aspecto objetivo a seu respeito, pode ser agrupada em subcategorias, ligadas a determinado aspecto da sua vida.³⁷ Uma classificação como essa pode ser o pressuposto para a qualificação das normas a serem aplicadas a determinadas categorias de dados pessoais, como é o caso das normas referentes às informações sobre as movimentações bancárias³⁸ e fiscais de uma pessoa, enquadrando-se, respectivamente, no chamado sigilo bancário e fiscal.

Essa setorização pode ter consequências diversas, desde uma fragmentação, como o eventual enfraquecimento da tutela, caso estruturada em torno de contextos setoriais estanques, e não em torno da pessoa, ou, ao contrário, o seu fortalecimento, se localizarmos a questão ao redor de um panorama de tutela integral da pessoa, especificando a abordagem de

³⁷ Em estudo desenvolvido na Inglaterra, criticou-se o fato de que, a despeito de vários jornais e periódicos terem pouco conteúdo informativo, a imprensa dispõe de muito menos restrições no que toca à manipulação de dados pessoais do que outros setores, como a pesquisa de caráter social, por exemplo, o que leva às Universidades a implementarem políticas e procedimentos que acabam por restringir a atividade investigativa. Por isso, há quem defenda que à pesquisa científica deve ser estendido regime menos rigoroso, como acontece com o jornalismo, com a literatura e com a arte. Sobre o tema, em novembro de 2010, em conferência internacional sobre privacidade e pesquisa, convocada pela Comissão belga de proteção à privacidade, foi recomendado que, ao menos no que se refere a estudos históricos, as mesmas isenções que beneficiam a atividade jornalística, deveriam ser aplicadas àquelas modalidades de pesquisa. Confira: “(...) Moreover, especially given the broad definition of ‘personal data’ under this regime, the labyrinthine nature of the law as a whole has led to Universities implementing policies and procedures which further restrict investigative activity. This curtails academic freedom leaving key forms of knowledge production systematically handicapped, thereby damaging society’s long term interests. (...) consideration should be given to whether social research could benefit from the more liberal data protection arrangements for ‘journalism literature and art’. In addition, the effects of this regime on academia must be fully addressed in the review of the law now underway (...). Despite the considerably lower ‘infotainment’ value of many newspapers and periodicals, the Press benefit from the much less restrictive data processing regime for ‘journalism, literature and art’. In November 2010, an international conference on privacy and research convened by the Belgium Commission for the Protection of Privacy (timed to coincide with the Belgium Presidency of the EU) did recommend that, at least as regards historical studies, the same exemptions should apply to research as apply to journalism (Van Hove, 2010)”. (ERDOS, 2011, p. 1 e p. 24-25)

³⁸ Registre-se que há pouco mais de quatro anos, o Superior Tribunal de Justiça, ao se referir a dados pessoais, entendeu que “a mera utilização de dados pessoais para fins de abrir nova conta corrente, sem prévio conhecimento ou autorização do titular, não caracteriza, de per si, dano passível de reparação, considerando a hipótese como meros aborrecimentos que não ensejam a condenação por dano moral”. (STJ. Quarta Turma. RESP 200601328046. Relator: Min. Jorge Scartezini. DJ 06/11/2006 p. 341).

cada setor, justamente em virtude das peculiaridades inerentes a cada um de nós, merecedoras, portanto, de tratamento diferenciado (DONEDA, 2006, p. 160).

Nesse último sentido, percebeu-se que determinada categoria de dados mereceria tratamento específico, porque diziam respeito a determinados tipos de informações que, caso se tornasse conhecidas e divulgadas, poderiam dar ensejo a uma potencial utilização discriminatória ou mais lesivas que a média, vez que revelam a sua raça, credo político ou religioso, opções sexuais, histórico médico e dados genéticos. A esta categoria de dados denominou-se de *dados sensíveis*.³⁹

A categoria dos *dados sensíveis* é fruto de uma observação pragmática que gira em torno da diferença que apresenta o efeito do tratamento desses dados em relação aos demais, alertando Stefano Rodotà para o fato de que é o princípio da igualdade material que, aqui, vem a ser o fundamento da tutela, justamente porque a circulação de determinadas espécies de informações apresentam elevadíssimo potencial lesivo aos seus titulares, em determinado contexto social (RODOTÀ, 2008, p. 78-79).

A partir da elaboração dessa categoria de dados e da disciplina específica a ela aplicada, críticas foram inevitáveis, seja porque seria impossível definir com anterioridade os efeitos do tratamento de uma informação, seja ela de que natureza for, e, portanto, um dado, em si, não poderia ser considerado perigoso ou discriminatório, mas, tão somente, o uso que dele se faz para sê-lo, seja porque o uso de tais dados, em algumas hipóteses, é legítimo e necessário, como é o caso da pesquisa de caráter científico ou mesmo a atividade médica, cuja razão de ser estaria comprometida caso não se pudesse obter tais informações.

A propósito, recentemente, a autoridade garante da privacidade na Itália assegurou a utilização dos prontuários médicos de uma amostra de mais de quatrocentos pacientes por um estabelecimento dispensando o consentimento informado daqueles não encontrados ou falecidos, a fim de dar prosseguimento a uma pesquisa acerca das alterações moleculares do câncer de mama, mantendo, contudo, a exigência do consentimento para aqueles pacientes

³⁹ Na Itália, para os dados sensíveis, é insuficiente a manifestação de vontade do interessado, sendo exigida a prévia autorização por parte do Garante da privacidade para o seu tratamento, que, aliás, recentemente, editou vários provimentos específicos para vários setores, renovando tais autorizações, com validade de 1º de julho de 2011 até 31 de dezembro de 2012, dentre os quais, destacam-se aqueles que dizem respeito às relações de trabalho, aos dados relativos à saúde e à vida sexual, bem como aqueles de caráter judiciário, etc.. Da mesma forma, em relação aos dados de caráter genético, renovou as autorizações, também com validade até 31 de dezembro de 2012, para fins de tratamento, por médicos, laboratórios de genética, organismos sanitários, institutos de pesquisa e farmacêuticos, etc. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1824134>>. Newsletter 08 luglio 2011. Acesso em 25 jul. 2011.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1824134>>. Newsletter 09 maggio 2011. Acesso em 25 jul. 2011.

que ainda estão sendo tratados. A decisão do garante da privacidade pautou-se na relevância da pesquisa e na dificuldade objetiva em encontrar os pacientes antecipadamente, determinando, contudo, que, após a conclusão do estudo, cuja previsão é de três anos, os dados passarão a ser anônimos.⁴⁰

O regime adotado por cada ordenamento jurídico em relação aos dados sensíveis varia de acordo com as concepções que se tenha a este respeito,⁴¹ de sorte que a sua conceituação passa pelo atendimento da necessidade de se estabelecer que em determinada área a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior (LIMBERGER, 2009). Entretanto, se está ciente que uma situação de discriminação pode vir a acontecer mesmo que dados sensíveis não sejam utilizados.

Cite-se como exemplo de situação discriminatória envolvendo dados sensíveis aquele que resulta na não contratação de uma pessoa, que, por motivos religiosos, não pode trabalhar aos sábados, apesar da possibilidade concreta de mudança do regime de descanso semanal. Conhecendo esse fato, pode o empregador não vir a contratá-la, admitindo outro trabalhador que não tenha essa espécie de limitação. Situação discriminatória pode surgir, inclusive, a partir do conhecimento pelo empregador de informações constantes nos cadastros de inadimplimento, ainda que sem qualquer relação com a atividade a ser desempenhada, podendo acarretar, igualmente, a não contratação daquele cujo nome se encontra em cadastros restritivos ao crédito.

Nesse contexto, a busca de soluções para problemas envolvendo dados pessoais a partir de mecanismos puramente econômicos, não se revela adequada, sobretudo diante do fato de a informação apresentar-se ao ordenamento jurídico de forma multifacetada, dando origem a diversas situações e interesses que, por certo, não se limitam aos vetores patrimoniais.⁴²

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1824134>>. Newsletter 09 maggio 2011. Acesso em 25 jul. 2011.

⁴¹ Na Alemanha, por exemplo, a concepção dominante é a de não estabelecer um regime *a priori* diverso para os dados sensíveis. Neste sentido: DONEDA (2006, nota de pé pagina nº 355, p.163). Esta observação também é feita por FROSINI (*apud* DONEDA, 2006, nota de pé de página nº 351, p. 162) ao comentar célebre sentença da Corte Constitucional Alemã nesse sentido.

⁴² Em estudo recente, OHM (2011, p. 4 e p. 35) explora questões importantíssimas, tais como a relação entre a utilidade dos dados pessoais e a não identificação do seu titular, afirmando a esse respeito que esses dois aspectos nunca se encontram no mesmo momento (“[...] Data can either be useful or perfectly anonymous but never both”), alertando ainda para o fato de que deve ser abandonada a ideia muito difundida acerca da garantia da proteção da privacidade a partir da desidentificação (“[...] We must abandon the pervasively held idea that we can protect privacy by removing personally identifiable information (PII). This is now a discredited approach [...]”).

Verifica-se, ainda, que os dados pessoais vêm passando por um verdadeiro processo de objetivação, o que não quer dizer que se esteja caminhando em direção à sua patrimonialização. Ao contrário, esta perspectiva visa estabelecer referências objetivas na informação em si e não mais somente na pessoa à qual ela é relacionada. Desse modo, a lei estabelece limites e barreiras diretamente sobre a informação, de sorte que a tutela possa ser dinâmica e, para tanto, deve acompanhar os dados em sua circulação, sem concentrar-se na pessoa a quem os dados dizem respeito (DONEDA, 2006, p. 168).

Tanto isso é verdade que o art. 4º, inc. II do Anteprojeto é específico ao determinar que os dados pessoais serão objeto de tratamento em toda e qualquer operação, realizadas com ou sem o auxílio de meios automatizados, que permita a coleta, o armazenamento, o ordenamento, a conservação, a modificação, a comparação, a avaliação, a organização, a seleção, a extração, a utilização, o bloqueio e o cancelamento de dados pessoais, bem como o seu fornecimento a terceiros por meio de transferência, comunicação ou interconexão.

Contudo, é bom que se diga que, em que pese o fato de que a informação pessoal possa ser desvinculada do seu titular e tornar-se exterior a este, é certo que, enquanto for capaz de identificá-lo, com ele mantém um vínculo específico, de modo que a sua valoração deve partir desse dado básico, pois, em última análise, deve ser entendida como uma extensão da sua personalidade (ROMÁN; MORA, 2009, p. 7).

E nem poderia ser diferente, pois, é inegável que a explosão de importância da informática, mesmo que quantitativa⁴³, levou-a a uma posição estratégica não só para os mecanismos de controles sociais, políticos e econômicos, como também para a proteção da personalidade humana, revelando-se, ao mesmo tempo, necessário que o “núcleo duro” da reflexão em torno da informação parta desse pressuposto e assuma maiores responsabilidades. Portanto, qualquer enfoque estrutural ou funcional da disciplina que regulamente o tratamento dos dados pessoais deve levar em conta esta base técnica (PALAZZI, 2009, p. 60 e DONEDA, 2006, p. 171-172).

A respeito da mudança qualitativa no tratamento de dados pessoais, dentre as numerosas técnicas existentes, está aquela que elabora perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informação que ela disponibiliza ou que são colhidas (*profiling*) com o fim

⁴³ A respeito das leis sobre privacidade, Paul Ohm (2011, p. 9-12) lança crítica afirmando que geralmente se preocupam em regular apenas a qualidade dos dados, se esquecendo de estabelecer a quantidade de dados pessoais que o administrador por manipular os dados poderá coletar e manter sob seu controle. Assim: “Most privacy laws regulate data quality but not quantity. laws dictate what data administrators can do with data depending on the nature, sensitivity, and likability of the information, but they tend to say nothing about how much data a data administrator may collect nor how long the administrator can retain it (...)”. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450006>, p. 54. Acesso em 18. jul. 2011.

de se obter uma “meta-informação” sobre a pessoa, são sintetizados seus hábitos, preferências pessoais e outros registros da sua vida.⁴⁴

Um perfil assim obtido pode se transformar numa verdadeira representação virtual da pessoa, pois pode ser o seu único aspecto visível, estando fadado, diversas vezes, a se confundir com ela própria. Além disso, as técnicas de previsão de padrões de comportamento podem levar a uma diminuição da sua esfera de liberdade, visto que vários entes com os quais ela se relaciona partem do pressuposto de que ela adotará um comportamento predefinido, acarretando uma efetiva diminuição da liberdade de escolha (DONEDA, 2006, p. 173-174).

Hipótese que ilustra bem a diminuição da liberdade de escolha é aquela em que pesquisa mercadológica é feita em determinado bairro onde se verifica que a maioria das famílias lê apenas um tipo de publicação. A partir dessa informação, razões econômicas estimularão a distribuição naquela área apenas de livros e jornais correspondentes aos gostos e aos interesses individuais naquele momento particular. Percebe-se que a criação desse perfil não só pode bloquear o desenvolvimento daquela comunidade, solidificando-a no perfil traçado em uma situação determinada, como, por outro lado, penalizam-se os poucos que não correspondem ao perfil geral, iniciando-se assim um progressivo e perigoso processo de discriminação de minorias (RODOTÀ, 2008, p. 83).

Por outro lado, essas mesmas técnicas, utilizadas em outros contextos, podem se expressar úteis à expressão da própria personalidade. Um desses casos seria a utilização do anonimato em ambientes virtuais, pois tal possibilidade pode ser um instrumento útil para que a pessoa se relacione dentro de um determinado meio, sem que sofra as consequências das pressões sociais e o risco de preconceitos. Nestas ocasiões, pretende-se tutelar o livre desenvolvimento da personalidade através da liberdade de associação, expressão e relacionamento que, eventualmente, poderia vir a ser diminuída com a identificação da pessoa. Dessa forma, a tecnologia torna possível o acesso a certos níveis de anonimato e pseudonímia que possibilitam a fruição de algumas liberdades fundamentais (DONEDA, 2006, p. 179).

Sobre o tema, Rodotà (2008, p. 121) afirma que as identidades virtuais, no âmbito da comunicação eletrônica, criadas a partir do anonimato, devem ser tuteladas, não só pelo seu caráter polimorfo, como também pelo fato da identidade não ser um dado imutável e sim uma construção contínua e variável e que, como expressão do *eu*, também é flexível, podendo

⁴⁴ Além do *profiling*, outra técnica de coleta de dados pessoais que repercute na alteração qualitativa promovida pela informática é o *data mining* que consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos. (BOURCIER *apud* DONEDA, 2006, p.176).

compreender dimensões diversas e até mesmo contraditórias. Concebe, portanto, a identidade “real” e a “virtual” como manifestações do indivíduo, que refletem atitudes de liberdade, de modo que a virtualidade deve, portanto, ser considerada como um aspecto da realidade, não comportando valorações qualitativas. Assim:

[...] no âmbito da comunicação eletrônica, ela (a privacidade) pode se exprimir sobretudo como uma necessidade de anonimato ou, melhor dizendo, como exigência de assumir a identidade preferida, apresentando-se com um nome, um sexo, uma idade que podem ser diferentes daqueles efetivamente correspondentes aos dados do indivíduo, requerendo-se assim a tutela de uma identidade nova, diferente de uma identidade construída, como condição necessária para o desenvolver da própria personalidade, para alcançar plenamente a liberdade existencial [...].⁴⁵

Acerca das “falsas identidades”, Bauman (2005, p. 96-102), em entrevista com Benedetto Vecchi, parece concordar com o ponto de vista de Rodotà acerca da possibilidade de se reconhecer inúmeras identidades para o indivíduo, de modo que tutelar, igualmente, a identidade virtual significaria enriquecimento da própria personalidade, não se revelando verossímil a existência de uma única identidade, considerada a “verdadeira”, sobretudo, se as pessoas, *in verbis*: “vivem correndo atrás de modismos passageiros e parecem temer o abandono e a exclusão, ser banido, ser repudiado, descartado, despido daquilo que se é, não ter permissão de ser o que se deseja ser”.

Outro elemento fundamental presente nas muitas modalidades de coleta e tratamento de dados pessoais é a possibilidade de provocar um distanciamento entre a informação conscientemente fornecida pela pessoa e a utilidade na qual ela é transformada, identificando-se, assim, a “informação de base”, esta proveniente diretamente de uma pessoa, e uma “informação-resultado”, obtida a partir de determinado método de tratamento à informação de base, de forma a gerar alguma utilidade para aquele que o realiza (DONEDA, 2006, p.180-181.).

Como exemplo, citamos o preenchimento de fichas cadastrais *on line* ou em estabelecimentos comerciais com o objetivo de obter descontos em compras realizadas, que, indo além de dados como endereço, telefone, CPF, sexo, data de nascimento e *email*, procuram obter informações sobre hábitos de consumo, que, não raro, são utilizadas para a formação de perfis, que se prestará para os mais diversos fins, tais como, a elaboração de

⁴⁵ RODOTÀ (2008, p.116). Por outro lado, fala-se na eventual “aceitação da cultura da simulação”, diante do crescimento dos perfis *fake* do *Orkut* criados por adolescentes onde, pelo computador, começam e terminam namoros, vão ao cinema, à praia, ficam (e traem), casam-se, têm filhos e publicam todas as fofocas desse mundo de fantasia num jornal *fake*. Alguns adolescentes afirmam que criaram tais perfis por “não terem o que fazer”, psicólogos, por outro lado, afirmam tratar de “fase de experimentação” pela qual todo adolescente passa. Fonte: Jornal O Globo, Revista Megazine. Título: *Eu, meu fake e noss@ namorad@*. Data: 27.10.2009. Acesso em 27 out. 2009.

estratégias de mercado para a conquista de novos consumidores e a reformulação da própria identidade da marca.

Desse modo, os dados pessoais passam a ser os intermediários entre a pessoa e a sociedade e é justamente este aspecto que produz a perda de controle da pessoa sobre o que se sabe em relação a si mesma, representando, assim, uma diminuição na sua própria liberdade.

É nesse contexto que Rodotà (2005, p. 148-149) alerta para o fato de que sem uma forte tutela para as informações que lhe dizem respeito, a pessoa é cada vez mais ameaçada de ser discriminada por suas opiniões, crenças religiosas, condições de saúde, apresentando-se a privacidade como um elemento fundamental da “sociedade da igualdade”; sem uma forte tutela dos dados referentes às convicções políticas ou à inscrição em partidos, sindicatos, associações, os cidadãos sofrem ameaça de exclusão dos processos democráticos e dessa forma a privacidade torna-se condição essencial para a inclusão na “sociedade da participação”; sem uma forte tutela do “corpo eletrônico”, do conjunto de informações a nosso respeito, a própria liberdade pessoal está em perigo, funcionando a privacidade como instrumento necessário para defender a “sociedade da liberdade”; e “sem uma resistência contínua à microviolações, ao controle contínuo, capilar opressivo ou invisível que invade a própria vida quotidiana, nós nos tornamos nus e debilitados diante de poderes públicos e privados e a *privacy* se especifica assim como um componente imprescindível da sociedade da dignidade”.

2.3. A procedimentalização do tratamento dos dados pessoais

As soluções dos problemas da circulação de informações pessoais não se resolvem apenas a partir das noções correntes de privacidade, nem mesmo daquelas que já possuam perspectiva funcionalizada a questões existenciais da pessoa.

Ao contrário, a produção legislativa com o propósito de padronizar efetivamente a proteção de dados pessoais no País, e um Anteprojeto de lei submetido a prévio debate público é um termômetro significativo nesse sentido, é o primeiro passo em direção ao refinamento do conteúdo da privacidade, hoje tão vasto. Além disso, a identificação de remédios adequados e eficazes para situações que, de fato, apresentem identidade comum pode também vir a ser alcançada.

Concretamente, os possíveis procedimentos de tutela dos dados e das informações pessoais podem variar muito, de acordo com os poderes efetivamente atribuídos aos interessados: e isto significa que os procedimentos se fundam não sobre um, mas sobre

diversos critérios de seleção dos interesses, do que decorre a multiplicidade de regras sobre a circulação de informações. Aliás, não se trata de novidade. Desde sempre as informações pessoais foram submetidas a regimes jurídicos diferenciados, segundo um espectro que pode ir da opacidade ao máximo da transparência (com todas as nuances intermediárias), segundo se considere prevalecente o interesse privado à intimidade ou o interesse coletivo à publicidade (RODOTÀ, 2008, p. 77).

Foi na década de 1970 que surgiram as primeiras iniciativas legislativas para a tutela de dados pessoais. Desde então, seguiram-se leis com características próprias sempre na busca de modelos jurídicos mais ricos e completos, sendo possível identificar alguma progressão “geracional” das leis que disciplinaram a proteção de dados pessoais, sendo consideradas de quarta geração as que existem hoje em vários Países e que se caracterizam por procurar suprir as desvantagens do mencionado enfoque individual, existente até então (DONEDA, 2006, p. 213).

Na fase atual, percebe-se a consciência do problema integral da informação na fundamentação da disciplina, que implica no fato de não se poder basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual, de sorte que os instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção se mostram importantíssimos.

Não é outra a posição de RODOTÀ (2008, p. 37) para quem:

[...] É evidente a enorme defasagem de poder existente entre o indivíduo isolado e as grandes organizações de coleta de dados: nessas condições, é inteiramente ilusório falar em “controle”. Aliás, a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser o álibi de um poder público desejoso de esquivar-se dos novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e que assim se refugia em uma exaltação ilusória dos poderes do indivíduo, o qual se encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente poderá sair como perdedor [...].

Entre as técnicas utilizadas, as normas de quarta geração procuram: i) fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação; ii) reduzir o papel da decisão individual na autodeterminação informativa, como na hipótese dos dados sensíveis, por serem estes considerados merecedores de uma proteção no seu mais alto grau; iii) disseminar o modelo das autoridades independentes para a atuação da lei ⁴⁶ e iv) estimular o surgimento de normas específicas para alguns setores de processamento de dados, como, por exemplo, para o setor de crédito ao

⁴⁶ Interessante trabalho foi escrito por Roman; Moura (2009, p. 28-29) acerca da atuação das autoridades de proteção de dados na Espanha no que toca à aplicação e ao cumprimento do direito à proteção de dados, tendo sido a conclusão positiva. Afirmam que, apesar da complexidade da divisão de atribuições entre as agências de proteção de dados naquele País, a estrutura institucional existente na Espanha tem se mostrado efetiva para a promoção e para a defesa do direito à autodeterminação informativa.

consumo e de seguros, com o objetivo de conferir maior eficácia dos princípios constantes na lei de proteção de dados pessoais naquelas situações que apresentarem suas próprias peculiaridades.

Não é só isso. As regras previstas nas leis mais recentes que tratam da proteção de dados pessoais, além de ter caráter marcadamente procedimental, na medida em que princípios específicos são estabelecidos, concretizando-se através de uma série de mecanismos que acompanham os dados em sua circulação, sem concentrar-se no sujeito titular, apresentam um “núcleo comum” identificado por um conjunto de princípios que vem a ser o núcleo das questões com as quais todo ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais, dentre os quais, o da finalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da transparência, da exatidão, do livre acesso, da responsabilidade, da prevenção, da boa-fé objetiva e da segurança física e lógica, etc⁴⁷.

Aliás, esse é o caminho, como vimos, que parece pretender trilhar o legislador brasileiro, pois esteve em consulta pública o [anteprojeto de lei](#) sobre privacidade e proteção de dados pessoais proposto pelo Ministério da Justiça que, a propósito, segue em larga medida o modelo europeu e não o norte-americano.⁴⁸

Chama-se atenção, ainda, para o Projeto de Lei de Conversão nº 12, de 10 de maio de 2011, proveniente da Medida Provisória nº 518, de 30 de dezembro de 2010, que “disciplina a formação de consulta a banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas para formação de histórico de crédito”, que, após inúmeras críticas quanto à deficiente tutela dos dados pessoais, será encaminhado para o Senado Federal após sanção da Presidência da República, que, por sua vez, vetou três importantes dispositivos, quais sejam: o parágrafo 3º do art. 4º que previa a possibilidade do compartilhamento de informações entre os bancos de dados ainda que a autorização tenha sido fornecida a apenas um deles; o parágrafo 1º do art. 5º que impedia que o cadastrado

⁴⁷ É o caso da Itália que, obedecendo a uma tendência de reorganização normativa em torno da proteção de dados pessoais, em 2003, edita o seu *Codice in materia di protezione dei dati personali* (Decreto legislativo n. 196, de 29.07.2003, incorporando a Lei 675/96, que, aliás, era a transposição da Diretiva 95/46/CE, com diversas adaptações, e a Diretiva 2002/58/CE).

⁴⁸ Esta iniciativa foi decorrente de uma parceria do Ministério da Justiça com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e a Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. A consulta pública, que teve início em 30.11.2010, após sucessivas prorrogações, se encerrou em 30.04.2011. O debate público esteve disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/debata-a-norma/>>. Acesso em 01 abr. 2011. Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

pudesse, a qualquer tempo, cancelar seu cadastro e eliminar as informações a ele referentes e o parágrafo 2º do art. 5º que limitava o acesso gratuito ao banco de dados em até uma vez a cada quatro meses⁴⁹.

O Anteprojeto está estruturado em quatro títulos. O Título I, nominado “Da tutela dos dados pessoais”, traz onze capítulos. São eles: “disposições gerais”, “princípios gerais de proteção de dados pessoais”, “requisitos para o tratamento de dados pessoais”, “direitos do titular”, “tratamento dos dados sensíveis”, “segurança dos dados”, “comunicação e interconexão dos dados pessoais”, “término do tratamento dos dados pessoais”, “tratamento dos dados pessoais no setor público”, “tratamento dos dados pessoais no setor privado” e “transferência internacional de dados”. O Título II, “Tutela administrativa”, é dividido em dois títulos: o primeiro dispõe sobre “autoridade de garantia” e o segundo sobre “sanções administrativas”. O Título III, “Código de boas práticas”, não tem capítulo algum e o anteprojeto se encerra no Título IV com as “Disposições finais e transitórias”.

Apresenta dois eixos em torno dos quais a disciplina se estrutura. Ao mesmo tempo em que procura proteger a pessoa em relação ao tratamento de seus dados pessoais, também disciplina questões referentes ao mercado, estabelecendo, por exemplo, como regra, o princípio da equivalência no fluxo das informações para outros Países, o que implica o cerceamento da transmissão para Países que tenham um nível de proteção de dados pessoais considerados não adequados aos padrões da legislação brasileira, ressalvando, contudo, algumas exceções previstas nos incisos I a V.⁵⁰

Hoje temos uma sociedade em que qualquer segmento do consumo trabalha a partir das informações de seus consumidores, de modo que a informação vira um insumo do mercado, aliás, cada vez mais globalizado, que, em determinadas situações, pode valer mais que o próprio dinheiro. Há quem diga, inclusive, que a utilização dos nossos dados é a verdadeira justificativa para a existência de tantos serviços gratuitos na Internet e que o momento é o da “economia da informação pessoal de dados”.⁵¹

⁴⁹ Acerca do Projeto de Lei de Conversão nº 12, de 10.05.2011, proveniente da Medida Provisória nº 518, de 30.12.2010, confira: <<http://s.conjur.com.br/dl/veto-lei-conversao-mp-cadastro-positivo.pdf>>. Data: 10.06.2011. Acesso em 14 jul. 2011.

⁵⁰ Artigo 35 do Anteprojeto. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida para países que proporcionem um nível de proteção de dados equiparável ao da presente lei, salvo as seguintes exceções: (...). Redação de 01.04.2011. Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº 13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵¹ Doneda (2011) afirma ainda que “o crescimento de empresas como Google e Facebook – que anunciou a chegada ao Brasil com registro na área de ‘consultoria em publicidade’ – demonstra o potencial bilionário da perda de privacidade”.

Portanto, em chave de conclusão, o estabelecimento de restrições ao tratamento de dados pessoais, apesar de representar uma limite à liberdade do empreendedor, e nisso se inclui também um custo, também representa plataforma segura para o desenvolvimento da atividade negocial, além de possibilitar atrair o consumidor pela promoção do respeito pelos seus dados pessoais.

Pois bem. Quando se fala em tratamento de dados pessoais está-se pretendendo conferir alguma procedimentalização às etapas da circulação dos dados, e aqui se encontra um dos pilares do processo de objetivação, tendo sido eleitas pelo Anteprojeto hipóteses que envolvam operação, ou conjunto de operações, que permita a coleta, armazenamento, ordenamento, conservação, modificação, comparação, avaliação, organização, seleção, extração, utilização, bloqueio e cancelamento de dados pessoais, bem como o seu fornecimento a terceiros por meio de transferência, comunicação ou interconexão⁵².

Outros pilares desse processo de objetivação giram em torno da identificação de quais informações estão em jogo e para qual finalidade a informação será utilizada. Portanto, embora os dados pessoais, objeto de procedimentalização, em regra, sejam aqueles que digam respeito a toda e qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável, direta ou indiretamente, incluindo todo endereço ou número de identificação de um terminal utilizado para conexão a uma rede de computadores⁵³, na hipótese do tratamento dos dados pessoais ser realizado por pessoa física para fins exclusivamente pessoais e domésticos - desde que os dados tratados não sejam destinados à comunicação - ou se os bancos de dados forem utilizados para o exercício da atividade jornalística e exclusivamente para tal fim, a procedimentalização não será exigível⁵⁴.

Estas exceções justificam-se, pois, na primeira hipótese, os dados pessoais não são destinados à comunicação e, portanto, não terão *finalidade* que implique de alguma forma o conhecimento do seu conteúdo por terceiros. Já na segunda hipótese, se a finalidade do

⁵² Art. 4, II do Anteprojeto (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18(dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵³ Art. 4º, I do Anteprojeto (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵⁴ Hipóteses previstas no art. 3º, §1º, inc. I e II do Anteprojeto (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965/de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18(dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

conjunto estruturado de dados pessoais, localizado em um ou vários locais, em meio eletrônico ou não, for o exercício da atividade jornalística, esse banco de dados, e, por consequência, aquele que por ele for responsável, não se submeterá à procedimentalização dos dados sob sua responsabilidade, na medida em que a sua finalidade é, exclusivamente, a de garantir, em essência, o livre exercício da atividade jornalística, o direito de informar e de ser informado e a liberdade de expressão, direitos constitucionais considerados fundamentais.

Uma outra zona de flexibilização da tutela surge na terceira parte do Anteprojeto e a razão para tanto são as necessidades específicas de vários setores relacionados ao interesse individual na proteção dos dados pessoais, como o de vigilância e monitoramento, publicidade e marketing direto, bancos de dados de proteção ao crédito e seguros que, sem deixar que o tratamento de dados seja objeto apenas de disciplina contratual, abre a possibilidade para a autorregulamentação a partir da elaboração de códigos de boas práticas pelo próprio setor, deixando, ainda, espaço para a possibilidade de o mesmo poder ser feito em outros setores.⁵⁵

Relevantíssimo é notar que o critério de equilíbrio entre esses dois aspectos é a referência à pessoa e aos seus direitos fundamentais como base e fundamento de toda a disciplina,⁵⁷ deixando claro que a coleta, o tratamento e a utilização dos dados pessoais

⁵⁵ BRASIL, Constituição (1988) Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

⁵⁶ O Anteprojeto prevê que os códigos de boas práticas devem conter no mínimo o seguinte: Art. 45. Os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou através de organizações de classe, poderão formular códigos de boas práticas que estabeleçam as condições de organização, regime de funcionamento, procedimentos aplicáveis, normas de segurança, padrões técnicos, obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento e no uso de dados pessoais e demais quesitos e garantias para as pessoas, com pleno respeito aos princípios e disposições da presente lei e demais normas referentes à proteção de dados (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵⁷ Nesse sentido, é a redação do Art. 1º do Anteprojeto: Esta lei tem por objetivo garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, nos termos do art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados

vinculam-se a princípios, não apontando para direitos com suas correlatas garantias e limites, afastando, assim, a estrutura do direito subjetivo como seu instrumento de atuação.

O Anteprojeto estabelece, ainda, uma terminologia básica em seu art. 4º,⁵⁸ uma prática, aliás, frequente nas diretivas europeias⁵⁹ e, de uma forma geral, comum às leis relacionadas mais diretamente com tecnologia⁶⁰, bem como o tratamento dos dados pessoais para o setor público e para o setor privado⁶¹.

2.4. O consentimento prévio e informado *na* proteção de dados pessoais

O instituto jurídico fundamental para o tratamento dos dados pessoais é o consentimento, que se mostra, aliás, um dos pontos mais sensíveis de toda a disciplina, pois é por seu intermédio que o direito civil tem condições efetivas de estruturar a autonomia da

Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵⁸ O art. 4º, inc. I ao XIV do Anteprojeto conceitua “dado pessoal”, “tratamento”, “banco de dados”, “dados sensíveis”, “titular”, “responsável”, “subcontratado”, “comunicação”, “difusão”, “interconexão”, “bloqueio”, “cancelamento”, “dissociação” e “dados anônimos” (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁵⁹ A diretiva é um instrumento normativo típico da União Europeia. No sistema das fontes do direito comunitário, existem as fontes primárias, que são os tratados que a instituem, ao lado da normativa diretamente derivada deles; e as fontes secundárias que são basicamente os regulamentos, as diretivas e as decisões, além de outros como as recomendações e os pareceres. Em relação exclusivamente à Diretiva, sua função básica é de uniformização legislativa (...). (DONEDA, 2006, p. 224)

Chama-se atenção para o fato de que a [Diretiva 95/46/CE](#) sobre proteção de dados, o documento no qual estão baseadas todas as normativas internas dos países-membros da União Europeia, será [inteiramente revista](#), tendo sido oportunizada consulta pública, cujas sugestões para sua revisão puderam ser encaminhadas até dia 10 de março de 2011. Dentre os objetivos principais a serem alcançados com a revisão estão: modernizar o sistema europeu de proteção de dados, particularmente por conta da globalização do uso de dados pessoais e de novas tecnologias; reforçar os direitos dos cidadãos sobre seus dados e, ao mesmo tempo, diminuir as formalidades administrativas para sua utilização, e aumentar a clareza e coerência da normativa europeia. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/>> e em <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Consultation_Modernisation_Convention_108_EN.pdf>. Acesso em 01 abr.2011.

⁶⁰ Citamos como exemplo as definições constantes no artigo 60 da Lei Geral das Telecomunicações no Brasil (Lei nº 9.472/97).

⁶¹ No caso do tratamento de dados pessoais no setor público, a teor do art. 32, *caput* do Anteprojeto, em regra, a comunicação e interconexão de dados pessoais entre pessoas jurídicas de direito público será admitida nos casos em que suas competências não versem sobre matérias distintas, sendo, contudo, excepcionada nas hipóteses de previsão legal e caso a comunicação de dados for necessária para a realização das competências institucionais das pessoas jurídicas de direito público envolvidas, mesmo que tenham competências sobre matérias distintas. Já o capítulo referente ao tratamento de dados no setor privado (art. 34) dispõe apenas quanto à necessidade da entidade privada, que for realizar o tratamento de dados pessoais para o desenvolvimento da sua atividade, indicar um responsável, quando contar com mais de duzentos empregados (redação de 01.04.2011).

vontade, a circulação dos dados e os direitos fundamentais, ajustando à natureza dos interesses em questão aos efeitos da vontade individual (DONEDA, 2006, p. 371).

O consentimento informado pode ser compreendido sob várias formas: pode ser solicitado para todos os casos ou pode ser reservado somente a algumas categorias de dados; pode requerer sempre a informação preventiva dos interessados ou então tê-la como necessária somente em algumas formas de coleta, de tratamento, de difusão. Torna-se essencial, portanto, indicar o quadro de princípios que caracteriza o sistema de tutela (RODOTÀ, 2008, p. 101).

Por compreender um poder conferido à pessoa de modificar sua própria esfera jurídica, com base na expressão de sua vontade, e por ser capaz de expressar a atuação da autonomia privada em determinado momento, há de ser interpretado como o instrumento por excelência da manifestação da escolha individual, devendo, sobretudo, “amoldar a decisão individual à dignidade da pessoa humana” (KONDER, 2003, p. 61).

Alguns aspectos do consentimento merecem atenção. O primeiro deles diz respeito ao seu caráter *acessório*, pois estará sempre ligado a uma determinada situação que o fundamenta, como realizar um contrato ou não, se inscrever num concurso ou não, etc.. Em segundo lugar, aparenta ser um procedimento inócuo, pelo fato de seus efeitos não demonstrarem contornos muito nítidos, além do que a impessoalidade em muitas das relações comerciais, principalmente naquelas *on-line*, acarretam uma sensação de falsa segurança quando da revelação de informações de caráter pessoal e, conseqüentemente, no consentimento quanto ao seu tratamento.⁶²

Nesse contexto, surge um dos chamados “paradoxos da privacidade”, pois se o interessado obterá a tutela somente num momento posterior ao consentimento em fornecer seus dados, significa dizer que a pessoa primeiro teve que fazê-lo e somente num segundo momento pôde se valer da tutela, podendo-se alegar algum vício de consentimento. Aqui esse consentimento se revela verdadeira ficção para se adaptar aos interesses daqueles que pretendem a inserção dos dados pessoais no mercado.

Não é à toa que as micro violações e o controle invisível sobre os indivíduos são capazes de comprometer o que Rodotà (2005, p. 149) chama de “sociedade da dignidade”. Confira:

⁶² Nesse sentido: DONEDA, 2006, p. 373-374. A propósito, afirma ROSEN (2000, p. 198): “Nossa predisposição em revelar detalhes pessoais na Internet é uma manifestação tecnológica do fenômeno do estranho” (tradução livre).

[...] Senza una resistenza continua alle microviolazioni, ai controlli continui, capillari, oppressivi o invisibili che invadono la stessa vita quotidiana, ci ritroviamo nudi e deboli di fronte a poteri pubblici e privati: la *privacy* si specifica così come una componente ineliminabile della “società della dignità”.⁶³

Pode inclusive partir do Estado o incentivo a um determinado perfil do consentimento, sob a aparente premissa de conceder aos cidadãos um forte instrumento para determinar livremente a utilização de seus próprios dados pessoais, deixando de intervir em uma situação na qual sua obrigação seria a de agir positivamente na defesa de direitos fundamentais e assim “lavar as mãos” (RODOTÀ, 2008, p. 37).

Tais reflexões são necessárias para se demonstrar que o próprio consentimento, amparado na tecnicidade, por vezes, é capaz de neutralizar a atuação dos direitos fundamentais. Além disso, é preciso que se perceba ser necessário considerar a existência de um consentimento “específico” para o tratamento dos dados pessoais e não aquele presente nos contratos de qualquer tipo, sendo esta a principal razão para que a tutela dos dados pessoais baseada na tutela do consumidor não ser a solução ideal para o problema (DONEDA, 2006, p. 376).

Isto porque a transposição acrítica do consentimento negocial para o consentimento no tratamento de dados pessoais ignora que os parâmetros que embasam a atuação da autonomia privada nos mecanismos negociais tradicionais não devem ser os mesmos. Para o consentimento na disciplina de atos de conteúdo não patrimonial, sublinha-se constantemente a exigência, mais que isso, a necessidade, de que o consenso seja pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente, informado, sendo chamado, justamente por essas especificidades, de consentimento *qualificado* evidenciando que maior importância deve ser dada à *vontade subjetiva do declarante*, fato que não ocorre nas questões patrimoniais, em que a tendência é a objetivação da vontade. Além disso, a manifestação de vontade será sempre pessoal, bem como revogável a qualquer tempo, como será visto no próximo tópico deste capítulo (MEIRELES, 2009, p. 215-216).

Assim como nas situações existenciais que envolvem o biodireito, para o tratamento dos dados pessoais entendemos, como alerta Konder (2003, p. 62), que “a regra geral deixa de ser a decisão individual e passa a ser a concretização da dignidade da pessoa humana”, de modo que “em muitos casos, a proteção da dignidade humana vai conduzir à restrição ou mesmo eliminação do arbítrio individual, quando este levar à diminuição de algum dos

⁶³ Tradução livre: “(...) Sem uma resistência contínua às micro violações, aos controles contínuos, capilares opressivos ou invisíveis que invadem a própria vida quotidiana, nós nos tornamos nus e debilitados diante de poderes públicos e privados: a *privacy* se especifica assim como um componente imprescindível da ‘sociedade da dignidade’”).

aspectos de sua dignidade. Afinal, o ordenamento deixa de enxergar o sujeito somente através de sua autonomia individual para realizar uma proteção plena da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana, portanto, terá alcance para além do aspecto formal do consentimento, recaindo, de forma incisiva, sobre o seu conteúdo. Portanto, a esfera de livre decisão individual deixa de ser um valor em si passando a ser funcionalizada para a realização dos princípios constitucionais, de modo que o arbítrio do indivíduo será protegido apenas quando concretizar a dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 2007, p. 279).

Partindo da inafastável premissa de que a dignidade da pessoa humana resta concretizada, o segundo passo é saber como garantir que de fato o titular dos dados compreendeu como se dará a realização do tratamento dos seus dados, a sua finalidade, o período em que serão conservados, bem como outras informações, como aquelas elencadas no art. 11 do Anteprojeto,⁶⁴ que se mostrem relevantes para que o consentimento seja realmente informado e consciente.

No art. 9º, o Anteprojeto apenas afirma que será dado por escrito ou por outro meio que o certifique, após a notificação prévia ao titular das informações constantes no art. 11, e nada mais. No entanto, temos que talvez fosse o caso de se especificar um pouco mais como se daria esse consentimento, já que se trata da espinha dorsal de toda a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais⁶⁵.

⁶⁴ Art. 11. No momento da coleta de dados pessoais, o titular será informado de forma clara e explícita sobre:
I - a finalidade para a qual os seus dados pessoais estão sendo coletados e de que forma serão tratados;
II - a identidade e o domicílio do responsável pelo tratamento;
III - a natureza obrigatória ou facultativa do fornecimento dos dados;
IV - as consequências de uma eventual negativa em fornecê-los; V - os sujeitos para os quais os dados podem ser comunicados e o seu âmbito de difusão; e
V - os seus direitos, em particular da possibilidade de negar-se a fornecer os dados pessoais e sobre o seu direito de acesso e retificação gratuitos.
Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁶⁵ Com a intenção de que seja assegurada ao consumidor a exata compreensão das cláusulas contratuais, citamos o art. 46, do Código de defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que se encontra no capítulo intitulado “Da proteção contratual” e os §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, que trata “Dos contratos de adesão”:
Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.
Omissis
Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
Omissis
§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
(Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

A maneira mais próxima de se chegar a esse propósito seria primeiro exigir treinamento específico para aqueles que serão os encarregados de transmitir e explicar todos os pormenores do tratamento de dados ao seu titular, exigindo-lhes não só perfil apropriado para atividade, como também profundo conhecimento acerca das informações pelas quais será responsável por transmitir, e, ainda, postura ativa e interrogante com vistas a verificar o perfeito entendimento do titular dos dados, considerando as características específicas destes últimos.

A segunda medida seria reduzir por escrito ou, se mais eficiente for, gravar a manifestação do consentimento pelo titular dos dados, bem como o momento anterior, que revelará como as informações foram realmente a ele transmitidas. Nem se diga que solenidades seriam necessárias. Ao contrário. O que interessa é que haja o registro, com fidelidade, deste momento. Dessa forma, será possível aferir não só se o responsável em transmitir as informações, no caso concreto, o fez de forma clara e precisa, como exige o parágrafo único do art.11 do Anteprojeto, como também se realmente buscou esclarecer todas as dúvidas do titular dos dados, aferindo a real extensão da compreensão daquele que consentiu com o tratamento dos seus dados por terceiros, sob pena do consentimento ser considerado nulo.

Com efeito, o consentimento para o tratamento dos dados pessoais em nada deve se parecer com aquele tradicional cuja estrutura e função foram desenhadas para a prática de atos de natureza patrimonial, verdadeira projeção da autonomia da vontade, na sua acepção mais negocial. No consentimento tradicional, “a proteção do consentimento é puramente formal, contra vícios extrínsecos que possam macular o exercício pleno da vontade, e o único parâmetro de adaptação às características concretas do agente é a capacidade de exercício de direitos” (KONDER, 2003, p. 58).

Se não é apropriada a caracterização de uma natureza negocial a este consentimento, o que dificultaria a atuação dos atributos da personalidade que devem ser considerados no tratamento de dados pessoais, é necessário qualificá-lo juridicamente, o que implica não só especificá-lo de forma a funcionalizar a sua própria natureza jurídica, como também em atribuir ao intérprete o papel de integrar a disciplina do consentimento com os efeitos que dela são pretendidos (DONEDA, 2006, p. 377).

Quanto à sua qualificação jurídica, embora toque diretamente os elementos da própria personalidade, o consentimento para o tratamento de dados pessoais deles não dispõe,

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

assumindo os contornos de um ato unilateral, cujo efeito é o de autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais, sem estar diretamente vinculado a uma estrutura contratual. Isso não quer dizer, contudo, que não há interesse na sua proteção ou que a eles renuncia, mas, sim, que exerce um direito de autodeterminação na esfera das escolhas individuais.⁶⁶

Portanto, a fundamentação deste consentimento vem a ser a possibilidade de autodeterminação em relação aos dados pessoais, e é esta autodeterminação que deve ser o elemento principal a ser levado em conta para ser aferida a natureza jurídica e os efeitos desse consentimento (DONEDA, 2006, p. 378).

Quanto aos efeitos do consentimento, são identificados pela doutrina dois planos possíveis de análise: no primeiro, o consentimento é o instrumento desta autodeterminação e, portanto, de um aspecto da tutela da pessoa. Em outro plano, o consentimento representaria o papel de instrumento de legitimação para que esses dados sejam utilizados por terceiros (DONEDA, 2006, p. 378-379), sendo certo, contudo, que o Anteprojeto prevê algumas hipóteses em que o consentimento para o seu tratamento será dispensado (art.13, inc. I ao VII)⁶⁷.

Ultrapassada a questão da natureza jurídica do consentimento e os seus perfis, resta analisar a possibilidade quanto à revogabilidade especificamente *na* proteção de dados pessoais.

2.4.1. Da revogabilidade do consentimento na proteção de dados pessoais

Expostos os perfis do consentimento, autodeterminação e instrumento de legitimação, resta enfrentar a possibilidade da sua revogação *no* tratamento dos dados pessoais.

⁶⁶ Nesse sentido: MESSINETTI, 1998, p. 353-354) e DI MAJO *apud* DONEDA (2006, 377-378)

⁶⁷ Art. 13 O consentimento será dispensado quando o tratamento: I - for necessário para a execução de obrigações derivadas de um contrato do qual é parte o titular, para a execução de procedimentos pré-contratuais requeridos por este, ou para o cumprimento de uma obrigação legal por parte do responsável; II - referir-se a dados provenientes de registros, atos ou documentos públicos de acesso público irrestrito; III - for necessário para o exercício de funções próprias dos poderes do Estado; IV - for realizado unicamente com finalidades de pesquisa histórica, científica ou estatística; V - for necessário para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de um terceiro, nos casos em que o titular não possa prestar o próprio consentimento por impossibilidade física ou por incapacidade de compreensão; VI - for necessário para o exercício do direito de defesa ou para fazer valer um direito em sede judicial, desde que os dados coletados sejam tratados exclusivamente para esta finalidade e estritamente pelo período de tempo necessário para sua execução; VII - disser respeito a dados sobre o inadimplemento de obrigações por parte do titular, caso em que o titular deverá ser notificado previamente por escrito, nos termos do art. 43 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (redação de 01.04.2011).

Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

Se dentre as funções do consentimento no tratamento de dados está o poder do sujeito de autodeterminação em relação à construção de sua esfera privada, ligado, portanto, ao livre desenvolvimento da sua personalidade, a revogabilidade incondicional deste tipo de consentimento se justifica plenamente. Aliás, não foi outra a previsão do Anteprojeto de lei de proteção de dados, que, no art. 10, expressamente, dispõe que “o consentimento pode ser revogado a qualquer momento”.

A sua caracterização como ato jurídico unilateral serve a reforçar ainda mais essa revogabilidade, de sorte que, numa ponderação de interesses, haverá a preponderância da autodeterminação da pessoa e não da circulação de seus dados, embora se reconheça que o consentimento não deixa de implicar a modificação da esfera jurídica de quem é por ele legitimado para o tratamento dos dados pessoais, interesse que também deve ser vislumbrado pelo direito.

No exercício desta autodeterminação, a pessoa não estará sujeita a efeitos vinculantes de natureza obrigacional resultantes de seu consentimento e as opções do “credor” diante do inadimplemento voluntário estão fora de questão, tais como a resolução do contrato e a exceção do contrato não cumprido (Neste sentido, MEIRELES, 2009, p. 282).

Portanto, não se deve associar tal ato a um inadimplemento de qualquer espécie e quem recebeu autorização para o tratamento dos dados pessoais arcará com todo o risco decorrente da revogação do consentimento, até porque esse risco pertence à intrínseca natureza de sua posição e é justificável na medida em que o seu interesse e a utilidade que busca provém do tratamento dos referidos dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 381).

A despeito do consentimento não ter caráter negocial, condutas abusivas jamais são indiferentes ao direito, mais ainda quando o próprio CCB, no art. 187, expressamente prevê o instituto do abuso do direito como hipótese de ato ilícito⁶⁸. Portanto, no caso concreto, eventual dever de reparação não pode ser descartado, não devendo servir, contudo, a restringir a possibilidade de revogação e nem vinculá-lo a qualquer outro ato. Do contrário, por via indireta, estar-se-ia diminuindo o poder de autodeterminação do indivíduo⁶⁹.

⁶⁸ BRASIL, Código Civil (2002) Art.187:.. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Acerca do abuso do direito, afirma Carpena (2002, p.381 e p.383) “[...] O critério do abuso não está apenas na intenção de causar danos, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. [...] em qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso do direito, visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico”.

⁶⁹ É a redação do art. 9 do Anteprojeto: O tratamento de dados pessoais somente pode ocorrer após o consentimento livre, expresso e informado do titular, que poderá ser dado por escrito ou por outro meio que o certifique, após a notificação prévia ao titular das informações constantes no art. 11.

Ao intérprete caberá a verificação da prática de conduta abusiva por parte do titular dos dados podendo guiar-se pelo mecanismo do abuso do direito ou, ainda, do *venire contra factum proprium*⁷⁰, bem como a tarefa de funcionalizar a disciplina do consentimento à luz de alguns princípios da proteção de dados pessoais, como o da finalidade e o da informação.

O princípio da finalidade incidirá no consentimento para restringir a sua generalidade, devendo ser lido restritivamente em relação à sua finalidade, de sorte que valerá para tratamento certo e determinado, por responsável definido e sob certas condições. O consentimento genérico e a interpretação extensiva para hipóteses fora das expressamente previstas estariam excluídos desta perspectiva. Dessa forma, a pessoa terá condições de controle sobre suas próprias informações.

O Anteprojeto de Lei anda bem nesse ponto, pois, além do princípio da finalidade, o da necessidade e o da proporcionalidade dá os contornos valorativos da legislação a ser editada, de modo que a utilização de dados pessoais deve ser limitada ao mínimo necessário, de forma a excluir o seu tratamento sempre que a finalidade que se procura atingir possa ser igualmente realizada com a utilização de dados anônimos ou com o recurso a meios que permitam a identificação do interessado somente em caso de necessidade⁷¹ e o seu tratamento apenas poderá ocorrer nos casos em que houver relevância e pertinência em relação à finalidade para a qual foram coletados⁷².

Como consequência da aplicação dos princípios da finalidade e da necessidade, o princípio da informação em relação ao consentimento exige que o titular dos dados tenha completa consciência sobre o destino de seus dados pessoais caso forneça o consentimento. As informações devem incluir o destinatário dos dados, a finalidade para qual será utilizado e por quanto tempo, a identificação daqueles que terão acesso aos dados, se estes poderão ser transmitidos a terceiros e todos os demais detalhes quanto sejam necessários em uma

§ 1º Nos serviços de execução continuada, o consentimento deverá ser renovado periodicamente, nos termos do regulamento.

[...].

DONEDA, 2006, p. 381-382

⁷⁰ MOTA PINTO, Paulo (2000, p.62). Acerca do *venire contra factum proprium*, confira: SCHREIBER, 2004.

⁷¹ Nesse sentido, o art. 8º, inc. IV do Anteprojeto (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

⁷² Nesse sentido, o art. 8º, inc. II do Anteprojeto (redação de 01.04.2011). Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

determinada situação para que o titular dos dados possa de fato formar sua convicção livre e consciente para realizar o ato de autodeterminação (DONEDA, 2006, p. 383).

Essas informações consistem em verdadeiro elemento legitimador de todo o consenso e assumem especial relevância quando é a opacidade que marca o tratamento posterior dos dados pessoais, recaindo sobre aquele que realizará o tratamento dos dados o dever de informar ao seu titular previamente e de forma ampla sobre todos os fatos relevantes que envolvem esse tratamento.

Não é à toa que o Anteprojeto, no seu art. 8º, inc. VI, expressamente dispõe que os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais deverão observar o princípio da transparência que consiste em informar ao titular dos dados sobre a realização do tratamento de seus dados pessoais, com indicação da sua finalidade, categorias de dados tratados, período de conservação destes e demais informações relevantes.

E, dependendo da natureza dos interesses envolvidos, o dever de informar exige que o responsável pelo tratamento dos dados se certifique que o titular realmente tem condições de compreender as implicações do consentimento e que efetivamente as compreendeu, pois só dessa forma o consentimento será, de fato, informado⁷³.

É possível, contudo, que a legislação estabeleça parâmetros para este consentimento, seja definindo requisitos para se garantir a obediência ao princípio da informação, seja desmembrando o consentimento em algumas espécies, conforme a natureza dos interesses em relação a um determinado perfil de tratamento dos dados pessoais, estabelecendo, assim, requisitos mais ou menos rígidos⁷⁴.

No caso do Brasil, a intenção parece ser seguir o primeiro modelo, pois prevê o Anteprojeto que, no momento da coleta, o titular será informado de forma clara e explícita sobre: a finalidade para a qual os seus dados pessoais estão sendo coletados e de que forma serão tratados; a identidade e o domicílio do responsável pelo tratamento; a natureza

⁷³ Chama-se atenção para questão já abordada neste item, referente à imprescindibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana estar concretizada no consentimento para o tratamento dos dados pessoais. Isto porque, ainda que o titular dos dados manifeste sua concordância e mesmo que tenha compreendido todas as implicações da sua anuência para o tratamento dos dados pessoais, não haverá legitimidade para que terceiro o faça. A proteção da dignidade da pessoa humana, como já aqui afirmado, e nas palavras de Konder (2003), conduzirá “à restrição ou mesmo eliminação do arbítrio individual, quando este levar à diminuição de algum dos aspectos da dignidade”.

⁷⁴ No direito italiano, por exemplo, o consentimento desdobra-se em quatro hipóteses diversas, o que levou a doutrina a falar em “consentimentos” e não de um consentimento genérico: (i) o consentimento documentado por escrito; (ii) o consentimento por escrito acompanhado da autorização do garante para o tratamento dos dados sensíveis; (iii) o consentimento expresso para a comunicação e a difusão dos dados pessoais; e (iv) o consentimento expresso para a transferência de dados pessoais ao exterior. (CARBONE *apud* DONEDA, 2006, p.384).

obrigatória ou facultativa do fornecimento dos dados; as consequências de uma eventual negativa em fornecê-los; os sujeitos para os quais os dados podem ser comunicados e o seu âmbito de difusão; os seus direitos, em particular da possibilidade de negar-se a fornecer os dados pessoais e sobre o seu direito de acesso e retificação gratuitos (art. 11, incisos I ao VI), sob pena de ser considerado *nulo* o consentimento prestado caso as referidas informações tenham conteúdo enganoso ou não tenham sido fornecidas de forma clara e explícita (parágrafo único do art. 11).

2.5. Das modalidades de tutela para o tratamento dos dados pessoais

A modalidade de tutela para os dados pessoais merece uma atenção particular, seja pela dinamicidade de seu conteúdo como pelo novo cenário que procura regular, marcado pela forte presença da tecnologia.

Antes de mais nada, é bom que se diga que um sistema de proteção de dados pessoais pode se utilizar de uma determinada combinação de vários modelos de tutela⁷⁵ e não se limitar a um deles, em absoluto, mesmo se algum deles ocupar posição predominante.

A tutela realizada através de moldes proprietários apresenta-se com uma variada gama de intensidades, desde as mais incisivas, como pregam alguns teóricos da escola da análise econômica do direito, o que implica dizer que os dados pessoais e as informações em geral são bens de fruição não-exclusiva, cujo destino seria definido pela ação de seu titular, que disporia dos seus dados pessoais (POSNER *apud* DONEDA, 2006, p. 363) ou então passaria por graduações.

A partir desse modelo de tutela, ao interessado é reconhecida a faculdade, a princípio incondicionada, nos moldes proprietários, de ser o exclusivo árbitro do destino dos dados que lhe digam respeito, de sorte que uma ação, considerada paternalística do Estado, somente seria justificada caso os interessados fossem propensos a realizar escolhas “irracionais” através do consentimento, sendo que esse critério de irracionalidade seria definido em termos de eficiência (LA SPINA; MAJONE *apud* DONEDA, 2006, p. 363).

Por outro lado, é certo que a existência de um mercado para as informações pessoais é algo com que o ordenamento jurídico deve conviver, cabendo ao jurista muito mais a pergunta

⁷⁵ Os modelos de tutela identificados por MAJO (*apud* DONEDA, 2006, p. 362) são os seguintes: a tutela proprietária, a tutela dos direitos da pessoa, a tutela aquiliana e a tutela das “leis de proteção” de molde germânico.

sobre qual mercado e quais as regras do que tomar posição, pura e simplesmente, acerca da recusa automática desse mercado.

Contudo, esta constatação deve harmonizar-se com o fato de que uma tutela dos dados pessoais, em um modelo predominantemente proprietário, se mostra incongruente diante da sua consideração como um direito fundamental, justamente pela incompatibilidade entre os meios de tutela e o exercício de um direito real sobre os dados pessoais. Portanto, considerar os dados pessoais como “bens” jurídicos já teria como efeito imediato partir de paradigmas nos quais a pessoa humana estaria desde já, no mínimo ignorada (Nesté sentido: DONEDA, 2006, p. 364).

Com efeito, críticas à modalidade proprietária de tutela para o tratamento de dados pessoais são inevitáveis. Isto porque, além de oferecer uma visão predominantemente patrimonialista do problema, apresenta pouquíssimas possibilidades de incentivar o estabelecimento de um padrão de comportamento, justamente numa área em que o recurso à responsabilidade civil, em grande parte dos casos, sobretudo pela pouca monta do dano, considerado individualmente, não se mostra um caminho encorajador (DONEDA, 2006, p. 364-365).

Além disso, o problema da tutela da privacidade continuar sendo observada sob o prisma da responsabilidade civil é que a privacidade e a proteção de dados, em especial, mantenham-se vistas como liberdades negativas, na medida em que, por si só, a privacidade não teria sido capaz de abranger a complexidade que a proteção de dados agregou ao tema da privacidade (DONEDA, acesso em 2009).⁷⁶

Contudo, a responsabilidade civil pode desempenhar papel auxiliar à disciplina, se previstas, por exemplo, hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, sobretudo diante da indiscutível dificuldade na comprovação do dano, um dos maiores problemas enfrentados pela consolidação da tutela da privacidade. Além dessa constatação, a responsabilidade objetiva justifica-se pelo fato de, ao menos no que diz respeito ao tratamento de dados

⁷⁶ Acrescente-se que o governo federal planeja criar um marco regulatório civil para a Internet, diante da atual ausência de uma regulação da rede no País. A proposta trará questões como a responsabilidade civil de provedores e usuários, a privacidade dos dados, a neutralidade da rede (vedação de discriminação ou filtragem de conteúdo, seja política, seja econômica, seja jurídica) e os direitos fundamentais do internauta, como a liberdade de expressão. Afirmou-se que a intenção é barrar tentativas de colocar regras de maneira “casuística”. Disponível em: <<http://www.tid.org.br/modules/news/article.php?storyid=1077> e <http://www.destakjornal.com.br/readContent.aspx?id=14,46283>>. Acesso em 06 out. 2009.

Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65).

personais, a atividade ser de risco, devendo o responsável suportar os danos eventualmente causados aos titulares dos dados.

Portanto, a responsabilidade civil objetiva em matéria de tratamento de dados pessoais pode ser instrumento útil não só para a satisfação de interesses lesados como para fomentar uma determinada cultura de tratamento desses dados.

Outra alternativa de tutela é a autorregulamentação, já mencionada, cujas normas provêm de fontes não-estatais, como associações de classe ou grupos de empresas, geralmente detentoras de interesse primário ou secundário na exploração da atividade do tratamento de dados pessoais residindo justamente nesse ponto o possível conflito de interesses dificilmente sanável. Outro problema identificável na autorregulamentação vem a ser o reduzido poder coercitivo de tais normas, que, aliás, sequer atingiriam de forma igual a todos os seus destinatários.

Ainda sobre a questão das possíveis modalidades de tutela para os dados pessoais, tem-se a utilização de métodos baseados na própria *tecnologia*, que surge como uma alternativa de natureza auxiliar para a implementação de determinadas garantias, pois a tecnologia não pode, por si só, ser tomada como um possível meio de tutela e sequer pode ser qualificável juridicamente de forma plenamente satisfatória. Portanto, a utilização da tecnologia para a proteção de dados pessoais, de forma alguma, pode substituir a ação do Direito e sua aplicação dependeria de uma complexa e inafastável coesão entre forças do mercado, pressão dos consumidores e políticas de governo (DONEDA, 2006, p. 369-370).

A dificuldade de cada um dos modelos de tutela até aqui apresentados em trazer soluções satisfatórias para a proteção dos dados pessoais que atendam não só a proteção da pessoa, mas também estabeleçam um patamar satisfatório para a circulação de informações é grande. Por isso, resta lançar mão de institutos que, identificados na problemática dos dados pessoais, permitam ao intérprete estabelecer critérios de ponderação entre os interesses em jogo no caso concreto, auxiliado pela aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 370-371).

Sobre o tema, Rodotà (2008, p. 133-134 e p. 139) traz algumas estratégias de tutela para as hipóteses de proteção dos dados pessoais, que, basicamente, giram em torno da “tutela coletiva” - por situar a questão de coleta de dados não mais sob a perspectiva individual, mas, ao contrário, sob a perspectiva social - bem como do “direito à oposição à coleta de dados de

forma generalizada, do direito à coleta para finalidades específicas, do direito ao esquecimento e do direito de não saber”⁷⁷.

Nesse ponto, o Anteprojeto anda bem na medida em que a defesa dos interesses e direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo (art. 6) e, dentre os princípios gerais de proteção de dados pessoais, o da *finalidade*⁷⁸, da *necessidade* e da *proporcionalidade* estão expressamente previstos (art. 8).

Acrescenta-se às estratégias de tutela para as hipóteses de proteção dos dados pessoais defendidas por Rodotà, a tutela *preventiva*, que não passou despercebida para Perlingieri (2008, p. 768). Confira:

[...] A tutela da pessoa não pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais.

A ideia de que é necessário mais do que compensar, impedir perdas irreparáveis é aquela que tem acompanhado o desenvolvimento atual da responsabilidade civil⁷⁹ e felizmente esta perspectiva pretende ser implementada quando se estiver diante da circulação de dados pessoais.⁸⁰

Muito mais do que um elemento meramente estrutural, a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais assegura a funcionalização do prisma econômico que envolve os dados pessoais àquele existencial, pois enquanto forem capazes de identificar a pessoa, devem ser considerados a extensão da própria personalidade e por isso são merecedores de tutela com absoluta prioridade.

⁷⁷ Constatando, igualmente, que o tradicional quadro individual em defesa da *privacy* deve ceder lugar a uma dimensão coletiva, sobretudo porque as demandas não mais levam em consideração interesses individuais enquanto tais, mas sim aqueles pertencentes a um determinado grupo social, Niger (acesso em 2011), *in verbis*: “Tendono quindi a cambiare i soggetti da cui viene invocata la tutela della privacy e muta la qualità stessa di tale richiesta. In tal modo la domanda di difesa della privacy oltrepassa il tradizionale quadro individualistico e si allarga in una nuova dimensione collettiva, poiché non viene considerato l'interesse del singolo in quanto tale, ma in quanto appartenente ad un determinato gruppo sociale”.

⁷⁸ O princípio da finalidade já foi mencionado em decisão do STJ referente a cadastro de créditos: “(...) Essa atividade (...) deve ser exercida dentro dos limites que, permitindo a realização da sua finalidade, não se transforme em causa e ocasião de dano social maior do que o bem visado” (STJ. Recurso Especial nº 22.337/RS. Relator. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 20/03/1995, p.6119).

⁷⁹ Acerca das novas tendências da responsabilidade civil brasileira, remete-se à SCHREIBER, 2007.

⁸⁰ A este respeito, OHM (2011) afirma: “[...] the more recent privacy statutes focus more on ‘problem prevention’. The shift from redress to prevention has taken the form of a hunt for PII, a kind of quasi-scientific exercise in information categorization [...]”. Tradução livre: “[...] os diplomas mais recentes sobre privacidade tem concentrado suas atenções no problema da prevenção de danos. A mudança da reparação para a prevenção de danos tem se tornado uma verdadeira caçada em direção às informações pessoais capazes de identificar as pessoas, uma espécie de exercício quase científico na classificação das informações [...]”.

Ao estabelecer como um dos princípios gerais de proteção de dados pessoais o da *prevenção*, se está afirmando que na temática do tratamento de dados pessoais há elementos seguros para se afirmar que a atividade é efetivamente perigosa, sendo, portanto, os riscos considerados certos e comprovados.⁸¹

Para seguir a evolução da responsabilidade civil que aspira proteger da forma mais ampla possível a vítima de danos, evitá-los e minimizá-los são objetivos perseguidos nessa temática, até porque os riscos não podem ser totalmente excluídos, permanecendo sempre a possibilidade de dano. A procedimentalização do tratamento dos dados pessoais possibilita, portanto, a mitigação dos riscos ao procurar, a partir da sua carga principiológica e estabelecimentos de limites que acompanham os próprios dados, reduzir a extensão e a frequência dos danos.

Nesse propósito recairá sobre o responsável pela manipulação dos dados pessoais o *dever* de adotar medidas capazes de prevenir a ocorrência de danos (art. 8º), sem prejuízo de um conjunto de medidas mínimas de segurança preventiva a ser publicado pela autoridade de garantia que deve ser atualizado periodicamente com base na evolução da tecnologia e na experiência adquirida (art. 24). A autoridade de garantia poderá, igualmente, adotar, em qualquer fase do processo administrativo, medidas preventivas, quando houver indício ou fundado receio de que o responsável cause ou possa causar à coletividade lesão irreparável ou de difícil reparação (art. 44).

O Anteprojeto lança mão da responsabilidade objetiva como método auxiliar na disciplina prevendo a responsabilização daquele que, através do tratamento de dados pessoais, considerado atividade de risco (art.6º), causar danos, superando, desse modo, a indiscutível dificuldade na comprovação do dano, um dos maiores problemas enfrentados pela consolidação da tutela dos dados pessoais⁸².

Quanto aos dados *sensíveis*, nenhuma pessoa pode ser obrigada a fornecê-los (art. 20), sendo proibida a formação de banco de dados que contenham informações que, direta ou indiretamente, revelem dados sensíveis, salvo disposição legal expressa, respeitados os direitos de personalidade do titular, em especial a garantia de não discriminação (art. 21),

⁸¹ Sobre os princípios da prevenção e da precaução, conferir trabalho de LEWICKI (2006, p. 357-385).

⁸² É a redação do Art. 6 do Anteprojeto: O tratamento de dados pessoais é atividade de risco e todo aquele que, por meio do tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a ressarcir-lo, nos termos da lei (redação de 01.04.2011).

Art. 7. A defesa dos interesses e direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo, na forma do disposto nos artigos 81 e 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, na Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 e nos demais instrumentos de tutela coletiva estabelecidos em Lei (redação de 01.04.2011).

admitindo o Anteprojeto que o seu tratamento será possível em algumas hipóteses (incisos I ao VII)⁸³, deixando expresso, contudo, que, em qualquer dos casos, será ilegal o seu tratamento se forem utilizados para fins discriminatórios (art. 21, parágrafo 2º).

Ressalte-se que a proibição de discriminação a partir de dados genéticos é questão que há muito preocupa Países da Europa, não sendo à toa que previsões nesse sentido são encontradas no art. 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁴, no art. 11 da Convenção do Conselho da Europa sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina⁸⁵, e no art. 6º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano⁸⁶. Não há dúvidas que o reconhecimento pelo empregador ou de uma companhia seguradora de informações sobre uma pessoa infectada pelo HIV ou que apresente características genéticas particulares pode gerar discriminações, podendo assumir a forma da não admissão, da demissão, da não contratação, da estipulação de um prêmio de seguro altíssimo, por exemplo. Daí ter o Anteprojeto andado muito bem ao determinar que nenhuma pessoa pode ser obrigada a fornecê-los, bem como ao proibir, exceto em alguns casos especiais, a formação de banco de dados que os revelem.

O Superior Tribunal de Justiça, em ação envolvendo pedido de indenização por danos morais por demissão que teria sido motivada implicitamente pelo fato de empregada de uma autarquia estadual ter descoberto ser portadora do vírus do HIV quando fazia exames de rotina em razão de gravidez, deferiu o aumento da indenização fixada na origem, pautando-se, contudo, no “critério” dor e sofrimento daquele que procura o Judiciário e na maior ou menor

⁸³ Art. 21, § 1º O tratamento de dados sensíveis será permitido quando: I - o titular tiver dado o seu consentimento livre, informado e por escrito, sempre que este tratamento for indispensável para o legítimo exercício das atribuições legais ou estatutárias de seus responsáveis; II - for realizado por associações e outras entidades sem fins lucrativos de natureza política, filosófica, religiosa ou sindical para a realização de finalidades lícitas e compreendendo os dados pessoais de seus inscritos, sempre que os dados não sejam comunicados ou difundidos para terceiros e quando o ente em questão determine medidas idôneas de garantia dos direitos do titular para o tratamento realizado; III - for necessário para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de um terceiro, nos casos em que o titular não possa prestar o próprio consentimento por impossibilidade física ou por incapacidade de compreensão; ou IV - for realizado unicamente com finalidades de pesquisa histórica, científica ou estatística; V - for relativo a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular; VI - for realizado por profissionais da área da saúde ou entidades sanitárias e se mostrar indispensável para a tutela da saúde do interessado; VII – for necessário para o exercício de funções próprias dos poderes de Estado, previstas em lei (redação de 01.04.2011).

⁸⁴ Art. 21. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

⁸⁵ Art. 11. Não discriminação. É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético.

⁸⁶ Artigo 6. Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.

dose de sensibilidade e humanidade do julgador, perdendo valiosa oportunidade de enfrentar a questão do acesso aos dados sensíveis do empregado pelo empregador e das numerosas situações de discriminação que podem ser causadas ao titular desses dados (STJ. Terceira Turma. REsp 1049189/ SP. Relator: Ministra Nancy Andrigli, DJe 05/09/2008 LEXSTJ vol. 230, p. 229)⁸⁷.

Quando se preocupa com a utilização dos dados sensíveis para fins discriminatórios, além da previsão expressa quanto à necessidade de gradação da sanção administrativa em função da *natureza dos direitos pessoais afetados*, como será visto em seguida, o Anteprojeto busca criar condições para o respeito ao próprio princípio da igualdade.

Além disso, a proteção de dados pessoais e, sobretudo, os sensíveis se encontra em sintonia com o que RODOTÀ (2008, p. 34-35) chama de uma “escala de valores renovada”, em que deve ser garantido o “máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva”.

Sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis e de outras sanções administrativas a serem definidas em normas específicas, as infrações de normas previstas na lei de proteção de dados pessoais estariam sujeitas, igualmente, a sanções administrativas a serem aplicadas pela autoridade de garantia em sede de processo administrativo, como multa, bloqueio, dissociação e cancelamento dos dados pessoais, proibição do tratamento de dados sensíveis, suspensão temporária de atividade e proibição de funcionamento do banco de dados, sendo certo que as condições e os procedimentos para sua aplicação serão determinados por meio de regulamentação e devem ser graduadas em razão da gravidade, extensão da violação, natureza dos direitos pessoais afetados, reincidência e dos prejuízos dela derivados (art. 41, inc. I a VII e parágrafo 2º).

Chama atenção o rigor do valor das multas administrativas que, no caso de empresas, serão fixadas em 20% sobre o seu faturamento bruto, critério que não poderá ser adotado para demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, estipulando o Anteprojeto, para essas hipóteses, valores mínimos e

⁸⁷ Confira trecho do voto da Relatora: “[...] A situação é muito grave. O fato de a recorrente ter sido readmitida poucos meses após sua demissão não elimina o dano moral que lhe foi causado. Os meses pelos quais perdurou a sua situação de desespero, de agonia, de ansiedade, foram os meses em que cuidava de seu filho, ainda bebê. Tudo o que a afligia, portanto, multiplicava-se, dado o instinto que tem toda mãe, de proteção do bebê doente, sobretudo tendo em vista que fora ela a transmitir-lhe a enfermidade que o debilitava. As peculiaridades da espécie tornam muito maior a agonia vivida pela recorrente [...]”.

máximos para a fixação do seu montante, sendo certo que, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro, sem limitação máxima de valor (art. 42).

2.5.1 Do *Habeas Data*

A despeito do Anteprojeto ser ou não aprovado pelo Poder legislativo, atualmente, para se assegurar o conhecimento e a exatidão de dados pessoais constantes em registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, no direito brasileiro, há, como única possibilidade, a utilização do *habeas data*, introduzido pela Constituição de 1988.⁸⁸ e, quando se tratar de relação de consumo, algumas regras foram traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor (1990) a respeito do acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.⁸⁹

O *habeas data* no direito brasileiro chegou num momento em que a sociedade e o próprio ordenamento jurídico se recompunham de um período no qual diversas liberdades individuais foram suprimidas, surgindo como um dos instrumentos para a garantia dos direitos individuais e coletivos e que, embora não represente formalmente uma mudança no perfil material do direito à privacidade, serviu para atrair para si a responsabilidade pela sua efetividade.

Sem dúvida, apresenta algumas limitações, dentre as quais a sua aplicabilidade somente a banco de dados “de entidades governamentais ou de caráter público”, que, contudo, para a doutrina se mostra superada em virtude da redação do art. 43, parágrafo 4º do CDC que equiparou de forma explícita a atuação dos arquivos de consumo àquela de entidades de caráter público, para fins de aplicação do *habeas data*.⁹⁰

⁸⁸ BRASIL, Constituição (1988), art. 5º, LXIX e LXXII, ‘a’ e ‘b’ e Lei 9.507/1997, com destaque para os artigos 4º e 7º.

⁸⁹ BRASIL, Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), art. 43 e 44

⁹⁰ Não parece, contudo, ser a posição do STJ que, em *Habeas Data* impetrado em face da Caixa Econômica Federal, deixou claro que, como se tratava de conta bancária vinculada ao FGTS, o instrumento seria admitido, já que: “[...] não se trata de conta bancária comum, mas de conta bancária titularizada pela empresa com o escopo de cumprir o mandamento legal constante no art. 2º da Lei nº 5.107/66, diploma legal que, após introduzir a opção pelo FGTS, determinou aos empregadores que fosse depositada certa quantia mensalmente em benefício de cada trabalhador, inclusive para aqueles que não houvessem optado pelo fundo [...]. Por conseguinte, as informações pertinentes a essas contas vinculadas constituem dados acerca da pessoa do recorrente – em seu aspecto econômico-financeiro – que um ente governamental detém em razão do exercício de função estatal de gerência e centralização expressamente estipulada em norma cogente, inexistindo liberdade da empresa em deixar de efetuar os depósitos acerca dos quais, agora, deseja de maneira legítima obter notícia”. STJ, REsp 1128739, Segunda Turma Relator: Ministro Castro MeiraDJe 10/02/2010 RDDP vol. 86 p. 132.

Outra limitação foi condicionar o ajuizamento do *habeas data* à tentativa prévia de obtenção dos dados pela via administrativa, o que levou inclusive ao STJ a editar sua súmula nº 2, *in verbis*: “não cabe o *habeas data* (CF, art.5º, LXXII, letra ‘a’) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Para abrandar a questão, a Lei 9.507/97 estabeleceu um prazo decadencial para que, diante da inércia do responsável pelos dados pessoais, a ação possa ser impetrada mediante a demonstração pelo impetrante do decurso do prazo (art. 8º, parágrafo único).

Uma das maiores críticas que se faz ao *habeas data* diz respeito à necessidade de se ajuizar ação judicial, caso haja insucesso na via administrativa, para que sejam tuteladas questões referentes a problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais, e o que é pior, o titular dos dados deve ser representado por advogado, o que se demonstra inadequado para um interesse cuja atuação pede o recurso a instrumentos promocionais, acabando por tratar de uma realidade complexa em perspectiva unidimensional (DONEDA, 2006, p. 337 e 356).

Optou-se por não especificar com maiores detalhes o seu conteúdo material imaginando-se que o binômio acesso-retificação fosse suficiente para atender à natureza dos interesses em jogo, o que não é de todo condenável, mas tal opção acabou se mostrando insuficiente diante da complexidade dos interesses envolvidos. Além disso, a ausência de precisão quanto ao seu âmbito e parâmetros de atuação e a carência de disposições materiais seja na Constituição seja em lei também contribuíram para obscurecer o instituto que poderia ser um instrumento de garantia mais amplo e capaz de oferecer respostas adequadas aos desafios de seu tempo.

Para agravar o quadro, todas essas limitações se refletiram na jurisprudência que não assimilou o instituto com a amplitude necessária. Assim:

1. A Lei 9.507/97, ao regulamentar o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, adotou procedimento semelhante ao do mandado de segurança, exigindo, para o cabimento do *habeas data*, prova pré-constituída do direito do impetrante. Não cabe, portanto, dilação probatória. 2. Em razão da necessidade de comprovação de plano do direito do demandante, mostra-se inviável a pretensão de que, em um mesmo *habeas data*, se assegure o conhecimento de informações e se determine a sua retificação. É logicamente impossível que o impetrante tenha, no momento da propositura da ação, demonstrado a incorreção desses dados se nem ao menos sabia o seu teor. Por isso, não há como conhecer do *habeas data* no tocante ao pedido de retificação de eventual incorreção existente na base de dados do Banco Central do Brasil [...] (STJ. Primeira Seção. HD 160/DF. Relator: Ministra Denise Arruda. DJE 22/09/2008)

Portanto, o *habeas data*, para deixar de ser um instituto “simbólico”, o quanto antes, deve ter redefinido o seu papel na proteção de dados pessoais, cuja disciplina deve girar em torno de princípios, contando com instrumentos que proporcionem a sua eficácia, e um dos

quais pode ser o *habeas data*, que ocuparia posição central ou mais residual entre outros remédios (DONEDA, 2006, p. 358).

O Código de Defesa do Consumidor - cuja disciplina não assume os contornos de um sistema geral de proteção de dados pessoais, já que seu contexto é o das relações de consumo, muito embora possa fornecer parâmetros interpretativos úteis para outras situações -, por sua vez, estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais presentes em “bancos de dados e cadastros” demonstrando ser seu foco de preocupação o equilíbrio na relação de consumo impondo, assim, limites ao uso de informações sobre o consumidor pelo fornecedor, que lhe interessam não só para efetivar as transações com maior segurança, como também para incrementar suas atividades comerciais. Por outro lado, limitações ao uso das informações do consumidor de forma a lhe ser garantida a sua liberdade de escolha, bem como a não ser discriminado, além de todas as consequências alheias à relação de consumo que podem advir, também são estabelecidas.⁹¹

É certo que no enfoque dos direitos relacionados à tecnologia o recurso aos princípios não basta frente à maleabilidade e dinamicidade do fenômeno tecnológico, que requer instrumentos com alto grau de objetividade para uma tutela efetiva dos interesses em questão. Portanto, a disciplina da proteção de dados deve conter uma forte carga principiológica que vise assegurar as garantias fundamentais da pessoa humana, cuja proteção, aliás, deve ser o seu objetivo principal, não devendo descuidar da adoção de instrumentos que confirmem maior celeridade à tutela, como a utilização de normas deontológicas e códigos de autorregulação. Dessa forma, se busca unificar a disciplina tanto entre aqueles dados obtidos manualmente, quanto entre aqueles processados por computadores e tanto para os tratados pelo Estado, quanto para aqueles manipulados pelos entes privados, justificando-se eventual regime de exceção apenas quando se buscar obter patamar idêntico de proteção para a pessoa ou outro objetivo cuja importância se mostre fundamental.

⁹¹ Como exemplo, cite-se a limitação pelo período de cinco anos do registro de dados negativos sobre o consumidor, bem como a necessidade de comunicação escrita sobre o tratamento da informação ao consumidor, assim como o direito de acesso, correção e, implicitamente, o cancelamento justificado.

3 - DA VIDA PRIVADA

3.1. O público e o privado: A crise das dicotomias

Em grande parte dos conflitos de interesses envolvendo liberdade de expressão e vida privada, o interesse público, lido no mais das vezes como um interesse supra individual, é utilizado como parâmetro da ponderação a ser realizada no caso concreto, embora a dignidade da pessoa humana seja o eixo central do ordenamento jurídico vigente e a Constituição lhe tenha conferido unidade.

Ninguém duvida que a unidade do ordenamento é exigência lógica não só da estrutura como da função de todo e qualquer sistema jurídico e, portanto, acolher sua construção é dizer que os valores defendidos pela Constituição estão presentes por todo o tecido normativo (MORAES, 2010 p. 8-9).

Além disso, para se tornar sistema, o ordenamento, marcadamente complexo, deve ter uma centralidade sobre a qual se fundar⁹², sendo certo que essa centralidade, que também se confunde com a supremacia, é promovida pela Constituição, permeando todo o ordenamento jurídico, condicionando cada interpretação jurídica e legitimando os ordenamentos estatais, revelando, assim, uma das características mais relevantes dos ordenamentos democráticos e pluralistas modernos (PERLINGIERI, 2008, p. 205-208).

Portanto, a unidade do ordenamento promovida pela Constituição e a sua centralidade, decorrente não de seu maior grau de completude, mas pelo seu papel no sistema, evidenciam que não há qualquer fundamento jurídico válido que ampare a rígida contraposição interesse público *versus* interesse privado, sob pena de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário e centralizado⁹³.

⁹² Acerca do conceito de sistema e da sua função na ciência do Direito, Canaris (2002, p. 279-281) afirma: “As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, como consequências do princípio da igualdade e da ‘tendência generalizadora’ da justiça, portanto, mediamente, da própria ‘ideia de Direito’. A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica [...]. O conceito de sistema jurídico deve-se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. (...) deve-se definir o sistema jurídico como ‘ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais’ [...]”.

⁹³ A expressão *mondo in frammenti* é de IRTI *apud* MORAES (2010, p. 8-9)

A desmedida proliferação de diplomas legislativos exige, inquestionavelmente, que os princípios sejam utilizados como instrumentos para o trabalho de costura do tecido normativo, para que, dessa forma, o Direito seja pensado de forma sistemática.

Portanto, ao identificar as qualidades intrínsecas ao pensamento sistemático, e aí estaremos definindo qual o conceito de sistema, com base em que nos propomos a expor o tema da inaplicabilidade da dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios, seremos capazes de compreender o modo pelo qual os princípios interagem. Isto porque não é possível conceber-se um sistema não fundado racionalmente, em que a colisão entre princípios não constitua necessariamente uma fratura do sistema jurídico, desde que a este seja atribuído um fundamento valorativo, a dignidade da pessoa humana, em substituição ao fundamento lógico-axiomático regulador de um sistema composto exclusivamente por regras. Aliás, é a ordenação sistemática do conjunto normativo que garante, em última instância, a igualdade substantiva, coessencial ao Direito, igualdade essa de conteúdo democrático, conformado ao valor da não-exclusão (NEGREIROS, 2001, p. 355-358).

Assim, a visão sistemática do ordenamento jurídico é, portanto, uma visão valorativa. Como ensina Andrade (*apud* NEGREIROS, 2001, p; 359):

Há ou tem que haver uma qualquer ordem [...], uma qualquer unidade que dê coerência e sentido a essa *cultura constitucional*. A unidade política fundamental não pode constituir-se se não tiver um significado material, uma razão-de-ser, nem poderá subsistir se não tiver uma razão-de-dever-ser-assim. A vida do homem em sociedade não suporta uma qualquer organização ou quaisquer regras, ditadas por puros factos de poder, exige uma ordenação de sentido que corresponda a um entendimento geral do mundo das coisas, ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações.

Cede lugar, portanto, a centralidade da codificação, presente na fase pré-constitucional, para a centralidade da Constituição, e esta razão-de-ser, ou este fundamento último do sistema jurídico-constitucional, é a dignidade da pessoa humana, deixando para trás a concepção de ordenamento jurídico como estrutura polissistêmica, em que as disposições assumiam significado segundo o sistema ou subsistema ao qual pertencem. Ao contrário, as relações entre princípios constitucionais e regras ordinárias estatais são vistas como componentes do unitário ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado, e não como relações entre sistemas normativos (PERLINGIERI, 2008, p. 209-2010).

Indubitavelmente, é a partir da contraposição entre o público e o privado que os contrastes entre comunidade e indivíduo ficaram mais agudos ao longo da história, ora pendendo para a concepção fascista e nacional-socialista de que o direito privado seria “sem serventia”, ora para a marxista, no sentido de que “não há mais nada de privado, tudo é público” e que “o privado é público”. De uma forma ou de outra, tais tendências tiveram em

comum o fato de desaguiarem no primado do direito público, assumindo o direito privado não só significado propositalmente redutivo, bem como o papel de fio condutor da funcionalização dos interesses dos particulares exclusivamente ao interesse superior do Estado (PERLINGIERI, 2008, p. 430).

Acerca do “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, forte crítica é endereçada a alguns publicistas brasileiros que ainda o sustentam como verdadeiro dogma,⁹⁴ parecendo ignorar nosso sistema constitucional que tem como uma de suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais, bem como sua organização voltada precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo (AVILA, 1999, p. 109-110) o que, aliás, gera não só “incerteza jurídica total provocada por juízos de ponderação discricionários” (BINENBOJM, 2005, p. 20), como encerra grave risco para sua tutela, cuja preservação passa a depender de valorações altamente subjetivas do intérprete em cada caso, conforme afirma Schier (2003):

[...] a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclamos do Estado que, qual Mídas, transforma em interesse público tudo o que toca [...].

E não é só. Ao se conceber o público e o privado em polos opostos, corre-se o risco de se promover a “redução da subjetividade à unidade, como ponto neutral de referência subjetiva e como resultado máximo da abordagem dogmática e generalizante”, proposição esta nitidamente formalista do direito, que tende a reduzi-lo à norma em si mesma, depurada de qualquer referência teleológica, e também a qualificar como metajurídica cada determinação concreta do conteúdo e cada consideração finalística do direito (PERLINGIERI, 2008, p. 431).

Contudo, é inegável, para aqueles que apontam contrariedade entre os interesses públicos e privados, que cada norma jurídica serve sempre ao interesse coletivo e individual ao mesmo tempo, porque o interesse coletivo não é um interesse diferente do individual (KELSEN *apud* PERLINGIERI, 2008, p. 431). Com efeito, “muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível” (BINENBOJM, 2005). Portanto, “os direitos fundamentais ‘privados’ devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida

⁹⁴ Dentre os administrativistas brasileiros que defendem a existência do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular, citamos: MELLO (2003, p.60); DI PIETRO (2004, p.70); MEIRELLES (2001, p. 43) e OSÓRIO (2000, p.87 e 98).

em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica” (SCHIER, 2003, p. 9-10).

Acerca do equívoco daqueles que entendem haver diferença qualitativa entre os interesses públicos e privados, afirma Perlingieri (2007, p. 54):

[...]Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos [...].

Ilumina-se, nessa perspectiva, a substituição do apoio axiológico das relações de natureza civil, que passam a ser determinadas em função da preservação e da potencialização de valores existenciais, em oposição a valores exclusivamente patrimoniais, sendo tais mudanças sentidas pelo direito civil como o ponto de partida para uma releitura da *summa divisio* público-privado, até porque o valor em cujo sentido se passa a orientar todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, constitui um ponto de confluência de interesses individuais e coletivos, os quais, por isso, não mais podem ser relacionados em termos antagônicos, mas, sim, complementares (NEGREIROS, 2001, p. 346).

Nessa medida, o interesse público deve ser concebido não como portador de um conteúdo de natureza diversa e contraditória como aquele privado, mas, ao contrário, consiste em assegurar melhores condições de exercício e realização dos próprios interesses privados (PRATA, 1982, p. 82).

Outro aspecto que merece ser destacado é contrastar o “indivíduo” e a “pessoa” como categorias jurídicas presas a contextos históricos de inspirações político-ideológicas distintas para melhor compreender de que forma a tutela da pessoa humana, vértice do sistema civil-constitucional, torna inadequada a tradicional oposição entre o público e o privado.

Data do Estado Liberal a necessidade de se construir suporte jurídico próprio que favorecesse a estabilização e a manutenção da nova ordem econômica, social e política que se instaurava. Nesse contexto, a liberdade em si é considerada função social e a igualdade jurídica (e não de fato) é alcançada a partir da generalização absoluta que se obtém pela referência a um padrão comum que é o Estado, na medida em que os indivíduos são igualizados pela sua colocação em igualdade perante uma entidade diversa: a lei, o Estado. Este, sem dúvida, é o padrão indispensável à construção jurídica que se introduz (PRATA, 1982, p. 28-29).

Portanto, igualdade e liberdade deveriam ser meramente formais e do livre jogo das forças individuais resultaria o seu preenchimento substancial e nesse processo o Estado não

deveria, nem poderia se intrometer sem correr o risco de falsear todo o sistema. É nesse contexto que o “indivíduo” era tutelado.

Bem diferente de um Estado que se pretende “Democrático” e “de Direito”, as intervenções em favor da “pessoa” concretamente considerada devem ser efetivadas pelo Estado, que deve assegurar a aplicação dos valores e dos princípios constitucionais em toda e qualquer relação jurídica que se estabeleça.

Com efeito, o Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto impor aos cidadãos um próprio interesse superior, mas sim realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento de cada pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988) (PERLINGIERI, 2007, p. 54-55).

Não foi ao acaso que o Constituinte originário, quando se propôs a promover a dignidade da pessoa humana, não se utilizou da velha categoria jurídica “indivíduo”, não se tratando apenas de troca de rótulos, mas sim de alteração qualitativa operada pela substituição do “indivíduo” pela “pessoa” como vértice axiológico do sistema jurídico.

Nesse contexto, as mudanças sinalizadas indicam tratar de alteração qualitativa e não apenas quantitativa, o que justifica a busca de novas relações entre o público e o privado, até porque passa a ser a dignidade da “pessoa” humana o princípio unificante, razão e fim do Estado, sendo certo que a concepção de “pessoa”, ao contrário daquela inerente a “indivíduo”, não é dotada de uma “liberdade independente da realidade social” e nem é “autônoma relativamente à sociedade” (PRATA, 1982, p. 84).

É certo, portanto, que, à luz da normativa constitucional, que instala a pessoa no centro do ordenamento jurídico nacional, agir conforme o direito não significa definir *a priori* a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares pertencentes à sociedade, ainda que, eventualmente, não sejam qualificados como fundamentais, mas, ao contrário, impõe-se que sejam devidamente sopesados e examinados no caso concreto, com o emprego do método da ponderação e do princípio da proporcionalidade, e não atropelados com base na invocação de uma hipotética preponderância do interesse público sobre o privado (SARMENTO, 2010, p. 89-92).

Não é outro o posicionamento de Binenbojm (2005, p. 32) que ressalta a inconsistência teórica do dito “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular diante de uma sistemática constitucional cidadã e comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais. Confira:

[...] nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um ‘princípio’ que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos [...]. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.

A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana não pode servir, portanto, “a teses que defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público, já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo, nem que invoquem este valor como fundamental para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado em situações jurídicas que envolvam vida privada.

3.2. O conteúdo da vida privada

No capítulo 1 abordou-se a dificuldade em se traçar contornos precisos do instituto da privacidade que hoje, de tão ampla, comporta as situações jurídicas mais diversas, tornando árdua a identificação das situações jurídicas subjetivas que devem ser tratadas de forma semelhante ou idêntica, das que não devem. Insistir nessa depuração significa buscar entender melhor o que é a privacidade hoje.

O primeiro passo nessa direção já foi dado ao se verificar que, quando se trata de dados pessoais, a tendência, não só aqui no Brasil, mas também na Europa e há mais tempo, tem sido a sua procedimentalização, que implica na objetivação do seu tratamento. Note-se que os dados pessoais são objeto de “tratamento”, isto é, procedimento que será iluminado por uma série de princípios que se farão presentes durante toda a circulação dos dados.

Limites àqueles que pretendem manipular informações de terceiros são estabelecidos, conseguindo-se, ao mesmo tempo, tutelar os direitos fundamentais bem como conferir maior segurança às relações mercadológicas, sobretudo diante da inquestionável importância que os dados pessoais assumiram para as relações econômicas. Além disso, alguns institutos jurídicos, como o do consentimento, por exemplo, assumem um papel decisivo na disciplina.

É daí que concluímos, o que já é um segundo passo, que, no âmago da privacidade, teremos, de um lado, o tratamento dos dados pessoais já a caminho de sua regulamentação no País e que funcionalizaria a intimidade e, de outro lado, estariam as demais situações jurídicas ativas e passivas que envolvam o direito de cada pessoa de construir autônoma e livremente sua personalidade, cabendo à República, que lhe tem como fundamento, remover todo e qualquer obstáculo que impeça uma pessoa de se desenvolver plenamente, sem amarras de qualquer tipo, de caráter residual, e que funcionalizariam inteiramente a vida privada em prol de seu próprio titular. “Intimidade” e “Vida privada” são, como se sabe, as palavras do legislador constituinte, de que tratamos no capítulo 1.

O terceiro passo será examinar se a procedimentalização elaborada para o tratamento dos dados pessoais também deverá ser depois analogicamente importada para os elementos que compõe a “vida privada” e se os institutos jurídicos, que são fundamentais para a disciplina do tratamento dos dados pessoais, se mostram ferramentas adequadas para as situações jurídicas outras envolvendo privacidade, inseridas que estão na, aqui, chamada vida privada.

O quarto passo será identificar o conteúdo, dito “residual”, do instituto “vida privada”. Enfim, buscar-se-á analisar se é possível encontrar a racionalidade do tema. A doutrina e a jurisprudência têm se esforçado neste sentido? Contamos já hoje com parâmetros objetivos que auxiliem o intérprete, sobretudo o magistrado, que, diante dos numerosos conflitos entre direitos fundamentais?

Pois bem. De alguma forma já se adiantou que não se vê com bons olhos a adoção de qualquer espécie de procedimentalização para as situações subjetivas existenciais envolvendo vida privada. E é por isso que para os dados pessoais, que hoje circulam em quantidade e velocidade, até bem pouco tempo inimagináveis, chegando ao conhecimento de pessoas e empresas sem que o titular dos dados faça a mínima ideia por onde anda sendo identificado, classificado, catalogado e enumerado, a procedimentalização do seu tratamento se faz necessária a partir do estabelecimento de certos deveres, como condição para a sua manipulação por terceiros, revelando-se mecanismo eficaz para compatibilizar os direitos fundamentais dos titulares dos dados e a importância inegável que estes têm para a economia do País.

Percebeu-se que estabelecendo limites e responsabilidades a quem pretende manipulá-los e garantindo não só que o titular possa ter conhecimento de todo caminho a ser percorrido pelos dados, mas também das finalidades para os quais estarão sendo utilizados, maiores serão

as chances de se prevenir danos. Aliás, a própria procedimentalização já consiste numa forma inteligente de prevenção de danos.

Com efeito, e definitivamente, a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais faz todo o sentido para os dados pessoais. Não só o desenvolvimento da tecnologia demonstra que o acesso aos dados pessoais é cada vez mais rápido e a capacidade de transmissão cada vez maior, mas também se verifica que o corpo vira fonte de novas informações: impressões digitais, geometria da mão ou dos dedos, da orelha, íris, retina, traços faciais, odores, voz, assinatura, uso de teclado, o andar, DNA. Recorre-se a esses dados biométricos cada vez mais frequentemente, seja para finalidades de identificação, seja para acesso a determinados serviços, mas também como forma de classificação permanente (RODOTÀ, 2004, p. 93).

Nesse contexto, o estabelecimento de um maior rigor em relação a determinadas espécies de dados, como os sensíveis, que são aqueles que dizem respeito a informações sobre saúde, dados genéticos, opção sexual, religiosa e política, por exemplo, se mostra perfeitamente adequado e o Anteprojeto brasileiro segue esse caminho já percorrido na Europa. Isto porque os dados sensíveis, em especial, a depender do contexto em que estejam inseridos, têm muito maior potencialidade para causar danos, em particular, situações discriminatórias e de racistas.

Já os problemas envolvendo as situações jurídicas que remetem à vida privada não necessariamente se apresentam dessa maneira. As relações de conflito e as preocupações em torno da prevenção dos danos à pessoa são de outro tipo.

Com efeito, a vida privada é funcionalizada a partir do direito invocado pelo indivíduo de construir sua personalidade a sua maneira, com liberdade, sem interferências, sem ter que desempenhar papéis eventualmente traçados pela sociedade ou por quem quer que seja. Será, portanto, a autonomia de cada indivíduo que desenhará a construção da sua personalidade, exigindo que o intérprete no caso concreto identifique o legítimo exercício dessa liberdade ou, ao contrário, impedimentos por parte de outrem ou mesmo atitudes incompatíveis com o princípio da solidariedade social e familiar, patamares estabelecidos constitucionalmente que não devem ser ignorado em toda e qualquer solução jurídica que se pretenda legal.

Dessa forma, na vida privada podemos encontrar, por exemplo, uma série de situações jurídicas, como aquelas que dizem respeito às novas formas capilares de controle, capazes de mapear cada movimento das pessoas, onde quer que se encontrem. A difusão da vigilância por vídeo seja pelo Estado seja pelos particulares é cada vez maior em todo o mundo e utilizada sob o argumento de garantia de maior segurança contra a violência, especialmente

nas grandes cidades. A inserção de um *chip* sob a pele tem tomado cada vez mais espaço nas mais variadas situações como a segurança dos filhos, o que possibilitaria localizá-los facilmente; em tratamentos de saúde; como recurso facilitador do lazer ao substituir os cartões de crédito em bares e boates⁹⁵.

Estão em jogo, sem dúvida alguma, não somente a liberdade de circulação, mas também a liberdade de manifestação do pensamento e de associação, pois a vigilância, o controle e a classificação a partir da utilização de técnicas de localização de pessoas é tema dos mais inquietantes e que merecem ser responsavelmente estudados, pois o que está em jogo é a transferência da vigilância que de excepcional passa a ser cotidiana, da classe de cidadãos perigosos para a generalidade das pessoas, acarretando o desaparecimento progressivo da espontaneidade e da liberdade em espaços públicos.

Além disso, são muitas as situações em que ao lado do exercício dessa liberdade se encontra a liberdade de expressão, direito e garantia fundamental constitucionalmente previsto, como a própria vida privada. Aferir se a liberdade de expressão irá ou não impedir, dificultar ou violar o legítimo interesse individual na sua construção é questão a ser verificada no caso concreto, porque somente o contexto poderá fornecer os elementos que nortearão o intérprete seja para ponderar em favor da vida privada, seja em favor da liberdade de expressão.

Com efeito, nenhuma ponderação do caso concreto será possível se se entender que é necessário que o noticiado ou o biografado, para citar o exemplo das biografias

⁹⁵ São muitas as opções que a tecnologia oferece para viabilizar o controle e a localização das pessoas. É da empresa *Applied Digital Solutions* o serviço denominado *VeriChip* que traz o slogan *Get Chipped* que possibilita simplesmente a identificação de uma pessoa, bem como o *VeriPay* que substitui o cartão de crédito comum, tornando os pagamentos mais seguros e velozes, aliás, já utilizados em boates como a *Baja Beach Club* em Barcelona. Disponível em: <<http://www.technovelgy.com/ct/Science-Fiction-News.asp?NewsNum=104>>. Acesso em 23 jun. 2011. As *smarts tags* e a tecnologia *Rfid*, por sua vez, são adotadas não só para marcar produtos, mas também animais. Em agosto de 2010, sob o título “experimente algo novo”, a marca de detergentes OMO, da Unilever, foi considerada inovadora ao inserir um GPS nas caixas de detergente, possibilitando assim que o vale-brinde encontrasse o consumidor. Para lançar novo produto, 50 caixas deste detergente tiveram um dispositivo GPS incorporado de forma a não serem perceptíveis ao consumidor no momento da compra, ativados no momento em que a caixa saísse da loja, permitindo que uma equipe da empresa seguisse o consumidor até a sua casa, sem que o mesmo soubesse. O prêmio era uma câmera fotográfica e uma viagem “de aventura” para o interior de São Paulo. Disponível em: <<http://publicitariosfc.blogspot.com/2010/07/omo-gps-experimente-algo-novo.html>>. Acesso em 23 jun. 2011. O episódio não passou despercebido para Doneda (2010) para quem: “O fato do consumidor que for monitorado receber brindes certamente diluirá eventuais reclamações. Mas não é este o ponto principal desta promoção: o que chama a atenção e merece destaque é o fato de que a mera proposta de uma promoção deste tipo deixa clara a banalização com que uma questão sensível relacionada à privacidade e à própria segurança pública, que é a geo-localização, é tratada no Brasil. Cabe aos órgãos reguladores ponderar o cabimento de uma promoção publicitária capaz de desvendar a terceiros não autorizados dados precisos sobre a localização de uma pessoa. E cabe aos consumidores que não se sentem confortáveis com uma promoção deste gênero deixar de comprar o detergente OMO como única forma, por enquanto, de exercer o direito cristalino de não ser seguido”.

“independentes”, autorize primeiro a publicação de matérias jornalísticas ou livros que contem de alguma forma algo a seu respeito. Se esse consentimento for exigido previamente não há dúvidas que a opção terá sido por calar a liberdade de expressão. No entanto, o código civil, na infeliz redação do artigo 20 do CCb, sugere que essa autorização seja verdadeira condição para legitimar qualquer divulgação de escritos, transmissão ou publicação da palavra, a exposição ou a utilização da imagem⁹⁶.

Com respeito a todos aqueles que vêm conferindo aplicabilidade a este artigo da forma como ele sugere literalmente, e isso vem ocorrendo com certa frequência, seja na doutrina

⁹⁶ Recentemente, a revista “Caras”, por agravo de instrumento, obteve a suspensão dos efeitos da decisão da 19ª Vara Cível de São Paulo que a havia proibido de publicar a íntegra da carta enviada à redação pela atriz Cibele Dorsa antes de sua morte, a pedido do seu ex-marido e pai de sua filha, o cavaleiro Álvaro Affonso de Miranda Neto, o Doda. Pela revista teria sido alegado que “o próprio agravado, ao enviar comunicado oficial a outras revistas, bem como à imprensa de um modo geral, optou por abrir mão da privacidade que diz defender nesta demanda, fazendo expressa referência ao relacionamento” mantido com a atriz, “e aos termos da mesma carta em questão”. Este episódio demonstra o quanto as peculiaridades do caso concreto são decisivas para a sua solução, tendo sido decidido, em sede de Agravo de Instrumento, o seguinte: “...considerando o teor da decisão agravada, em cotejo com as razões constantes da petição recursal e dos documentos que a acompanham, especialmente diante da veiculação, na íntegra, por outros veículos de comunicação, suspendo os efeitos da decisão agravada até o julgamento definitivo do agravo, para que seja afastado o risco de danos irreparáveis, ou de difícil reparação, à agravante”. Ao que parece, o próprio autor da demanda já havia se manifestado sobre o conteúdo da carta deixada por Cibele em outros veículos de comunicação, o que seria um indicativo de que sua oposição à publicação da reportagem seria endereçada apenas à revista “Caras”. Confira trechos da carta deixada pela atriz Cibele Dorsa antes de falecer, publicada na revista “Caras”, após autorização do Judiciário, *in verbis*: “Viver sem o Gilberto é pra mim uma sobrevida desumana. De todos os homens que passaram por mim quem me fez mais mal foi sem dúvida alguma, o Doda, pai da filha que nem mais contato pude ter, e quem mais me fez bem, em vida, foi o Gilberto. Viver sem meus dois filhos e sem o amor da minha vida me dilacera por inteiro, é como se eu estivesse acordada passando por uma cirurgia cardíaca, sinto meu coração sendo cortado, um bisturi elétrico que não para nunca (...). Eu não me considero suicida, estou sofrendo mais dor agora do que quando sofri o acidente de carro. Agora não tem morfina, não tem nada que acalme essa dor, nada que faça parar essa sensação de perfuração no meu peito. Ainda por cima, o Doda parece nunca cansar de me humilhar, ele não se satisfaz nunca mesmo. É o pior homem que já conheci em minha vida, um lobo em pele de cordeiro. *Fernando e Viviane*, perdoem a mamãe, mas, a solidão é uma prisão terrível, é como se eu estivesse trancada dentro de mim mesma, estou cansada, sinto muito a falta de vcs mas, confesso que com o Gilberto aqui era mais fácil suportar, eu o amo muito, não sei nem como posso continuar...(.) Morrer por amor deve ter algum atenuante...assim espero. Vou procurar o meu amor, vcs não precisam mesmo de mim. Um dia perguntem a Carla, tia de vcs, ou ao meu tio, e, saberão toda a verdade. Amo vcs e estarei olhando vcs lá de cima, do meio, não sei, de onde for...(.) Vivi, ainda vamos nos encontrar em outras vidas, nunca te abandonei, seu pai fez um plano milionário para tirá-la de mim, não tive saída. Fe, idem... vou estar torcendo por vc no futebol, na realização de seus sonhos... (...) *Doda*, Que um dia Deus te perdoe pelo que vc fez e faz comigo, com a Athina e com as crianças, tente ser alguém melhor, tenho pena da Athina... essa nunca vai conhecer um homem de verdade, um amor. Eu sofro agora, no entanto, fui plenamente feliz ao lado do Gilberto, homem de verdade, que mostra a cara, que não mente, não dissimula, e, assim ele foi até o final. Ele pulou do prédio por vergonha de ter sido vencido pelas drogas...uma pena. Quem devia se matar não se mata. *Mãe, Carla, Tio, Pai e Bruna, Maciel e Dantino*, Me perdoem... não deu, tentei por quase dois meses mas, a dor é infernal. Estou indo em paz e feliz de estar me retirando, não se preocupem, tenho certeza que Deus entende quem morre por amor. Não estou obsedada, estou muito ciente do que estou fazendo, minha vida se tornou uma mentira, e, vcs sabem, eu sempre optei pela verdade. *Meu amor Gilberto*, Vou te encontrar esteja onde vc estiver, no plano espiritual tenho chances de te ver, (...) quero ao seu lado dar aulas de teatro para crianças aí no plano espiritual. Vou cuidar delas como gostaria de ter cuidado da minha Vivi...(.) *Cibele Dorsa*. Ps. QUERO SER ENTERRADA NO MESMO JAZIGO DO Gilberto. Não usei nenhuma droga, apenas calmantes e o antietanol. Por favor, quero ser velada em São Paulo e enterrada no mesmo jazigo do Gilberto. Quero meu caixão em cima do dele.”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-05/caras-liberada-publicar-carta-atriz-suicidou>>. Data: 05.04.2011. Acesso 10 abr. 2011.

seja na jurisprudência, temos que o dever do intérprete de aferir a validade de toda e qualquer norma que seja hierarquicamente inferior à Constituição tem sido aqui colocada de lado.

Resta claro que, a despeito da literalidade deste artigo, o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de um direito fundamental sobre o outro, sendo certo que o intérprete deve ponderar todo e qualquer caso concreto em que estejam em conflito vida privada e liberdade de expressão, direitos fundamentais que são. Portanto, o consentimento prévio como instituto jurídico fundamental para legitimar e expressar a autodeterminação do indivíduo no tratamento de dados pessoais, na vida privada não se mostra ferramenta adequada. Ao contrário, é ferramenta que aqui produz efeito inverso: o de sublimar sumariamente a liberdade de expressão.

Com isso não se quer dizer que caberá a cada intérprete dar a solução que melhor lhe aprouver, ignorando por completo qualquer parâmetro objetivo de julgamento. Ao contrário, doutrina e jurisprudência têm se esforçado nesse sentido, cientes da importância da racionalidade das decisões. A tutela preventiva, e não a patológica, como no tratamento dos dados pessoais, será sempre aquela que deve ser buscada, sobretudo pelo fato de se estar diante de situações existenciais. Além disso, o instituto do abuso do direito, na hipótese de já ter ocorrido o dano, se mostra ferramenta útil para a sua reparação. A conduta do veículo de imprensa e do jornalista, a partir do respectivo código deontológico, também se mostra poderosa ferramenta para se aferir se houve abuso por parte da imprensa. Essas questões, porém, serão abordadas no último tópico do Capítulo 3.

3.2.1. A Vida privada e o direito a contar a própria história

O Brasil já conta com invejável currículo em se tratando de proibição da circulação de obras biográficas ou do seu recolhimento, por determinação judicial. O argumento geralmente apresentado é a ausência de autorização do biografado para a publicação ou, no caso de falecimento, de seus parentes. O art. 20 do CCB é rapidamente lançado como legitimador da medida e assim dispõe: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

Um dos primeiros episódios nesse sentido foi aquele envolvendo as filhas do jogador Garrincha que conseguiram judicialmente que a biografia escrita sobre seu pai, intitulada “Estrela solitária. Um Brasileiro Chamado Garrincha”, de Ruy Castro, publicada pela Companhia das Letras, sem suas autorizações, fosse recolhida das livrarias e sua venda proibida (de dezembro de 1995 a novembro de 1996), só voltando ao mercado 11 meses depois, após acordo celebrado com a editora.⁹⁷

No mesmo ano, o então Deputado Ronaldo Caiado (DEM-GO) conseguiu em sede de liminar, deferida em ação de busca e apreensão, que fossem recolhidos do mercado todos os exemplares do livro “*Na Toca dos Leões. A história da W/Brasil, uma das agências de propaganda mais premiadas do mundo*” (2005), escrito por Fernando Moraes e editado pela Editora Planeta do Brasil Ltda., que conta a vida de Washington Olivetto, Javier Llusa Ciuret e Gabriel Zellmeister, fundadores da agência de publicidade W/Brasil.

A razão desta apreensão deu-se porque na página 301 (trezentos e um) do capítulo 12 (doze) do livro teria sido afirmado que o autor (Caiado), em reunião realizada com Gabriel Douglas Zellmeister no período da campanha eleitoral de 1989, ocorrida na sede da Agência W/Brasil, teria dito que teria a solução para o maior problema do país, “a superpopulação dos estratos sociais inferiores, os nordestinos” e que, segundo seu plano, “esse problema desapareceria com a adição à água potável de um remédio que esterilizava as mulheres”, tendo o autor, na mesma página, sido mencionado como um cara “muito louco”. Alegou que o conteúdo citado era calunioso, difamante (vez que chama o autor de “louco”), e injuriante (vez que traça afirmações ofensivas nunca ditas pelo autor).

Como a veracidade de tais afirmações não foram comprovadas, em sentença de 1º grau, o Poder Judiciário condenou os réus em indenização por danos morais, e, confirmando a liminar já deferida, determinou a apreensão de todos os exemplares do livro, além de ter autorizado a reimpressão, distribuição e comercialização da obra publicada “sem o conteúdo ofensivo referente ao autor pronunciado pela sentença”⁹⁸.

⁹⁷ Foi através de medida liminar em mandado de segurança que a busca e apreensão dos exemplares do livro, disponíveis ao público, foi deferida. Em relação ao processo em que as filhas de Garrincha requerem indenização por danos morais e materiais, em primeira instância, foi deferido apenas o pedido de indenização por danos morais. O TJRJ, por sua vez, reformou a sentença e deferiu apenas indenização por danos materiais e finalmente o STJ deferiu não só danos morais como materiais. (STJ.Quarta Turma, Recurso Especial 521.697/RJ. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ: 20/03/2006).

⁹⁸ Todos os processos ajuizados por Ronaldo Ramos Caiado em face de Fernando Gomes de Moraes, Gabriel Douglas Zellmeister e a Editora Planeta do Brasil Ltda. foram sentenciados em conjunto pelo Juízo da 7ª Vara Cível de Goiânia em 11.06.2010. São eles: ação de indenização por danos morais e materiais (processo nº: 200500923773), Busca e Apreensão (processo nº 200500625390) e Cautelar inominada (processo nº 200500759973). Disponível em: <www.tj.go.jus.br>. No entanto, em sede de recurso de Apelação, a 4ª

Outro caso famoso foi o da interrupção da publicação, distribuição e comercialização do livro “*Roberto Carlos em detalhes*” em 2007 em todo o País por decisão do Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, por considerar que numa biografia “fatos pessoais, íntimos, que se relacionam com o seu nome, imagem e outros aspectos do direito da personalidade são narrados, portanto, para que terceiro possa publicá-la necessário é que obtenha prévia autorização do biografado, interpretação que se extrai do art. 5º, inciso X, da Constituição da república, o qual dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas”. A decisão afirma, ainda, não desconhecer o princípio constitucional da liberdade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença (art. 5º, inc. IX da CRFB/88), mas que os direitos da personalidade devem prevalecer conforme art. 5º, inciso X da Constituição da República que “garante à pessoa a sua inviolabilidade da sua moral e da sua imagem e que não está dentro da liberdade de informar e da livre manifestação do pensamento a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais”⁹⁹.

Registre-se, ainda, outra decisão judicial, da lavra do Juízo da 24ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, determinando a retirada do mercado dos exemplares do livro “*Sintonia de Minas Gerais: A vida e a literatura de João Guimarães Rosa*” (LGE Editora Ltda.), de autoria de Alaor Barbosa, a pedido da filha do escritor João Guimarães Rosa, Vilma Guimarães Rosa, no que foi confirmada em sede de agravo de instrumento interposto junto ao TJRJ¹⁰⁰. Segundo noticiado na imprensa, os argumentos acolhidos pelo Juízo de 1º grau teriam sido os seguintes: o de plágio e lesão de direitos autorais por parte de Vilma Guimarães Rosa, que detém os direitos da obra de seu pai, e da editora Nova Fronteira, que publica parte dos títulos do escritor; o fato de ser uma biografia

Câmara Cível do TJ de Goiás, em sessão realizada em 20.10.2005, reformou a sentença e determinou a liberação da comercialização do livro. Data: 21.10.2005. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/136417/tj-libera-livro-na-toca-dos-leoes>>. Acesso em 02 abr. 2011.

⁹⁹ O processo foi extinto sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir por ter sido realizada transação em ação criminal envolvendo as mesmas partes. TJRJ. 20ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº: 2007.001.006607-2. Autor: Roberto Carlos Braga, Réu: Paulo César de Araújo e outros. Data da decisão: 21.05.2007. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso: 19 abr. 2011.

¹⁰⁰ O recurso de agravo de instrumento somente foi deferido para ampliar o prazo para retirada do livro do mercado que era de 24 horas, passando para 10 dias. (TJRJ. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 2008.002.30899 (Processo nº: 2008.001.177396-5). Agravante: LGE Editora LTDA, Agravados: Vilma Guimarães Rosa e Outro. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Data da decisão: 19.11.2008. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso: 25.04.2011.

não-autorizada pela família; a existência de erros históricos, bem como o fato de trazer 102 citações de *Relembraimentos*, livro publicado originalmente em 1983 por Vilma.¹⁰¹

Os exemplos não param por aí, já que biografias de Noel Rosa, “Noel Rosa. Uma biografia”, de João Máximo e Carlos Didier; de Manuel Bandeira; Pixinguinha e Di Cavalcanti não saíram das editoras pelo mesmo motivo: herdeiros, que não as autorizaram, conseguiram junto ao Judiciário a proibição da publicação. E, antes mesmo da publicação da biografia de Raul Seixas, já em fase de conclusão, foi noticiado pela imprensa que o jornalista Edmundo Oliveira Leite Júnior, que nela estaria trabalhando há mais de cinco anos, já teria recebido um telegrama da penúltima (quarta) ex-mulher do músico, com quem teve uma filha *in verbis*: “caso o senhor insista na realização irregular de tal biografia, serão tomadas as medidas judiciais cabíveis”, além de declarações na imprensa a respeito do “suicídio” que seria escrever biografias no Brasil já ter sido francamente registradas e interpretadas como um alerta ao escritor. Todo esse cenário já levou à polêmica afirmação do escritor Ruy Castro: “no Brasil o biografado ideal tem que ser órfão, solteirão, filho único, estéril e brocha”.¹⁰²

Apesar da previsível tomada de posição de escritores e editoras, resta saber, contudo, se o Judiciário tem andado no bom caminho, que deve ser sempre aquele compatível com a efetividade da Constituição e a sua supremacia e não com o previsto em norma infra-legal, sem qualquer amparo constitucional¹⁰³.

É bom que se diga que o art. 20, do CCb, embora em vigor a partir de janeiro de 2004, foi concebido entre o fim da década de 1960 e o início da década de 1970, pois já constava do Anteprojeto de Código Civil de 1972. O contexto no qual nasceu provavelmente explique a sua inadequação frente à ordem constitucional instituída no país em 1988.

Ao exigir prévia autorização da pessoa como “condição da divulgação de escritos, da transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem” o Código Civil retira do intérprete a possibilidade de ponderar à luz do caso concreto entre os direitos

¹⁰¹ Em consulta ao endereço eletrônico <www.tjrj.jus.br> não se teve acesso às razões de decidir da decisão de 1ª instância que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela determinando a retirada do livro “Sintonia de Minas Gerais: A vida e a literatura de João Guimarães Rosa” do mercado. Consta apenas o seguinte: “(...) o receio de dano irreparável ou de difícil reparação é patente na mediada me que a comercialização do livro poderá causar lesão a direito da personalidade das autoras (...)”. Processo nº: 2008.001.177396-5. Acesso: 25 abr. 2011.

¹⁰² Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,kika-ex-emulher-de-raul-seixas-adverte-biografo-do-cantor,443006,0.htm>>. Data: 20.09.2009. Acesso em 23 mai. 2011.

¹⁰³ Para MEYER-PFLUG (2009, p.246): “Não se pode impedir que as pessoas tenham livre acesso à informação. Dentro de um Estado Democrático resta saber quem tem legitimidade para decidir quem é inimigo público e quem não é ou não? Essa tarefa cabe aos Poderes Públicos ou é um direito do indivíduo segundo suas próprias convicções elegê-los ou não? Ao se transferir essa função para o Estado, surge o temor de que qualquer pessoa possa ser considerada um ‘inimigo dos valores democráticos’”.

fundamentais que estejam em jogo, pois, em abstrato, e, *a priori*, determina a prevalência de um direito fundamental sobre outro, ou outros.

No entanto, não faltam na Constituição de 1988 preceitos protegendo a liberdade de expressão. No artigo 5º, encontra-se a liberdade de manifestação do pensamento (inc. IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inc. IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inc. XIV). Em um capítulo específico tratou da “comunicação social”, repetindo a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*), proibiu a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, parágrafo 1º) e ainda vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, parágrafo 2º).

Essa insistência não foi gratuita, pois se por um lado representa uma reação contra os abusos perpetrados pelo regime militar, cuja repetição o constituinte quis a todo custo evitar, por outro, demonstra a importância atribuída a este direito fundamental no sistema constitucional brasileiro (SARMENTO, 2010, p. 290)¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Aliás, essa preocupação ficou registrada pelo STF na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto: "O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isso sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos ‘sobredireitos’ de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. [...] Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isso porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si

Ao legislador infraconstitucional caberia sim oferecer alternativas de solução e balizamento para a ponderação no caso de conflito de direitos fundamentais. Mas não foi isso que aconteceu e, assim, rompeu com o princípio da supremacia e da unidade da Constituição. Portanto, o Judiciário anda mal quando, ao invés de ponderar o caso concreto, já parte para a mais confortável “solução” previamente conferida pelo legislador infraconstitucional, deixando de conferir efetividade à Constituição, e negando sua centralidade no ordenamento Jurídico (SARMENTO, 2010, p. 290).

Questões polêmicas envolvendo a intervenção do Judiciário em obras artísticas, em especial no que se refere a filmes, também são vividas na Itália. Endereçando crítica feroz ao Poder Judiciário italiano, parte da doutrina questiona o fato de medidas cautelares serem proferidas determinando o corte de cenas de filmes ao argumento de que seriam ilícitas, o que, no seu entender, significaria censura, sobretudo porque nesta seara, valorações artísticas, históricas, literárias são imprescindíveis, embora desconsideradas, até porque tais valorações não são extraídas facilmente de uma cultura jurídica “interna” (FERRARI; PISTONE, 2000, p. 24).¹⁰⁵

Feito o parêntesis, para Sarmento (2011), o art. 20 do CCb, ao condicionar a publicação de obras biográficas sobre figuras públicas à autorização do biografado ou de sua família, revela sua inconstitucionalidade:

[...] é juridicamente inaceitável condicionar a publicação de obras biográficas a qualquer tipo de autorização. Essa exigência não é compatível com a Constituição Federal que protegeu energicamente as liberdades de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, banindo qualquer forma de censura. O Código Civil é norma inferior à Constituição e não pode ser interpretado e aplicado de forma que contrarie os princípios e valores democráticos da nossa Lei Maior.

Para se evitar a inconstitucionalidade do art. 20 do CCb propõe Barroso (2003, p. 97-98) que a proibição prévia de divulgações seja admitida pelo intérprete, no caso concreto, ponderando os interesses em conflito, mas como uma “providência inteiramente excepcional, sendo seu emprego somente admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e

mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”. (STF. Plenário. ADPF 130. Rel. Min. Ayres Britto, DJE de 6-11-2009). No mesmo sentido, STF. AC 2.695-MC. decisão monocrática. Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 1º-12-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 12.ago.2011.

¹⁰⁵ È apprezzabile, ma non quanto ci si potrebbe attendere, la ricorrenza di provvedimenti cautelari, le cui ragioni sono state sopra ricordate. Fra questi provvedimenti, spesso confermati in sede definitiva, alcuni spiccano per interesse in quanto non previsti tipicamente dalle norme processuali, come gli interventi di natura censoria, indirizzati per esempio a “tagliare” scene di film ritenute illecite (Cfr. l’ordinanza del Tribunale di Firenze, in data 3 marzo 1986, che impone di tagliare alcune scene da un film ispirato alla vicenda del “mostro di Firenze” (*Foro it.* 1986, I, coll. 2019ss). Simile decisione viene assunta dal Tribunale di Roma con ordinanza 8 novembre 1996, (*Dir. dell’informazione e dell’informatica* 1996) relativa allo sceneggiato sul caso Braibanti): cosa che comporta da parte del giudice una valutazione artistica, storica, letteraria che non facilmente può farsi partendo da una cultura giuridica “interna” e soprattutto limitandosi a quella.

insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuídas aos meios de comunicação”.

Já para Moraes (2008, p. 14), o art. 20 do CCb sugere que a liberdade de expressão seja exercida *responsavelmente* pelos órgãos de imprensa, o que não quer dizer que o controle a ser feito pelo Judiciário implique em “censura”, proibida expressamente nos termos do art. 220, parágrafo 2º da Constituição, pois a tutela de aspectos da personalidade não tem outro objetivo a não ser a proteção da pessoa humana.

Destacando a diferenciação entre a atividade jurisdicional de tipo preventivo, que implique proibição, cessação ou não reiteração de uma publicação, que, apesar de enfrentar sérias dificuldades constitucionais, pois se relaciona com o âmbito da liberdade de expressão e de imprensa, em verdade, pretende, “com múltiplas garantias, a tutela de direitos constitucionais de pessoas concretas ou impedir em casos particulares danos graves e específicos a interesses gerais”, e a censura prévia, entendida como um instituto administrativo de raízes, procedimentos, fins e efeitos muito diversos, não devendo, portanto, ser denominada “censura judicial prévia”, afirma Toller (2010, p. 37, p. 82-83):

A razão do que se acaba de afirmar é que a censura prévia é um instituto sistemático e geral de polícia preventiva de nítido caráter administrativo, muito eficaz contra a liberdade de expressão, consistente na revisão antecipada e obrigatória de tudo o que se vai difundir, seja inocente ou antijurídico, com relação a condutas a serem evitadas que não costumam estar claramente definidas em lei, mas que se regem por *standards* vagos e imprecisos - comumente relativos a ideias políticas, religiosas ou de moralidade pública -, com o fim de que um funcionário não independente - ‘cuja função é censurar’ - e que, com um ‘simples golpe de pena’, controle o seu conteúdo para aprová-lo, desaprová-lo ou para exigir a sua modificação, sem maiores garantias processuais, publicidade e motivação. Além disso, tal instituto comporta que a mera omissão de submeter o material a revisão e aprovação - à margem de seu conteúdo legítimo - torna lícita a sua difusão e gera sanções penais ou administrativas.

Curioso é notar que a autorização prévia a que o art. 20 do CCb se refere geralmente não é defendida na hipótese de matérias jornalísticas, em que pese o próprio artigo não estabelecer qualquer exceção ao tipo de veículo de comunicação pelo qual a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem serão veiculados.

Ou seja, aqueles que irrefletidamente defendem que para biografias e documentários a própria pessoa, ou o herdeiro, precisa consentir para que sua história seja contada,¹⁰⁶ esquecem que para serem minimamente coerentes deveriam fazer o mesmo quando se tratasse de matéria jornalística. Porém, nesse sentido, não foi encontrado nenhum registro em qualquer

¹⁰⁶ Nesse sentido, é a posição de AMORIM (1998, p.125).

das bases de dados dos Tribunais do País. Além disso, ao se conferir tutela jurídica a essa autorização prévia sem antes serem ponderados todos os direitos fundamentais em jogo, sobretudo a liberdade de expressão e de informação, não se estaria dizendo em palavras bem simples que o ordenamento jurídico confere tutela jurídica para que “não falem de mim”?

Nem se diga que a justificativa para se exigir a autorização prévia do biografado seria o fato de ser mais danoso ver sua vida contada em um livro, do que ser retratado em uma matéria jornalística, e ainda não ganhar dinheiro pela venda da obra, são boas o suficiente para afastar o posicionamento aqui manifestado. Primeiro porque os jornais também lucram com a venda dos seus exemplares que muitas das vezes dependem do apelo jornalístico escolhido, sobretudo quando se trata de jornais cujo mote é o sensacionalismo. Portanto, o argumento de que ganhar dinheiro com a história dos outros deveria impedir a publicação da obra, não se sustenta, podendo, ser útil, sim, para se aferir danos materiais pelo não recebimento dos lucros oriundos da venda dos exemplares do livro e do jornal, na hipótese do Judiciário entender cabível que a editora e o jornal devem ressarcir-lo pelos ganhos auferidos.

Em relação ao argumento de que seria mais grave para o retratado ver sua história reunida e contada em um livro, temos que em um País como o nosso, onde são muitas as razões que explicam os baixos índices de leitura, este argumento não se sustenta. Não só pelo fato do poder aquisitivo para a compra de livros concentrar-se nas classes A e B da população, em razão do seu alto custo, mas também pelo fato de que, mesmo dentro dessas classes, os índices de leitura ainda são muito baixos, pois giram em torno de 5,4 livros per capita por ano. O difícil acesso às bibliotecas do País e o seu número reduzido também nos mostram que os livros no Brasil se encontram nas mãos de alguns poucos felizardos, enquanto que os jornais, mais baratos, ainda possuem maior alcance junto aos brasileiros.¹⁰⁷

Se, por aqui, o Poder Judiciário parece ainda não ter se convencido pela inconstitucionalidade do art. 20, do CCb que, ao exigir a autorização do noticiado para a sua história ser contada, esvazia por completo a liberdade de expressão e de informação, porque, *a priori*, confere prioridade absoluta a outro direito fundamental, uma das câmaras de julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, recentemente, se manifestou no sentido

¹⁰⁷ Disponível em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/politica-publica/aceso-a-leitura-621026.shtml>>. Data: 04.03.2011. Acesso em 12 ago. 2011. Já esta notícia ainda é mais alarmante no que toca ao acesso à leitura: “Segundo pesquisa do Instituto Pró-Livro, o brasileiro lê, em média, 1,3 livro por ano. Em 2007 éramos 77 milhões de pessoas que não liam e 21 milhões de analfabetos. A pesquisa também revelou a enorme concentração de livros: 66% estão nas mãos de apenas 20% da população, ao passo que 8% desta não têm nenhum livro em casa, e 4%, somente um. (...) Em um país de quase 200 milhões de pessoas, a circulação média de jornais por dia não atinge 5 milhões de exemplares. Mais precisamente: 4.314.425 exemplares. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2011/02/08/lendo-o-brasil-artigo/>>. Data: 08.02.2011. Acesso em 12 ago. 2011.

oposto e decidiu que *não* há obrigação da imprensa quanto à notificação prévia de matéria jornalística que venha contar a história de quem quer que seja.

Tudo começou em março de 2008, porque o jornal britânico *News of the World* publicou reportagem, com fotos e vídeo na Internet, de orgias sexuais protagonizadas por Max Mosley, ex-presidente da Fórmula 1, considerando-as de cunho nazista, o que justificaria o interesse público da vida sexual do empresário. O retratado foi ao Judiciário, que considerou que as imagens publicadas pelo jornal não tinham nenhuma conotação nazista e, por isso, careciam de interesse público, violando a vida privada de Mosley e condenando o jornal a lhe pagar indenização de 60 mil libras esterlinas (quase R\$ 160 mil reais), não tendo o jornal recorrido da decisão.

Em seguida, Mosley ajuizou ação junto à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando que não há legislação no Reino Unido que obrigue a imprensa a comunicar à pessoa uma reportagem antes de publicá-la, como forma de se proteger a vida privada. Aquela Corte entendeu, contudo, que impor à imprensa que cada um deveria ser previamente informado da intenção de divulgar uma história sua, poderia prejudicar a liberdade de expressão e não ajudaria em nada - isso porque, para a obrigação não ganhar o rótulo de censura, teriam de ser abertas exceções. Quer dizer, ainda que existisse a obrigação, se o jornal considerasse que um relato é de interesse público, poderia publicar mesmo sem prévia comunicação. Caso contrário, se para a obrigação não houvesse nenhuma exceção, aí sim um direito fundamental, o da liberdade de informação, seria violado. Além disso, caso a pessoa saiba que algo privado vai ser publicado sobre si, pode conseguir junto ao Poder Judiciário a proibição da publicação, sem contar que a vida privada pode ser tutelada através da indenização por danos morais.¹⁰⁸

Felizmente encontram-se em tramitação na Câmara dos Deputados os projetos de lei nº 393/11 e nº 395/11 que propõe a alteração do art. 20 do CCB de modo a afastar a exigência de autorização prévia para a elaboração de obras biográficas sobre personalidades notoriamente conhecidas, por considerar que “a inexigência de autorização para publicação de obra biográfica não significa atentado à dignidade da pessoa humana”. Na justificção de ambos os projetos de lei chama-se atenção para o fato de que o Poder Judiciário, antes da vigência do art. 20 do CCB, analisava eventuais conflitos entre direitos e garantias, individuais e coletivos, previstos constitucionalmente, à luz dos fatos concretos e nunca unicamente por

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-10/jornal-publicar-noticia-avisar-ninguem-corte-europeia>>. Data: 10.05.2011. Acesso em 11 mai. 2011.

sua destinação comercial,¹⁰⁹ como passou a fazer desde então, afirmando-se, inclusive, que este artigo seria um resquício “legal” da censura e evitar o cerceamento do direito de informação, tão caro aos brasileiros, após anos de ditadura, é medida que garante o exercício pleno da cidadania.¹¹⁰

Ainda que essa alteração legislativa não venha a se concretizar, nada impede que o Poder Judiciário reveja a postura que vem tomando e efetivamente, no caso concreto, pondere liberdade de expressão e vida privada, bem como outras situações existenciais que envolvam a personalidade, como faz, aliás, em inúmeras outras situações envolvendo direitos fundamentais em conflito. É de se espantar ter sido conferido ao art. 20 do CCB tanta força se é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou, de forma menos drástica, exige que o intérprete aplique as normas infraconstitucionais à luz da Constituição. Não há, portanto, qualquer razão jurídica para proceder diferentemente naquele caso. Ressalte-se, por fim, que, muito mais do que uma técnica puramente procedimental para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, a ponderação de interesses possui dimensão substantiva na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra questão que envolve o direito a contar a própria história de um lado e as biografias “independentes” de outro, como preferem alguns escritores, é aquela que diz respeito ao “direito ao esquecimento”. Trata-se da relação com um passado que não se quer mais entrar em contato, com uma “outra vida” que não corresponde mais à nova realidade. O indivíduo, capaz de ter várias existências e de se reinventar a cada momento, vai construindo

¹⁰⁹ [...]Entende-se necessária uma alteração na redação do artigo 20 do Código Civil Brasileiro para contemplar a exceção constituída pelo direito à informação, em se tratando de personagem histórico ou público, garantindo-se também o direito coletivo de acesso às fontes culturais (art. 215 da CF. já citado), mesmo que a utilização da imagem seja para fins comerciais. Sabe-se que, atualmente, no Brasil todos, ou quase todos, os produtos culturais dependem de patrocínio para a sua elaboração e divulgação, e, até por este motivo, podem ser classificados como tendo fins comerciais [...]”. Trecho da justificção do Projeto de Lei nº 395/11 da Deputada Manuela D’Ávila. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/193995-PROJETO-PERMITE-PUBLICACAO-D-BIOGRAFIAS-NAO-AUTORIZADAS.html>>. Data: 23.02.2011. Acesso: 02 abr. 2011.

¹¹⁰ Conforme os dois Projetos de lei - o de nº 393/11 do Deputado Newton Lima (PT-SP) se inspirou no projeto de lei 3.378/08, do então Deputado Federal Antônio Palocci Filho e o de nº 395/11 é de iniciativa da Deputada Manuela D’Ávila (PCdoB-RS) -, o artigo 20 do CCB, após a alteração de seu parágrafo único para parágrafo 1º, passaria a vigorar com o seguinte texto:

Art. 20 *omissis*.

§ 1º Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

§ 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

sua personalidade ao longo do tempo. Contudo, não são raras as vezes em que, por conta dos avanços tecnológicos, se vê aprisionado naquele passado eternizado sobretudo pela Internet.

É diante da facilidade com que outras existências do indivíduo podem chegar a quem quer que seja que Rodotà (2005, p. 64) reconhece que a relação com o passado foi modificada, surgindo o “direito ao esquecimento” como fórmula da sociedade contemporânea capaz de não aprisionar o indivíduo num passado que se quer ser esquecido para dar lugar a uma nova vida. Assim:

[...]È nato il “diritto all’oblio”, una formula affascinante legatissima alla contemporaneità. La vita di un individuo si allunga, i capitoli di una singola esistenza sono ormai numerosi, ogni informazione può essere non solo conservata all’infinito, ma immediatamente rintracciata, transferita su *Internet* e quindi disponibile per chiunque la cerchi da qualsiasi angolo del mondo. Quindi c’è chi vuole dimenticare, cancellare una parte delle altre vite, non farla emergere come elemento di giudizio rispetto alla nuova. Altrimenti la società dell’informazione si trasforma in una gabbia e la presenza in rete in una gogna elettronica permanente.¹¹¹

O “direito ao esquecimento”, contudo, não deve ser compreendido como um direito absoluto do indivíduo e há boas razões para isso. O próprio Rodotà (2005, p. 65), embora já tenha se posicionado acerca da possibilidade da sua invocação quando se tratar de fotografias ligadas ao passado, ressalva que, se forem essenciais à informação, na hipótese de se estar escrevendo uma completa biografia sobre a pessoa, por exemplo, poderá ser afastado. Confira:

P. Conti: C’è il problema delle foto legate al passato...
S. Rodotà: Certo che c’è. Facciamo un esempio: una certa presentatrice televisiva, ora famosa per i programmi per bambini, quando era giovanissima, e per ragioni che non ci interessano, posò nuda per un fotografo. Può chiedere che quelle foto non vengano pubblicate invocando il diritto all’oblio? Secondo noi sì, a meno che non siano essenziali per l’informazione, ad esempio quando si vuol scrivere una completa biografia della persona [...].¹¹²

O tratamento a ser conferido ao “direito ao esquecimento” merece, sem dúvida, a maior atenção, pois, a depender do que for escolhido por nós, caberá ao indivíduo, e apenas a ele, definir o que quer que seja esquecido a seu respeito, o que poderá causar consequências

¹¹¹ Tradução livre: [...] Surge o ‘direito ao esquecimento’, uma fórmula fascinante extremamente ligada à contemporaneidade. A vida de um indivíduo se alonga, os capítulos de uma única existência são agora numerosos, cada informação pode ser não apenas conservada infinitamente, mas imediatamente rastreada, transferida pela *internet* e em seguida disponível a quem quer que seja que a procure de qualquer lugar do mundo. Portanto, há quem queira esquecer, cancelar uma parte da outra vida, não mais permitindo com que surja como elemento que diga respeito à nova vida. Caso contrário, a sociedade da informação se transformaria em uma gaiola e a presença em rede em um pelourinho eletrônico permanente

¹¹² Tradução livre: Paolo Conti: Há o problema das fotos ligadas ao passado... Stefano Rodotà: Certo que há. Por exemplo: uma certa apresentadora de televisão famosa pelos programas para criança, quando era muito jovem, e por razões que não interessam, posou nua. Pode requerer que aquelas fotos não venham a ser publicadas invocando o direito ao esquecimento? Segundo nós sim, a menos que essas fotos não sejam essenciais para a informação, como por exemplo, no caso de se escrever uma biografia completa da pessoa

imediatas em questões como interesses históricos, de memória e preservação da informação.

¹¹³ Portanto, se se entender que o “direito ao esquecimento” em alguns casos pode ser fundamental para se permitir que a pessoa tenha condições efetivas de viver com liberdade, é bom que se tenha em mente que, levado a extremos, “pode chegar o dia em que jornais, sites e outros veículos de informação sejam obrigados a apagar seus arquivos, em nome de interesses pessoais. E, nesse caso, o direito ao esquecimento muda de nome e se torna um problema. Passa a se chamar revisionismo histórico” (LEMOS, 2010).

A propósito, recentemente, foi reacendida polêmica em relação à lei de acesso a informações públicas (PLC 41/2010) que se encontra no Senado Federal. Espera-se a aprovação do texto conforme proposto pela Câmara dos Deputados, ou seja, com o limite de no máximo 50 anos para tornar públicos documentos oficiais considerados ultrassecretos, apesar do Poder Executivo, fazendo coro aos ex-presidentes e senadores José Sarney (PMDB-AP) e Fernando Collor (PTB-AL), já ter se manifestado pela prorrogação indefinida dos prazos de divulgação dos documentos classificados como ultrassecretos pelo governo, tendo, contudo, voltado atrás, defendendo o fim do sigilo eterno. ¹¹⁴

A respeito desse episódio, DaMatta (20011) comenta:

[...] O uso do eterno como dimensão de legitimidade é um dado das sociedades hierárquicas. Em vez de discutir o passado elas preferem o seu enterro e a sua supressão. Não foi isso que nos fez queimar os arquivos da escravidão, o que, dizem alguns historiadores, evitou indenizar os escravocratas naquilo que seria uma ‘bolsa da escravaria’, mas que – e esse é o ponto – impediu conhecer melhor as implicações de um estilo de vida escravocrata? [...] Trata-se de uma negação da história, que – em vez de ser lida como algo que foi feito por pessoas em certos contextos e sob o governo de conceitos, crenças e valores, podendo ser avaliada e, reitero usando a palavra em itálico *compreendida* – repete dogmas e promete uma demagógica mudança do presente para não ler um passado que pode ferir [...] O esquecimento é o maior amigo dos poderosos porque ele impede o diálogo entre o dito e o não dito, entre o que se revela e o que se esconde [...].

Rodotà (2005, p. 66-67) também demonstra a preocupação em se levar o “direito ao esquecimento” para hipóteses em que o conteúdo de arquivos de jornais poderia ser alterado pelo evidente motivo de assim se estar produzindo históricos falsos. Assim:

S. Rodotà: [...] Non possiamo certo imporre di mettere le mani sulle copie di un giornale, conservate in un archivio cartaceo o elettronico, sbianchettando foto e

¹¹³ Acerca do denominado *diritto all'oblio*, Choeri (2010, p. 263) afirma: [...] a jurisprudência italiana criou o denominado *diritto all'oblio*, direito de ser esquecido, considerado figura híbrida do direito à privacidade e do direito à identidade pessoal, limitando o exercício do direito de liberdade de manifestação de pensamento, mormente no caso de publicações, veiculações de notícias, obras artísticas. Como contrapeso a esse direito, o critério do interesse público poderá prevalecer, quando demonstrado na reprodução de fato historicamente relevante sobre determinada pessoa.

¹¹⁴ Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/8/11/entidades-pedem-a-dilma-urgencia-para-fim-do-sigilo>>. Data 11.08.2011. Acesso em 12. ago. 2011.

articoli pubblicati. Il modo in cui quella notizia è stata pubblicata non può essere fatto scomparire: si produrrebbero dei falsi storici. Ma si può intervenire vietando che alcune informazioni illegittimamente diffuse non vengano più pubblicate o che vengano eliminate o corrette le informazioni conservate nella banca dati del giornale. E così se torna al diritto al oblio, essenziale anche per rendere possibile il libero sviluppo della personalità di ciascuno, costruendo liberamente un'identità nuova [...] La nostra identità muta e, se pure è vero che tutto ciò che abbiamo fatto ci caratterizza, la diffusione di qualsiasi fatto del passato diventa legittima solo in un contesto in cui quella informazione è davvero essenziale.¹¹⁵

Portanto, se o “direito ao esquecimento” não deve implicar na formação de históricos falsos, omitir da biografia de alguém determinados episódios que de fato aconteceram, não significaria recriar, em alguma medida, uma história para aquela pessoa? Se se trata de biografado vivo, a ponderação vai ser exatamente esta: até que ponto os fatos registrados na biografia impedem ou dificultam o desenvolvimento da sua personalidade, que pretende, agora, construí-la sob novos valores e até que ponto os omitir não implicaria na recriação de uma estória, não correspondendo, portanto, àquela verdadeira.

Já quando se trata de biografado falecido, não estará em jogo o principal argumento a favor do “direito ao esquecimento”, que é o direito de construir em liberdade a sua própria personalidade, mas não será por isso que a ponderação deixará de ser realizada. A filha de Raul Seixas, por exemplo, já deixou registrado quais seriam os seus motivos para tentar impedir a publicação da biografia do pai, declarando que *durante as quatro horas de entrevista* o autor da biografia só teria perguntado *sobre drogas* e que teria sido assim com os outros entrevistados, e, em tom de desabafo, afirma, *in verbis*: (...) “há 28 anos que só ouço falar que meu pai era drogado, toxicômano e alcoólatra e isto cria um enorme constrangimento para mim que moro no Brasil e tenho que conviver com todos os tipos de insinuações e preconceitos”.¹¹⁶

Portanto, ao contrário do tratamento dos dados pessoais, em que o consentimento prévio do titular dos dados não só lhe legitima, mas significa atribuir à pessoa a capacidade de se autodeterminar, no direito de contar a própria história, a ponderação com a liberdade de expressão, quer se esteja diante de tutela preventiva quer patológica, será sempre necessária e

¹¹⁵ Tradução livre: É certo que não podemos interferir na cópia de um jornal, conservado em um arquivo em papel ou eletrônico, apagando fotos e artigos publicados. O modo como a notícia foi publicada não pode desaparecer: se estaria produzindo falsos históricos. Mas se pode intervir proibindo que algumas informações ilegittimamente difundidas não venham mais ser publicadas ou que aquelas constantes no banco de dados do jornal sejam eliminadas ou corrigidas. E assim se retorna ao direito ao esquecimento, essencial também para tornar possível o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, a construção livre de uma identidade nova. A nossa identidade muda e, embora seja verdade que tudo o que tivermos feito nos caracteriza, a difusão de qualquer fato do passado se torna legítima somente em um contexto em que aquela informação é realmente essencial.

¹¹⁶ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/arteelazer,kika-ex-mulher-de-raul-seixas-adverte-biografo-do-cantor,443006,0.htm>>. Data: 20.09.2009. Acesso em 23 mai. 2011.

as situações de abuso deverão ser indenizadas, não sendo exigível o consentimento prévio do biografado, ou de seus herdeiros, como condição da publicação, sob pena não só de se retornar ao individualismo codicista, como de se ignorar que a liberdade de expressão e de informação também são direitos fundamentais, tal como a vida privada.

Outro aspecto que também identificamos na órbita do direito sobre a própria história e, portanto, dentro da vida privada, é aquele que diz respeito ao conteúdo da discussão política numa sociedade democrática como a nossa. É um espaço livre? Vale tudo? Ou são necessários critérios norteadores para se aferir o que deve ou o que não deve ser objeto de discussão política?

Defender que o público deve ser informado sobre tudo o que disser respeito à pessoa que pretenda exercer ou exerça um cargo político implica, antes de mais nada, em aferir o que seria esse “tudo”. Daí a pergunta: quais argumentos são aceitáveis do ponto de vista da cidadania democrática? Há temas intratáveis que devem ser excluídos da agenda política?

Há quem proponha o princípio da necessidade como parâmetro para se aferir se determinado aspecto referente à vida privada de personalidades públicas deve ser noticiado ou não junto à imprensa. É dito que não se pode dispensar o mesmo tratamento ao direito da intimidade de um cantor e ao de um político, porque, em relação ao primeiro, não é necessário saber de fatos alusivos à sua vida afetiva ou os seus hábitos. O contrário, contudo, ocorreria em relação aos detentores de mandatos eletivos, “em virtude de a propagação ao conhecimento público de notícia sobre o comportamento de liderança política ser indispensável para que os eleitores submetam a confronto os seus atos com a imagem construída que lhe rendeu votos e mandato” (SILVA NETO, 2006, p. 191).

Rodotà (1998) parece ter a mesma opinião, afirmando que, justamente pelo fato de ter escolhido esta função, a tutela da vida privada do político será menor do que a de outros cidadãos, e, portanto, informações suas estritamente privadas, se realmente necessárias para a opinião dos cidadãos, poderiam ser divulgadas. Confira:

[...] Tuttavia anche qui dobbiamo riconoscere che il politico ha una tutela della vita privata più bassa degli altri cittadini per effetto di questa scelta che ha fatto, perché si espone agli occhi del pubblico, perché deve rendere conto del suo operato, ma questo non vuol dire che la sua sfera privata possa essere del tutto cancellata. Possono essere rese pubbliche le informazioni sulla sua vita strettamente privata, che sono veramente necessarie per il giudizio dei cittadini. Ovvero, anche per lui una sfera di intimità deve essere mantenuta.¹¹⁷

¹¹⁷ Tradução livre: [...] Todavia também aqui devemos reconhecer que a tutela da vida privada do político é menor em relação a de outros cidadãos em razão da escolha que fez, porque se expõe aos olhos do público, porque deve dar satisfação das suas atividades, mas isso não quer dizer que a sua esfera privada possa ser de todo inexistente. Posso tornar públicas as informações sobre sua vida estritamente privada, que sejam

Portanto, mesmo que se admita que para políticos a sua vida privada terá um nível de tutela menos intenso, a adoção de uma concepção dinâmica de esfera pública, permeável a toda sorte de argumentos que permitam o exercício da autonomia dos indivíduos e favoreçam uma saudável diversidade de crenças e opiniões não deve implicar ausência de critérios fundamentais de convivência democrática. Tanto é verdade que, nas palavras de Rodotà, mesmo para os políticos, *una sfera di intimità deve essere mantenuta*.

Assuntos que ontem não despertavam qualquer interesse, hoje se tornaram matéria legítima de discussão pública; no entanto, temos que o respeito pela integridade moral do outro deve ser exigível de todos à luz de um dever recíproco de civilidade, constitutivo de uma sociedade democrática pluralista, de sorte que ninguém deve ser obrigado a tornar pública uma identidade cuja constituição não abale o princípio da igualdade cívica (ARAÚJO, 2008) Portanto, temas que envolvam a própria orientação sexual e religiosa, por exemplo, podem gerar situações discriminatórias e, por isso, lhes deve ser garantido o máximo de opacidade, pouco importando, aliás, se se trata de pessoa “pública” ou não.

Esta questão é colocada por Tepedino (2008, p. 559-560) da seguinte forma:

Como conciliar a *privacy* com a crônica de homens públicos, artistas e políticos, cujas carreiras, só por si, implicam boa dose de devassamento? Até onde deve ir o direito à informação e qual é o seu objeto – vale dizer, devemos ser informados do quê? [...] Mesmo o homem público tem o sagrado direito de ser resguardada sua vida sentimental ou sexual [...]. Um candidato à Prefeitura deve ser respeitado em suas convicções religiosas e em sua vida afetiva. Mas é direito de crônica a divulgação de um casamento feito às escondidas, em plena campanha eleitoral, para encobrir comportamento sexual ambíguo, taxado, pelo próprio candidato, como imoral e doentio. Se o candidato não fosse um cristão fervoroso e moralista convicto, não tivesse ele patrocinado o estranho enlace, sua vida sexual não poderia, jamais, ser devassada pela imprensa.

O esforço, sem dúvida, deve ser não só o de garantir que numa discussão política o debate seja realmente útil ao eleitorado, como também que os valores de uma sociedade democrática sejam assegurados, até porque a Constituição a todos, indistintamente, conferiu a tutela da vida privada como direito fundamental, não fazendo qualquer ressalva para aqueles que pretendam assumir algum cargo político ou que já estejam cumprindo seu mandato. Se políticos não devem ser considerados “homens de vidro”, expressão que nos remete ao nazismo, não se ignora, contudo, que a tutela da vida privada das pessoas nessa situação na prática seja tutelada de forma mais *suave*.

Dessa forma, aquele que almeja o exercício de cargo político deve expor num debate político a sua opinião acerca de questões que definam a sua plataforma política, o que é muito

diferente de se exigir que torne público a sua orientação sexual ou religiosa.¹¹⁸ Portanto, questões que envolvam as uniões homoafetivas, a influência da religião num Estado supostamente laico e os direitos das minorias culturais, por exemplo, são politicamente relevantes, pois, a depender do ponto de vista seguido, influenciará decisivamente parcela significativa do eleitorado. Por outro lado, se um político é porta-voz da batalha contra o aborto, mas constrange sua mulher a interromper a gravidez, justifica-se que os seus eleitores saibam disso, sendo este um caso típico no qual os cidadãos, enquanto eleitores, têm o direito de conhecer as particularidades da vida privada de um candidato (RODOTÀ, 2005, p. 11-12).

Outra situação é lembrada por Tepedino (2008, p. 560):

Não merece reparo, pela mesma ordem de argumentos, a divulgação da vida íntima de um ex-representante do povo no Senado Federal, como ocorreu recentemente, acusado de corromper menores. O público tem o direito, diante de fatos tão graves (e desde que suficientemente comprovados), de ter acesso a uma retrospectiva de sua carreira, de seus discursos, de seus pecados.

Ainda sobre os limites da discussão política, resta saber como se tem encarado as informações acerca da saúde ou das expectativas de vida dos políticos ou daquele que pretenda um cargo dessa natureza. Ainda é forte a corrente que defende que tais informações são fundamentais para o destino político de uma sociedade, cujo conhecimento por parte dos cidadãos se imporia porque estes escolhem não só o mandatário, mas também o projeto de governo ou de atuação parlamentar, que pressuporia o cumprimento integral do mandato, o que poderia ser obstado por doenças oportunistas, ou, pior ainda, por males latentes e incuráveis. Por isso, quer durante a campanha eleitoral (e principalmente nela), quer ao longo do exercício do mandato, deve ser garantido o acesso à informação sobre o seu estado de saúde (SILVA NETO, 2006, p. 191-192).

A esse respeito, Valdés (1998, p. 236-237) afirma:

[...]Me parece, que en la medida en que el papel que una persona desempeña en la sociedad tiene mayores connotaciones públicas la esfera de lo privado se reduce considerablemente [...]. Tampoco es indiferente para el destino político de una sociedad el conocimiento de la salud o de las expectativas de vida de los candidatos que se ofrecen, ellos mismos, para desempeñar la más alta magistratura de un país. Si ello es así, los médicos que conocían la gravedad de la enfermedad de Perón o de Mitterrand no sólo podían sino debían comunicar estos datos [...].¹¹⁹

¹¹⁸ Isto nos remete ao episódio nacionalmente conhecido das eleições para a prefeitura de São Paulo em 1985. Durante um debate, o então candidato a prefeito Fernando Henrique Cardoso vacilou ao ser perguntado se acreditava ou não em Deus. FHC perdeu as eleições e muito se discute se o resultado teria sido diferente caso ele tivesse respondido com firmeza que acreditava em Deus. O vacilo em responder uma pergunta tão direta certamente foi visto por muitos eleitores como uma confissão de descrença. Posteriormente, em suas propagandas eleitorais na televisão, FHC negou ser ateu e maconheiro, mas isto não evitou sua derrota naquele pleito. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/caca-ao-voto/uncategorized/fernando-henrique-cardoso-caiu-da-cadeira/>>. Data: 02.10.2010. Acesso em 12.ago. 2011.

¹¹⁹ Tradução livre: Parece-me que, na medida em que o papel de uma pessoa desempenha na sociedade tem maiores conotações públicas, a esfera do privado se reduz consideravelmente. Tão pouco é indiferente para o

No caso clássico envolvendo o Presidente François Mitterrand, a segunda Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a decisão judicial, em caráter liminar, que, com fundamento na violação ao sigilo médico, determinou a interrupção da distribuição do livro *“Le Grand Secret”*, assinado por um dos médicos do presidente, em que contava todos os detalhes da doença, do tratamento, dos exames e dizia que o mesmo teria escondido que tinha câncer de próstata do público por mais de dez anos, se baseou no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹²⁰. Contudo, em relação à decisão definitiva prolatada pelo judiciário francês, que, confirmando a liminar deferida, de fato, proibiu a comercialização do livro, entendeu ter havido violação à liberdade de expressão da editora que o publicou (Plon), afirmando os juízes daquela corte que “quanto mais o tempo passou, mais o interesse público nos dois mandatos presidenciais de sete anos do Presidente Mitterrand passou a preponderar sobre as exigências de proteção de seus direitos em matéria de confidencialidade médica”¹²¹.

É relevante notar que, ao julgar o caso Mitterrand, a segunda Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos ressaltou que o livro contribuiria para um grande debate democrático e de interesse geral: o direito do público de ser informado sobre qualquer doença séria de um chefe de Estado e se seria apropriado que uma pessoa que soubesse ter uma doença grave assim pudesse disputar eleições para ocupar o mais alto cargo nacional. Além disso, o fato de Mitterrand haver ocultado sua doença por mais de dez anos teria despertado a preocupação do público a respeito da transparência na vida política. Daí aquela Corte ter estabelecido que o

destino político de uma sociedade o conhecimento da saúde ou das expectativas de vida dos candidatos que se oferecem, eles mesmos, para desempenhar o mais alto cargo de um país. Se assim for, os médicos que conheciam a gravidade da doença de Perón e de Mitterrand não só podiam como deviam comunicar estes dados [...].

¹²⁰ O Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos humanos trata da Liberdade de Expressão e assim dispõe:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

¹²¹ Conferir o §53 da decisão no caso Plon (Società) v. França, AP. nº 58148/00, Corte Europeia de Direitos Humanos. Data: 18.05.2004. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 01. abr. 2011.

fator decisivo na ponderação entre privacidade e liberdade de expressão é a “contribuição que a informação publicada traz para o debate de interesse geral”¹²².

Embora tenha sido firmado um critério de ponderação, não foi levado em consideração que a informação referente ao estado de saúde de uma pessoa é de caráter sensível e, portanto, numa escala de valores renovada, merece que maior opacidade lhe seja conferida, até mesmo se comparada a outras de natureza existencial e mais ainda se estivermos diante de informações de conteúdo patrimonial. Esta análise, no nosso entender, não deve ser jamais desconsiderada, pois no mesmo patamar valorativo não podem estar situações de natureza existencial e questões de ordem econômica.

Por aqui, também temos quem considere a saúde de um Presidente da República um “bem de interesse público que extrapola as fronteiras do direito ao sigilo médico” e que, mais ainda, “deve ser nivelada, em importância, com a ética das autoridades”. Foram essas, dentre outras, as afirmações de um relevante veículo de comunicação no Brasil em matéria publicada, recentemente, em que se propôs a traçar o histórico da saúde da Presidente da República Dilma Rousseff, desde 2009, quando foi diagnosticado e tratado o câncer que teve¹²³. A reportagem, que foi capa naquela semana, detalhou todo o diagnóstico da saúde de Dilma, o que ela tem e o que não tem, o que sente e o que não sente, o que toma quando sente isso ou aquilo, bem como o motivo de cada remédio que ingere (28!), não tendo deixado de fora da sua orgulhosa lista as cápsulas “pouco ortodoxas”, como as de “cartilagem de tubarão”, bem como o “suplemento de fibras” todos por ela consumidos.

A matéria, aparentemente “informativa”, aparentemente porque - alguém duvidaria que o câncer, ainda que tratado, inspira cuidados por um longo período por ser não só a doença, mas o seu tratamento, extremamente agressivos? - pretendeu, em verdade, passar a seguinte mensagem: a de que, quando se trata de um Presidente da República, o seu estado de saúde, tratamentos, tudo deve ser divulgado à população. Além de absolutamente questionável, este veículo de informação não teria perdido ótima oportunidade de provocar um debate verdadeiramente útil em torno do quanto queremos e de como deveríamos tutelar situações existenciais da pessoa, expondo às claras de quais valores estamos falando? E,

¹²² Este mesmo critério foi utilizado pela terceira seção da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso envolvendo a Princesa de Mônaco, Caroline Von Hannover, que, por unanimidade, condenou a Alemanha por haver violado a sua privacidade. A imprensa alemã vinha reiteradamente publicando fotos suas em atos do dia a dia, tais como, fazendo compras, esquiando, jantando, andando de bicicleta, jogando tênis, e até mesmo tomando um tombo e o Judiciário Alemão, no entanto, entendeu que, embora a constante perseguição dos fotógrafos dificultasse a vida da princesa, deveria ser suportada porque teria como escopo informar o público. (Von Hannover v. Alemanha), *apud* PEREIRA (2005, p.354-357 e p.363-367).

¹²³ Título: “A saúde de Dilma”. Revista Época, 30.05.2011, n. 680, p.60-67.

ainda, se for um político, sobretudo quando a questão envolver aspectos relacionados à sua saúde, as ponderações feitas seriam outras em virtude do cargo ocupado?

Logo após considerar “mais preocupante que a saúde de Dilma o silêncio sobre ela”, dá importância decisiva ao fato da então Ministra da Casa Civil ter convocado uma entrevista coletiva para contar que tinha câncer somente após um jornal já ter publicado a notícia, “tentando manter em sigilo que já começara a fazer quimioterapia”, em clara intenção de estabelecer à atual Presidente “perfil” de político que, no passado, quando teve a “chance”, não foi transparente como deveria.

Em seguida, coloca o Brasil como um País que “colecciona traumas em virtude da falta de transparência” sobre a saúde de Presidentes, considerando o maior marco de falta de transparência a doença de Tancredo Neves, que sabia estar doente meses antes de tomar posse, tendo “escondido” seu estado clínico.

Pois bem. Como “solução” para o que repetidas vezes chamou de “ausência de transparência na política” a revista afirma que a situação seria diferente se, assim como são obrigados a “abrir o sigilo do Imposto de Renda”, da mesma forma, os candidatos à Presidência da República fossem obrigados a prestar uma “declaração sobre sua condição de saúde”, citando como exemplo de conduta a ser seguida a dos Estados Unidos, que tendem a adotar a transparência total quando está em jogo a saúde daquele que ocupa o cargo mais alto do país.

Aqui chegamos ao ponto fundamental da discussão: a equiparação entre aspectos existenciais da vida privada do indivíduo e questões de conteúdo patrimonial, como o patrimônio e a renda. Devemos, realmente, como sugere este veículo de comunicação, colocar no mesmo patamar valorativo questões substancialmente tão diversas? Será que a imposição da divulgação de aspectos existenciais de um político, sobretudo aqueles que dizem respeito ao seu estado de saúde, e à sua expectativa de vida, ainda que, pela sua gravidade, possa, em tese, ameaçar a continuidade do governo se justifica ao argumento de provocar “graves efeitos sobre o País”, já que “moléstias prolongadas teriam um potencial muito maior de gerar instabilidades econômicas e políticas no País do que a morte em si, um fato consumado”?¹²⁴.

Que não seja pelo fato da medicina até hoje não ter atingido grau de evolução suficiente que permita um diagnóstico preciso a ponto de definir quando uma pessoa não resistirá mais a uma doença grave da qual seja portadora, o que seria um bom argumento, mas colocar política e economia de um País em pé de igualdade com situações existenciais da

¹²⁴ Este seria o ponto de vista de Leôncio Martins Rodrigues, cientista político, entrevistado pela reportagem da Revista Época. Título: “A saúde de Dilma”. Revista Época, 30.05.2011, n. 680, p.60-67.

pessoa, ainda que seja aquela que está no comando, é desconhecer os valores que inspiram a nossa Constituição.

Equiparar a transparência, esta sim necessária, em questões que envolvam o efetivo compromisso do governante com os planos de governo prometidos em campanha, como tem buscado alcançá-los e as responsabilidades inerentes ao cargo público que ocupa, como o dever de probidade, e aqui se inclui a transparência quanto a sua evolução patrimonial, com situações existenciais da pessoa é desconsiderar que o ordenamento jurídico brasileiro foi reestruturado em torno de valores constitucionais na qual desponta como valor fundamental a dignidade da pessoa humana.

Não se está aqui, de forma alguma, defendendo que seja criada em torno dos políticos, sobretudo daqueles que estejam cumprindo os seus mandatos, uma redoma protetora de toda e qualquer “intromissão” em assuntos que se considere “privados”. O que se quer é uma reflexão verdadeiramente profunda sobre a sede por transparência que tem se instalado no País. A transparência na política não é, certamente, alcançada a partir do estabelecimento de um “dever” de divulgação à população de aspectos existenciais da pessoa, tão pouco sobre a sua saúde, desde que, claro, não tenham sido utilizados para a formação de opinião dos eleitores em campanha eleitoral, em virtude do plano de governo apresentado, ou mesmo após, quando já no poder.

Por fim, registre-se que, a depender de qual seja a patologia, num País em que as pessoas ainda são “julgadas” por opções existenciais, como escolha do sexo, sexualidade, religião, etc., as chances de, em razão da sua divulgação, ser exposta a situações de discriminação, não seriam improváveis. Sem contar a não descartada manipulação política quanto à sua “inadequação” para o cargo que ocupa, em que pese a transparência dos pareceres médicos quanto às perfeitas condições clínicas para continuar no exercício do seu cargo. Portanto, em verdade, essa transparência que tem sido tão desejada não deixa de ser mais uma forma de se conseguir um elemento de manipulação para o jogo político.

Acerca dos pontos de referência que devem orientar a ponderação a ser feita no caso concreto entre a liberdade de imprensa e vida privada, afirma Tepedino (2008, p. 558-560):

A rigor, a privacidade é direito casuístico por excelência, suscitando, por isso mesmo, proteção que seja dútil e que possa servir não como uma forma de censura, mas como critério para orientar a imprensa livre. A solução, portanto, não estará provavelmente na legislação, senão na interpretação do fato concreto, em cotejo com as leis disponíveis [...]. A flexibilidade dos critérios, necessariamente maleáveis, em função das peculiaridades e das circunstâncias que envolvem cada caso, deverá, de toda sorte, ter pontos de referência implacáveis: a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema”.

Muito relevante é perceber que a aproximação entre um Estado Democrático de Direito e um sistema autoritário em hipóteses como esta talvez seja maior do que se imagina. Perguntado acerca das medidas de segurança que vêm sendo adotadas em combate ao terrorismo, são também oportunas as palavras de Rodotà (2005, p. 97) para o tema que estamos tratando. Assim:

[...] Ma qualsiasi misura dev'essere compatibile con le caratteristiche e le regole di una società democratica [...] Non si può perdere la democrazia sostenendo di volerla difendere. Ecco il punto fondamentale, che collega strettamente il concetto di *privacy* a quello di libertà individuale e collettiva. Se io modifico l'insieme dei valori, se faccio scivolare la tutela delle libertà al di sotto di una ben precisa soglia, se comprimo diritti fondamentali, vuol dire che ho cambiato le caratteristiche dello Stato costituzionale dei diritti, che rischio di non renderlo più distinguibile da un sistema autoritario. La democrazia è il regime più difficile di questo mondo. Ma la sua vittoria sui totalitarismi è stata sostanzialmente resa possibile proprio dal suo proporre valori radicalmente alternativi rispetto a quelli di dittature d'ogni genere.

125

A publicização de aspectos da vida do político levada a extremos, como defendem alguns, demonstra que se está diante não só de um processo de revisão de critérios de classificação das informações pessoais, que, segundo uma escala de valores renovada, deve ser garantido o máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e maior transparência àquelas referentes à esfera econômica do sujeito, pois concorrem para embasar decisões de relevância coletiva (RODOTÀ, 2008, p. 35), mas também de um dos maiores desafios políticos e jurídicos da contemporaneidade que é o estabelecimento de parâmetros que sejam capazes de levar em consideração não só a perspectiva de que muitas das relações privadas estabelecidas pelos políticos, quem os financia e quais são os interesses econômicos que eles representam, sendo a revelação desses interesses qualificadora da esfera pública, cujo papel, aliás, seria revelar quais são os interesses privados por trás da defesa do bem comum, como também aquela que defende que a publicização de fatos da vida privada deve, no mínimo, excluir hipóteses em que estimulem o preconceito e a intolerância à pluralidade dos modos de vida, que, aliás, devem estar sempre dentre os mais importantes objetivos da política democrática (AVRITZER, 2008).

¹²⁵ Tradução livre: [...]Qualquer medida que se tome deve ser compatível com as características de uma sociedade democrática [...]. Não se pode perder a democracia sustentando querer defendê-la. Aqui está o ponto fundamental que liga o conceito de *privacy* àquele de liberdade individual e coletiva. Se modifico o conjunto dos valores, se deixo que a tutela da liberdade escape para abaixo de um limite bem preciso, se comprimo os direitos fundamentais, quer dizer que alterei as características do Estado Constitucional de Direito, com o risco de não mais conseguir distingui-lo de um sistema autoritário. A democracia é o regime mais difícil deste mundo. Mas a sua vitória sobre o totalitarismo se tornou substancialmente possível precisamente ao propor valores radicalmente alternativos às diversas ditaduras até mesmo se comparada a outras de natureza existencial.

3.2.2. A vida privada e a sociedade do espetáculo e da exposição

“Estamos enjoados de assistir aos atores interpretando emoções falsas”, afirmava o produtor do *reality show* montado no filme *O show de Truman*, sucesso cinematográfico de 1998, em que a vida de um sujeito, adotado ao nascer por uma emissora de televisão, era transmitida para lares do mundo todo, por câmeras instaladas numa cidade cinematográfica, cujos atores, inclusive seus pais, foram contratados por essa emissora de TV, embora o único que ignorava essa encenação e essa transmissão em tempo real era o protagonista Truman Burbank, que pensava estar vivendo uma vida normal. O “encantamento” que ele despertava era justamente o fato de não ser um ator que interpretava as emoções falsas de um personagem fictício, mas simplesmente vivia e mostrava suas emoções autênticas de personagem real.

Aliás, para ilustrar esta tendência tão vigorosa na cultura contemporânea não seria sequer necessário recorrer à tragédia quase moderna, fictícia, do filme *O Show de Truman*, cujo protagonista afunda no desespero ao descobrir que sua vida inteira tinha sido um espetáculo para os olhos alheios. Os motivos - reais - são inúmeros. Noticiou-se que no primeiro dia de inscrição para participação do *Big Brother 12*, previsto para acontecer em 2012 em uma grande emissora de televisão no país, já se contabilizavam dez mil inscrições¹²⁶ e na Alemanha quase 30 mil pessoas teriam se inscrito num *reality show* sem previsão de fim, cujo prêmio seria o salário pelo trabalho que executariam para se sustentar numa cidade cenográfica permanentemente televisionada (CORREA *apud* SIBILIA, 2008, p. 259).

Uma intensa “fome de realidade” tem eclodido nos últimos anos, um apetite voraz que incita ao consumo de vidas alheias e reais, de modo que relatos desse tipo vêm recebendo do público grande atenção, florescendo num terreno antes ocupado de maneira quase exclusiva pelas histórias de ficção. Há indiscutivelmente um deslocamento em direção a uma curiosidade crescente por aspectos da existência que costumavam ser catalogados como “privados”, alargando-se continuamente os limites do que se diz e o que se mostra, até se chegar, no mais das vezes, a uma visibilidade que se deseja total. Surgem, assim, novas versões dos gêneros autorreferentes que desembocam na exibição das cada vez mais enaltecidas e espetacularizadas entidades: o *eu* e a *vida* (SIBILIA, 2008, p. 33-34).

¹²⁶ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/903096-proxima-edicao-do-bbb-ja-tem-10-mil-inscritos-diz-boninho.shtml>>. Data: 15.04.2011. Acesso em 10 mai. 2011.

Nesse contexto, surge uma dúvida sobre a relação que se estabelece entre as pessoas e o sistema das mídias. Em uma sociedade da exposição, da corrida desenfreada por uma presença pública qualquer ainda faz sentido preocupar-se com a defesa de uma privacidade que parece refutada pelos comportamentos sociais?

Rodotà (2008, p. 280-281) é categórico ao afirmar que sim, pois estaríamos diante de um *eu* dividido, também merecedor de tutela, que pretende gozar, ao mesmo tempo, dos benefícios da publicidade e das garantias da reserva, e, portanto, mesmo àqueles que voluntariamente procurem a publicidade, não se deve, por este motivo, eliminar a necessidade de privacidade que repentinamente venham necessitar. Portanto, ao contrário de estabelecer censuras ou guias morais, é preciso recompor esse *eu* dividido, definindo qual âmbito de privacidade que todos, pessoas “públicas” e gente “comum”, possuem, também em situações como esta, tendo como referência antes de tudo o princípio da dignidade, do qual deriva a exigência do respeito às pessoas.

Não foi esta, contudo, a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, confirmando o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela, em sede de agravo de instrumento, indeferiu o pedido formulado por três participantes do *reality show* “Ídolos” da Rede Record para que as cenas da sua eliminação da competição não fossem para o ar.

O argumento dos participantes eliminados foi o de que sofreram ofensas desonrosas e violadoras de sua dignidade, o que justificaria a rescisão do contrato assinado para a participação no programa e, uma vez obtida tal desconstituição, não seria mais possível à agravada valer-se da imagem dos agravantes. Alegaram ainda que várias cláusulas do contrato seriam nulas, porque violariam os princípios gerais do direito civil e a dignidade da pessoa humana especialmente a que prevê o seguinte (cláusula 9ª): “[...] o participante entende que poderá revelar e que outras partes poderão revelar informações sobre ele de natureza pessoal, particular, vergonhosa e não favorável. Entende que a contribuição ao programa poderá ser explorada de forma pejorativa, vergonhosa e/ou de forma desfavorável [...]”.¹²⁷

Contudo, o Relator do recurso, o Desembargador Alexandre Freitas da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que:

Ora, não pode haver dúvida de que os agravantes sabiam, exatamente, no que estavam se inscrevendo ao lançarem-se (sic) como candidatos do *reality show*. Além disso, manifestaram sinceramente suas vontades, tanto que não buscam a anulação do negócio jurídico por vício de consentimento, mas sua “rescisão”. E quem se inscreve em um *reality show* sabe, exatamente, o que lhe espera. A exposição a que

¹²⁷ TJRJ. 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0015710 – 75.2011.8.19.0000. Agravantes: Alexandre Mirabelle Zago e Outros. Agravado: Rede Record de Televisão. Relator: Des. Alexandre Freitas Câmara, Acesso em 01.mai.2011.

seriam submetidos era conhecida, e a ela sinceramente se submeteram. Devem, pois, arcar agora com as consequências de seus atos.

Essa decisão, embora em sede de agravo de instrumento, já nos permite analisar várias questões, tais como: a funcionalização dos institutos jurídicos, como o contrato, à realização da pessoa humana; a possibilidade de revogação do consentimento na hipótese de limitação ou renúncia à própria vida privada, a despeito de não se tratar de hipótese de vício de consentimento, considerando-se que se está diante de aspectos existenciais da pessoa; e a natureza jurídica do instituto do consentimento quando este envolver direitos da personalidade.

Adota como razão de decidir a posição de Silva que, em crítica a um dos critérios propostos por Sarmiento - o da análise das desigualdades (material e fática) - para a solução de hipótese de conflito entre autonomia da vontade e direitos fundamentais, cita como exemplo justamente os *Reality Shows* e afirma o seguinte:

[...] aqueles que participam dos chamados *reality shows*, tão em voga nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade das vontades*.

Com isso, quero salientar que o recurso a desigualdades (fática e material), ainda que possa ser usado como elemento da argumentação jurídica nesse âmbito, deve ser encarado com extrema reserva. Parece-me que o decisivo é a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela (SILVA, 2005, p. 176)

E continua afirmando que o recurso ao conceito de *desigualdade fática* proposto por Sarmiento é problemático, porque (i) o conceito é utilizado como sinônimo de desigualdade material; (ii) o conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes, os direitos fundamentais da parte materialmente mais fraca devem ser protegidos, (iii) o que ignoraria o jogo de forças no interior da relação que pode ser muito mais relevante e pode não estar vinculado à condição material dos envolvidos.

Conclui, portanto, que a desigualdade material eventualmente existente entre as partes não intervém necessariamente na *autenticidade das vontades* e, tão pouco, na *sinceridade* no exercício da autonomia privada, não havendo, assim, razão que justifique a intervenção nessa relação jurídica para se proteger os *direitos fundamentais restringidos*. Presumir que a desigualdade material entre as partes é capaz de influenciar a *sinceridade* no exercício da autonomia privada daquela parte mais “débil” na relação seria um equívoco, embora possa ser utilizado como elemento da argumentação jurídica.

No entanto, embora consideremos que, a despeito de existir ou não desigualdade material e fática entre as partes, a ponderação do caso concreto devesse tomar caminhos diversos, motivo pelo qual não defendemos a proposta de Sarmento (2004, p. 308) para a solução da decisão judicial objeto de análise, este próprio, ao propor o critério da existência e do grau de desigualdade fática nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ressalva o seguinte:

[...] a influência da desigualdade fática na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não comporta simplificações equivocadas e não cabe dentro de fórmulas matemáticas. Há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e não podem ser equiparadas pelo intérprete.

Portanto, temos que, embora lhe tenha sido endereçada crítica, a partir do exemplo dos *reality shows*, não concordamos com Silva, pois a sua proposta nos parece desconsiderar, com mais força, que todos os institutos jurídicos presentes no ordenamento jurídico, inclusive o contrato, devem ser funcionalizados à realização da pessoa humana, e não a razões outras e, a partir daí, decorrem uma série de implicações fundamentais para a sua tutela que se pretende adequada e ampla, e não o contrário.

O primeiro ponto que a decisão judicial sugere ser objeto da nossa reflexão diz respeito ao fato de ter o julgador ignorado que o indivíduo neutro e abstrato do direito civil codificado deu lugar no cenário das relações de direito privado à pessoa humana para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo, de modo que todos os institutos jurídicos como família, propriedade e contrato tornam-se funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Portanto, a dignidade da pessoa humana passa a ser o valor que remodela as estruturas e a dogmática do direito civil brasileiro, operando a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, de modo que é a pessoa que se encontra no ápice do ordenamento devendo submeter o legislador, o intérprete e o magistrado (TEPEDINO, 2000).

Por ser a pessoa humana categoria central do ordenamento jurídico, o intérprete deveria ter partido da premissa de que o contrato que foi celebrado entre as partes, antes de mais nada, deve ser funcionalizado à realização da pessoa e da sua dignidade para ser merecedor de tutela. Por isso, a despeito do consentimento quanto ao uso da imagem e da divulgação de aspectos da vida privada dos participantes, esta manifestação de vontade não realiza o princípio da dignidade da pessoa humana, já que aspectos da vida privada do participante poderiam ser explorados de forma vergonhosa e não favorável, como dispõe a cláusula 9ª do contrato celebrado: “[...] o participante entende que poderá revelar e que outras partes poderão revelar informações sobre ele de natureza pessoal, particular, vergonhosa e não

favorável. Entende que a contribuição ao programa poderá ser explorada de forma pejorativa, vergonhosa e/ou de forma desfavorável [...]”.

Embora contratualizados, aspectos existenciais da pessoa jamais perdem a sua natureza, de sorte que não se tornam objeto de mercancia, pois a pessoa é sujeito e objeto de tutela, sendo equivocado tratá-los como se bens jurídicos fossem. Portanto, embora os participantes do *reality show* e a emissora de TV tenham contratualizado aspectos existenciais dos primeiros, não há falar em transferência de titularidade.

Fachin (2000, p. 124), acerca do tema, é categórico afirmando que, quando uma pessoa faz da sua imagem um instrumento de vendas de algum produto não a torna algo suscetível de mercancia, de modo que não se pode dizer que a imagem passou a pertencer a outrem. E conclui: “há certos direitos personalíssimos que têm dupla feição, sentidos em que um fim não anula o outro”.

Deixado claro que não há transmissibilidade de aspectos existenciais da pessoa em favor de outrem, ainda que tenham sido contratualizados, relevantíssimo é verificar se a revogação do consentimento, nestes casos, seria possível. Esse é o segundo ponto a ser investigado.

Pois bem. A decisão considerou apenas o seguinte: que “não pode existir dúvida de que os agravantes sabiam, exatamente, no que estavam se inscrevendo ao lançarem-se (sic) como candidatos do *reality show* (...). E quem se inscreve em um *reality show* sabe, exatamente, o que lhe espera (...)”, deixando evidente que considera que, se houve o consentimento prévio, expresso e informado daquele que nele se inscreveu, não pode em momento posterior alegar arrependimento, pois sua vontade manifestada não foi viciada e se não houve vício na manifestação da vontade, esta foi *sincera* e *autêntica*, devendo, pois, “arcar com as consequências de seus atos”.

Contudo, nem mesmo os agravantes sustentam que suas vontades, quando manifestadas para a formação do contrato, foram viciadas, tanto é que não alegam qualquer uma das hipóteses de vício do consentimento capaz de torná-lo ineficaz ou mesmo nulo. Ao requererem ao Judiciário que as cenas da sua eliminação não fossem transmitidas, argumentam que “durante a gravação das cenas em que foram eliminados foram assacados com afirmações desonrosas, violadoras de sua dignidade”, pretendem, em verdade, que a cláusula geral da tutela da pessoa humana, prevista constitucionalmente, recaia sobre o contrato celebrado. E, quando se manifestam contrariamente ao consentimento dado, também o fazem de forma *autêntica* e *sincera*, não?

Aqui, identificamos outro ponto de convergência com o consentimento para o tratamento de dados pessoais. Isto porque, em se tratando de situações existenciais, o consentimento, justamente pela necessidade de se estabelecer paradigmas diferenciados em relação às questões patrimoniais, deve ser considerado *qualificado*. Essa qualificação do consentimento, por sua vez, é traduzida da seguinte forma: será sempre pessoal, maior importância será dada à vontade subjetiva do declarante do que àquela declarada, será revogável, devendo ser expressa, clara, atual e esclarecida¹²⁸.

No entanto, a partir da “sinceridade no exercício da autonomia da vontade e da autenticidade das vontades” quando da celebração do contrato para participar do *reality show*, a decisão estabelece que manifestação em contrário dos participantes, no caso dos eliminados, não teria cabimento, pois sabiam exatamente o que esperar de um *reality show*, desprezando o fato de terem contratualizado aspectos existenciais e não meramente patrimoniais.

Um breve parêntesis deve ser aberto a fim de se chamar a atenção acerca da noção de autonomia privada e de negociabilidade, que não se confundem. Autonomia privada importa na faculdade conferida pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregular seus próprios interesses, constituindo ainda um requisito historicamente mutável utilizado para definir a obrigação e o contrato, e, assim, delimitar o âmbito de aplicação das normas a eles relativas. Já a negociabilidade serve para verificar a idoneidade de um determinado bem enquanto objeto de atos de autonomia. Todavia, os atos negociais não se exaurem em atos de conteúdo patrimonial, pois “(...) la centralità, nel vigente sistema giuridico, della persona umana e l'emergere di tanti nuovi aspetti non patrimoniali della stessa, rendono criticabile la ricostruzione in chiave esclusivamente patrimonialistica degli atti di autonomia” (PERLINGIERI *apud* MEIRELES, 2006, p. 221).

Portanto, é criticável que a autonomia privada, que não está limitada às situações subjetivas de interesse patrimonial, seja regulada pelo mesmo esquema envolvendo situações existenciais e questões patrimoniais. Portanto, toda e qualquer análise do caso concreto em que a autonomia da vontade se manifeste em aspectos existenciais da pessoa, é preciso que o intérprete esteja atento para não conferir-lhe foco patrimonialista.

A esse respeito já foi dito que, quando a autonomia da vontade diz respeito a um aspecto existencial da pessoa, deve ser mais intensamente tutelada do que se cuidar de questões patrimoniais, isto porque “[...] os direitos fundamentais não podem aspirar uma força conformadora de relações privadas dado que isto significaria um confisco substancial da

¹²⁸ Acerca do consentimento qualificado, confira: MEIRELES (2009, p.213-216) e KONDER (2003, p. 61-62).

autonomia pessoal”. (CANOTILHO *apud* SARMENTO, 2004, p. 310) E, nas palavras de Sarmento (2004, p. 310):

[...] A submissão aos direitos fundamentais pelos particulares pode levar à asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como “politicamente corretas”, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais.

Entendemos, contudo, que esta perspectiva é muito útil caso a análise do merecimento de tutela datasse de quando os selecionados para participar do programa estivessem às vésperas de assinar o contrato com a emissora de televisão. Imagine-se, por exemplo, que o Ministério Público ajuizasse ação civil pública visando impedir que essas pessoas celebrassem esse mesmo contrato por considerá-lo violador da dignidade da pessoa humana, especificadamente em virtude do teor da cláusula 9ª. Neste caso, por se tratar de ato de autonomia da vontade que versa sobre aspecto existencial da pessoa, tutelá-la mais fortemente e não os direitos fundamentais em jogo, imagem e vida privada, por exemplo, sob pena de se sufocar a própria autonomia privada, seria o mais adequado.

Por fim, a natureza jurídica do consentimento quando este é manifestado em situações que envolvam aspectos que dizem respeito aos direitos da personalidade também deve ser analisado.

Aqui identificamos um ponto de convergência entre a proteção de dados pessoais e a tutela da vida privada, quando contratualizada. Como na proteção de dados pessoais, considerados verdadeira extensão da personalidade, devem ser, sob essa perspectiva, tratados como tal e não como bens jurídicos de conteúdo meramente patrimonial. Portanto, se o consentimento para o tratamento dos dados pessoais não deve ser considerado ato negocial, mas sim unilateral, podendo, por esse motivo, ser revogado a qualquer tempo e incondicionalmente, o mesmo deve ocorrer na hipótese em que há autolimitação ou renúncia de aspectos da vida privada, porque, inquestionavelmente, dizem respeito, também, à sua personalidade.

O Conselho Superior da Justiça Federal, acerca da limitação voluntária dos direitos da personalidade, publicou enunciado na I Jornada de Direito Civil no seguinte sentido: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária desde que não seja permanente nem geral” e, por sua vez, sustentando a possibilidade do titular da imagem retratar-se quanto ao consentimento dado, por entender ser a retratação “inerente ao direito da personalidade, seja porque não pode ser disponível ou limitado em caráter permanente ou

quando sua utilização resulte em dano ao titular, cuja extensão adequadamente não podia prever”, afirma Lôbo (2008, p. 103):

Não é o direito da personalidade que pode ser autolimitado, mas exclusivamente seu exercício, em tempo definido [...] Não há extinção ou renúncia ao direito, mas suspensão temporária de seu exercício que será restabelecido ao termo final. Cabe ao aplicador do direito verificar se a limitação afeta o núcleo essencial do direito da personalidade, ou da preservação da dignidade da pessoa humana. [...] A autolimitação há de ser expressa e indiscutível [...] Por outro lado, ainda quando haja consentimento, é permitida a retratação que consiste na possibilidade do titular da imagem revogar o consentimento, cabendo ao prejudicado o direito à indenização que comprovadamente resultar desse ato. A retratação é inerente ao direito da personalidade, seja porque não pode ser disponível ou limitado em caráter permanente ou quando sua utilização resulte em dano ao titular, cuja extensão adequadamente não podia prever [...].

Na Itália, Rodotà (2006, p. 109-110) já se manifestou sobre o assunto e categoricamente afirmou que para a limitação ou a renúncia à intimidade é suficiente o consenso adequadamente informado, devendo ser, contudo, manifestado em condições de efetiva liberdade, mas “o que deve ser garantida é a possibilidade de recuperar plenamente a intimidade perdida, em primeiro lugar mantendo o poder de revogar o consentimento já manifestado”.

Mota Pinto (2000, p. 81-82), no mesmo sentido, afirma que, por imposição da tutela da dignidade da pessoa não é possível outra conclusão a não ser aquela que considere a limitação dos direitos da personalidade sempre revogável, não sendo o consentimento vinculante. Assim:

Por outro lado, não é correcto falar aqui em disposição dos direitos da personalidade, pois a limitação é sempre revogável. Uma execução específica da limitação convencional atentaria contra os mais elementares direitos da personalidade. Por outro lado, não se poderá recorrer a meios de coerção ao cumprimento, como a sanção pecuniária compulsória, justamente porque o consentimento não é vinculante, e pode ser livremente revogável [...].

Considerando que o direito também não é indiferente a eventuais danos cometidos em função de conduta abusiva, assim como na revogação do consentimento no tratamento dos dados pessoais, em que a abusividade da conduta pode ser constatada pelo intérprete, que pode se utilizar de mecanismos como o do abuso do direito ou do *venire contra factum proprium*, não se exclui a possibilidade do titular do direito “indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte, sendo certo que a eficácia da revogação não pode nunca ficar dependente desse ressarcimento” (MOTA PINTO, 2000, p. 81-82) ou de qualquer outro ato.

3.3. Alguns critérios de ponderação entre a vida privada e a liberdade de expressão

Não só a doutrina como a jurisprudência vem pouco a pouco propondo critérios de ponderação entre vida privada e liberdade de expressão, de sorte a tornar a atividade jurisdicional mais racional e substancial, menos subjetiva e mais previsível. A aplicação direta dos princípios constitucionais às relações jurídicas e a priorização das situações existenciais àquelas patrimoniais, ao contrário do que alguns possam pensar, permite que o sistema tenha mais e melhores condições de atender melhor à segurança jurídica, porque a ambiguidade intrínseca aos dispositivos normativos tende a diminuir ou mesmo a desaparecer se, ao interpretar a regra, o juiz é capaz de motivar sua aplicação explicitando o princípio jurídico que serve para justificá-la no caso concreto (VALLAURI *apud* MORAES, 2010).

Antes de mais nada é importante notar que não só aspectos da personalidade como vida privada, imagem e honra frequentemente estão em algum nível de choque com a liberdade de expressão, mas também entre si a definição de seus contornos também não é tarefa das mais fáceis. Isto porque a concepção de vida privada, aliás, felizmente, tem se afastado daquela que se limitava a evitar “interferências externas” se aproximando cada vez mais de uma concepção “ativa” e dinâmica. Percebeu-se que a construção da personalidade é um processo constante e que o indivíduo deve ter liberdade para ele próprio determinar as modalidades de construção da sua vida privada.

O primeiro ponto a ser observado diz respeito à insuficiência do binômio pessoa notória-local público como único critério de ponderação do caso concreto. Como já ressaltado neste estudo, a Constituição em momento algum fez qualquer espécie de restrição à tutela da vida privada àqueles que eventualmente desempenhem atividades, qualquer que seja a natureza, que despertem o interesse dos veículos de comunicação e do público, ainda que seja por puro entretenimento¹²⁹. Com efeito, não se deve exigir que “as pessoas, sobretudo as famosas, presumam que são objeto permanente de vigilância alheia, tendo em vista que as tecnologias permitem um grau de intrusão cada vez maior” (LEWICKI, 2006, p. 213), além do que se estaria ignorando as especificidades do caso concreto e negando que é principalmente nos espaços públicos que o indivíduo deve ter liberdade para se expressar.

Hoje o estar em público carrega ainda mais peculiaridades quando se constata que a tecnologia tem se vergado para o uso malicioso e manipulador capaz de criar situações ou de alterá-las, o que levará inevitavelmente a análises equivocadas, pois o magistrado não estará

¹²⁹ A propósito, Andrade (2006, p. 116) afirma: [...] as pessoas notórias poderão, em comparação às pessoas comuns receber proteção menor em relação a aspectos de sua privacidade. Esta premissa não significa, porém, que a notoriedade ou a dimensão pública da pessoa seja um atributo capaz de retirar-lhes de modo absoluto o direito ao resguardo da vida privada, especialmente no que disser respeito aos seus contornos mais íntimos.

diante do caso concreto, mas do caso “criado”. Cresce em importância, portanto, a verificação de como a tecnologia foi utilizada para captar a imagem ou a informação acerca da pessoa.

Essas questões, aliás, não passaram despercebidas para Schreiber (2008, p. 248):

Em primeiro lugar, a invocação da publicidade do local revela-se imprópria quando o uso da tecnologia configura artifício inesperado e até malicioso. Absurdo assim que, como no episódio Cicarelli, se diga pública a praia ao crepúsculo, onde alguns casais permanecem, e onde carícias trocadas na praia podem ser captadas à longa distância, ampliada, “corrigida”, de modo que, suprimindo-se a precária iluminação natural, um afago a meia-luz acabe se convertendo em uma cena de alta definição e impactante clareza [...] é de se rejeitar, em segundo lugar, a qualificação de qualquer pessoa como pública, a sugerir que nenhum aspecto de sua vida privada permaneça a salvo de lentes indiscretas. A taxação de atrizes, atletas, políticos, como “pessoas públicas”, a autorizar uma espécie de presunção de autorização à divulgação de suas imagens, ou a suscitar, ainda, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinente ao próprio retratado.

Nesse cenário, os códigos profissionais de ética assumem importante papel na ponderação dos interesses em jogo, mostrando-se valiosas ferramentas de suporte ao direito de modo a mensurar o quanto a conduta daquele profissional afastou-se das melhores práticas¹³⁰. Não só em relação à atividade jornalística, mas as especificidades de outras atividades são elementos de análise que o intérprete em muitas hipóteses não pode desconsiderar, sob pena de deixar escapar aspectos relevantes do caso concreto, além do que, a exclusiva percepção do magistrado pode levar a incontornáveis equívocos (LEWICKI, 2006, p. 217).

Caso paradigmático na Itália em que a conduta da imprensa foi fortemente levada em consideração foi aquele envolvendo o ator George Clooney, que chamou a autoridade garante da privacidade dos dados pessoais para intervir em seu favor, em virtude da captação e da divulgação da sua imagem, sozinho ou em companhia de seus hóspedes, seja no interior de sua residência ou na sua propriedade, a chamada Villa Oleandra, situada ao redor do Lado de Como, na Itália, por entender que foram abusivas, além de terem, no seu entender, violado as normas de proteção da pessoa e do seu domicílio, diante da utilização de lentes de aumento e da transposição de barreiras físicas existentes ao redor da propriedade colocadas justamente com o objetivo de impedir a visão do seu interior.

Negando o alegado, as editoras, as agências de fotografia e os fotógrafos envolvidos sustentaram que todas as imagens foram tomadas de fora da propriedade do ator, eram

¹³⁰ A propósito, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros prevê que o jornalista deve *rejeitar alterações nas imagens captadas que deturpem a realidade, sempre informando ao público o eventual uso de recursos de fotomontagem, edição de imagem, reconstituição de áudio ou quaisquer outras manipulações* (art. 12, inciso V). Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em 04 jun. 2011.

facilmente visíveis do seu exterior, inclusive a olho nu, dispensando a utilização de técnicas invasivas.

Em janeiro de 2010, a autoridade garante entendeu que algumas fotografias do ator George Clooney publicadas pelas revistas italianas “*Novella 2000*” e “*Chi*”, bem como pelo site do jornal “*Corriere della Sera*”, em agosto de 2009, foram obtidas de forma ilícita determinando a proibição da sua divulgação por estes veículos de comunicação italianos.

A importância da decisão do órgão italiano garante da privacidade, que acolheu parcialmente o pedido de Clooney, é revelada pelo fato de, ao estabelecer limitações à liberdade de imprensa, o faz levando em consideração não só a forma de captação das imagens divulgadas, como também a existência ou não da expectativa de privacidade do retratado.

Indo além, a decisão revela a expectativa em torno de uma imprensa que também tutele o indivíduo, ao definir que, se é verdade que a colheita de dados pessoais deve sempre ser permeada pela transparência e pela licitude, com mais razão se efetuada no exercício da atividade jornalística, rechaçando veementemente a alegação por parte da imprensa de terem os retratados, em outras ocasiões, implicitamente consentido ser objeto de atenção da imprensa, dispondo que, sendo pessoa notória ou não, tenha a notícia interesse público ou não, a transparência e a licitude na obtenção dos dados pessoais devem estar sempre presentes, sobretudo em matérias jornalísticas¹³¹.

Chamada a intervir em outras situações, a autoridade garante da privacidade, de forma ainda mais explícita, ressaltou a importância da imprensa observar o seu código deontológico, que estabelece que a divulgação de notícias que não sejam essenciais à finalidade jornalística deve ser evitada, sobretudo quando se trata de informações acerca da saúde de uma pessoa. Confira:

Non si possono diffondere dati clinici sui quotidiani se questi dati non risultano "indispensabili" ai fini del diritto/dovere di cronaca [...] L'Autorità, nel dare ragione alla coppia, ha ribadito che il codice deontologico dei giornalisti stabilisce che nei servizi giornalistici deve essere evitata la divulgazione di notizie non indispensabili alle finalità giornalistiche, in particolare per quanto riguarda le informazioni sullo stato di salute di una persona identificata o identificabile.¹³²

¹³¹ Note-se que a autoridade garante da privacidade deixou claro que a questão conexa referente ao domicílio não é da sua atribuição, por se tratar de matéria restrita ao poder judiciário. Fonte: *Newsletter Notiziario Settimanale*, ANO XII n. 333 dell'11 gennaio 2010. Disponível em: <www.garateprivacy.it>. As mesmas ponderações foram utilizadas pela autoridade garante em relação às fotos captadas e divulgadas de Silvio Berlusconi. Fonte: *Comunicato Stampa*, 19 giugno 2009 e 11 settembre 2009. Disponível em: <www.garateprivacy.it>. Acesso em 24 abr. 2010.

¹³² *Diritto di cronaca e dettagli eccessivi.. Newsletter* n. 312 del 16 settembre 2008. Disponível em: <<http://www.garateprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1547388>>. Acesso em 04 jun. 2011 (tradução livre: “Não se pode difundir em jornais dados clínicos se esses dados não se mostram indispensáveis para se atender a

Portanto, aspectos como a contribuição ou não da informação publicada para o debate democrático e de interesse geral, a existência ou não da expectativa de privacidade do retratado, a forma de captação das imagens divulgadas, se lícita e transparente, a observância dos princípios estabelecidos no código de conduta da atividade jornalística, bem como a recusa da alegação de que os retratados, em outras ocasiões, implicitamente, teriam consentido ser objeto de atenção da imprensa, o que justificaria por si só a divulgação de aspectos da vida privada, se ponderados, podem e muito auxiliar na busca da solução mais adequada para o caso concreto.

No Brasil, a doutrina também vem trazendo alguns parâmetros que se destinariam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, tais como, a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato (fato que é notícia por si, como uma enchente ou uma eleição, ou que se torna notícia apenas por conta da pessoa envolvida), a existência de interesse público na divulgação em tese, a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos e a preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação (BARROSO, 2003, p. 88-92).

Sarmiento (2011), por sua vez, entende que um parâmetro essencial seria “a natureza mais ou menos pública do biografado, de modo que quanto mais as atividades de uma pessoa a situarem no espaço público, mais reforçada deve ser a proteção da liberdade de expressão e do direito à informação, e menos intensa a tutela dos direitos à privacidade, honra e imagem do indivíduo”. Já para as pessoas que não desempenham ou não desempenharam um papel de maior relevo na vida social, a proteção dos direitos da personalidade tenderia a ser mais forte. Este parâmetro se justificaria porque “existiria um legítimo interesse da sociedade em conhecer a trajetória daqueles que mais se destacaram no cenário social”. E continua: quando este destaque estiver associado ao exercício do poder político, econômico, social ou cultural a justificativa torna-se ainda mais evidente, pois “uma das funções mais importantes do acesso à informação é justamente ampliar o controle social sobre o poder”

O Poder Judiciário também vem se esforçando para explicitar os parâmetros utilizados na ponderação entre direitos da personalidade e liberdade de expressão.

finalidade de direito-dever da informação (...) A autoridade, ao dar razão ao casal, insistiu que o código deontológico dos jornalistas estabelece que nos serviços jornalísticos deve ser evitada divulgação de notícias não indispensáveis a finalidades não jornalísticas, em particular quando as informações dizem respeito ao estado de saúde de uma pessoa identificada ou identificável”).

Sem obedecer a uma ordem rigorosa, algumas linhas mestras têm sido traçadas, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça, tais como, a aferição do interesse público da notícia ou se se trata de mexerico ou fofoca (STJ. Terceira Turma. REsp 984.803. Rel. Min. Nancy Andrighi. publ. DJ 19.08.2009)¹³³, a veracidade ou verossimilhança da notícia, sua atualidade, a continência e a pertinência do fato noticiado, a notoriedade da vítima, a ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar, bem como se o jornalista cumpriu adequadamente o dever de diligência na apuração da reportagem antes de publicá-la.

Em primeiro lugar, examina-se, concretamente, se a notícia revela interesse público, ou seja, se contém conteúdo informativo ou educativo ou se se trata de especulação, mexerico ou fofoca, até porque a informação em uma sociedade democrática mostra-se sempre como uma mensagem política, o que justificaria, por outro lado, “a redução do âmbito de proteção aos direitos da personalidade, no caso dos políticos” [...], “quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo” (STJ. Teceira Turma. REsp 1.025.047. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 05.08.2008).

Com efeito, “a informação em si, como coisa incorpórea, não é sempre e necessariamente relevante para o direito, mas a sua tutela varia em relação ao conteúdo da informação (tome-se como exemplo a privacidade (*riservatezza*) da pessoa) ou ao lugar ou à relação jurídica na qual os dados informativos são inseridos [...]” (PERLINGIERI, 2007, p. 238). Portanto, se a “informação como serviço postula a informação como bem”, para ser tutelada exige “uma utilidade socialmente apreciável e, ao mesmo tempo, encontre no ordenamento globalmente considerado uma avaliação em termos de merecimento de tutela (*meritevolezza*)” (PERLINGIERI, 2007, p. 235).

O interesse público, entendido como um dos fundamentos legitimadores do exercício da atividade da imprensa, vem a ser, para Miragem (2009, p. 40-41), uma das dimensões do “dever de pertinência”, no caso, a “externa”. Confira:

[...] é possível identificar três deveres principais, reclamados no exercício da atividade da imprensa. Primeiro, o *dever geral de cuidado* [...], em segundo lugar, o *dever de veracidade* [...], por fim, o *dever de pertinência*, o qual se articula em duas dimensões: uma *interna*, que se refere à adequação lógica entre o conteúdo dos fatos narrados e as conclusões apresentadas no conteúdo da informação, independentemente da circunstância de que se trate da narração de fatos ou da emissão de opinião acerca do fato. E uma segunda dimensão, *externa*, relacionada à relevância ou transcendência do conteúdo objeto de divulgação, que justifique validamente sua exposição para o público. Em relação a esta dimensão externa do

¹³³ “Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional”

dever de pertinência é que se vai reconhecer o *interesse público* como fundamento de legitimação do direito de divulgar determinados fatos verdadeiros, bem como seus limites.

Nas palavras de Rogato (2009, p. 16), *in verbis*: “un sacrificio dei diritti individuali della persona è comunque condizionato a un effettivo vantaggio della collettività, che si realizza solo nell’ambito di un esercizio del diritto di informazione rigidamente disciplinato”,¹³⁴ de modo que a divulgação de fatos lesivos de direitos individuais somente se justifica no reconhecimento desta função, qual seja, a capacidade de condicionar a gestão da *polis* sob um duplo aspecto: i) orientar a opinião pública e sugerir regras úteis de experiência; ii) chamar a atenção dos poderes públicos para problemas importantes da coletividade.

Ao lado da veracidade¹³⁵ (ou verossimilhança)¹³⁶ da notícia, deve vincular-se o requisito da continência material (ROGATO, 2009, p. 11), entendida esta como a proporção entre o juízo crítico e o fato criticado, vale dizer, o juízo de desvalor não pode exceder o estritamente necessário para o cumprimento do interesse público, impedindo-se quaisquer insinuações maliciosas.¹³⁷ Além disso, no que se refere à pertinência, afirma Emanuela Rogato, *in verbis*: “la notizia riportata nella cronaca e la valutazione espressa nella critica devono essere in rapporto di stretta correlazione con il tema trattato e con l’interesse sociale alla loro conoscenza” (ROGATO, 2009, p. 21).¹³⁸

¹³⁴ Tradução livre: o sacrifício de direitos fundamentais da pessoa humana deve estar seja como for condicionado a uma real vantagem da coletividade, que se realiza apenas no âmbito de um direito de informação adequadamente disciplinado.

¹³⁵ “A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade” (STJ, Terceira Turma, REsp 984.803, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.08.2009).

¹³⁶ “O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará [...] A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente” (STJ, Terceira Turma, REsp 984.803, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.08.2009).

¹³⁷ “As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é a honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima que não pode ser ultrapassada” (STJ, Quarta Turma, REsp 706.769, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, publ. 27.04.2009).

¹³⁸ Tradução livre: no que se refere à pertinência, a notícia e sua avaliação crítica devem estar em relação de estrita ligação com o tema tratado e com o interesse social à sua publicidade

Quanto à atualidade da notícia, devem ser aceitas restrições temporais dos fatos, especialmente no que se refere à crônica judiciária e policial, porque a prevalência da relevância social subsiste contemporaneamente à investigação e ao processo e durante um certo tempo sucessivo à denúncia ou julgamento, tendendo a diminuir com a passagem do tempo. Portanto, é certo que difusões tardias ou novas difusões são muito mais afetas a causar dano moral ressarcível, dada a sua menor justificativa social (FIORE *apud* MORAES, 2011, p. 602).

Verifica-se, igualmente, se houve intenção de ofender ou abuso do direito de informar,¹³⁹ até porque, ainda que verdadeiros, se os fatos divulgados pela imprensa configurarem “inútil lesão à dignidade da pessoa”, a notícia que os tenham vinculado, para Perlingieri (2007, p. 186-187), pode ser considerada ilícita. Confira:

[...] deve ser apreciada a orientação que, mesmo em presença da verdade dos fatos, configura como ilícita a sua crônica e a sua valoração quando elas forem realizadas com inútil lesão à dignidade da pessoa [...] A informação realizada desse modo não é funcionalizada por fora, por objetivos determinados pelo legislador para atender interesses gerais, mas é condicionada por dentro, pela própria razão profunda do seu reconhecimento: contribuir à promoção, à formação e informação, isto é, ao desenvolvimento da personalidade dos consociados, sem excluir aqueles que são objeto de crônica ou de crítica. Os valores deontológicos da lealdade e da boa-fé e o respeito à verdade substancial dos fatos não representam ordem interna aos jornalistas, mas se traduzem em deveres de comportamento [...].”

Portanto, se é certo que apenas a ofensa sentida pelo noticiado não gera dever de indenizar, também o é se se constata que a notícia apenas significou o exercício da liberdade de expressão, resumindo-se ao direito-dever de informar; e, portanto, não tendo havido, excesso ou dolo, não se configura o dever de indenizar.

O Superior Tribunal de Justiça não tem exigido, por outro lado, que o jornalista apure os fatos de forma exaustiva, nem proceda à colheita de provas cabais como condição para publicar a notícia, pois tal tarefa cabe inequivocamente ao poder judiciário, embora a Ministra Nancy Andrighi já tenha afirmado que “o compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação, nos termos do art. 7º do código de ética dos jornalistas”¹⁴⁰.

¹³⁹ “[...] não prospera o argumento de que inexistia o *animus* de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização do dano moral é medida que se impõe” (STJ. Quarta Turma. REsp 706.769. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. publ. 27.04.2009:).

¹⁴⁰ Assim foi julgado o processo cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi: [...] A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. A honra e imagem dos cidadãos não são violadas quando se divulgam informações

Registre-se que a honra frequentemente vem sendo utilizada pelo STJ como medida para a liberdade de informação. Ou seja, se a honra não foi ofendida no caso concreto, a liberdade de informação, na hipótese da notícia ser verdadeira e de interesse público, sua publicação não violaria qualquer dos aspectos da personalidade do indivíduo. Embora se enxergue aqui evidente esforço para se conferir maior racionalidade às decisões judiciais, percebe-se a dificuldade na delimitação de contornos precisos entre aspectos da personalidade. Isto porque, ao mesmo tempo em que coloca a honra como termômetro da liberdade de informação, a justificativa parece ser a existência da esfera íntima do indivíduo. Confira:

[...] É de se ressaltar que as pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada [...]. (STJ. Quarta Turma. Recurso Especial 713.202/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03.08.2010.)

Mesmo não se tratando de ofensa à vida privada, objeto do nosso estudo, mas, sim, à imagem, vale destacar julgado do STJ que, considerando o art. 20 do CCb “o arquétipo normativo da proteção da imagem”, demonstra a mesma dificuldade, pois utilizou a honra subjetiva, que considerou ofendida, para justificar o deferimento de indenização por danos morais por ofensa ao direito à imagem. Assim:

[...] No caso em julgamento, a revista, ao publicar as imagens da atriz, com dorso frontal desnudo, em meio absolutamente diferenciado daquele inicialmente concebido para o trabalho artístico, causou dano à autora. Isso porque a veiculação de imagens desse jaez, em ambientes diversos dos recônditos em que normalmente transitam publicações de cunho sensual, possui a virtualidade de causar, na pessoa retratada, ofensa à sua honra subjetiva, em razão da circulação de sua imagem - até então destinada a certo trabalho artístico - em local diverso daquele contratado e autorizado [...]. (STJ. Quarta Turma. Recurso Especial 1.200.482/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 07.02.2011)

verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público [...] O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial [...] Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional [...]. (STJ. Terceira Turma. REsp 984803/ES. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. DJe 19/08/2009 RT vol. 889 p. 223)

Nesse mesmo julgado, as observações do Ministro Raul Araújo Filho merecem destaque, tendo demonstrado este Ministro preocupação em revelar todas as peculiaridades do caso concreto. Seu único “pecado” foi ter realizado detalhada ponderação quando da análise do pedido de indenização por danos materiais, tendo, no entanto, votado pelo deferimento da indenização por danos morais por considerar *a dor, o sofrimento e a humilhação* presumidos.

O seu voto foi além da alegação de ausência de autorização da retratada e do previsto no art. 20 do CCb sobre o direito de imagem, ressaltando que a matéria teria tido finalidade informativa, em sintonia, aliás, com a proposta jornalística da revista, criticando o programa de televisão, do qual a recorrente participava, por entender estar sendo exagerada a utilização de cenas sensuais e, ao fazê-lo, estaria exercendo seu direito de crítica.

Quanto à escolha da foto para ilustrar a matéria, congelada a partir de uma cena da minissérie, entendeu que o veículo de comunicação teve como objetivo reforçar a sua opinião sobre o programa, já que mostrava a atriz sem roupa, considerando, por outro lado, que teria havido exagero na exibição da foto, o que teria caracterizado conduta abusiva por parte da revista.

E conclui afirmando que, se se acolhesse a tese da proibição da publicação de fotos obtidas a partir de cenas veiculadas pela televisão pelo fato de que um momento muito rápido, instantâneo se perpetuaria no veículo impresso - o que, por si só, já implicaria em ofensa à imagem para a recorrente - se estaria desconsiderando não só a análise da pertinência da foto com a matéria, como também que “a imprensa escrita (jornais e revistas) ficaria então prejudicada na sua liberdade e apenas a que veicula imagens por televisão poderia ter ampla liberdade, porque pode fazer seu trabalho numa fração de segundos [...]”.¹⁴¹

¹⁴¹ Por relevante, remete-se ao trecho do Voto-Vogal do Ministro Raul Araújo Filho, que votou com o Ministro Relator, no Recurso Especial 1.200.482/RJ (STJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 07.02.2011): [...] Penso que o que sobressai na matéria retratada na revista IstoÉ é a finalidade informativa, aquela própria da atuação jornalística dessa revista. Não vejo fim comercial na publicação dessa matéria, pelo menos como sendo o principal, o precípua, mas, sim, a finalidade informativa. Dentro da finalidade informativa, parece-me, pretendeu a revista tecer críticas ao programa veiculado na rede de televisão. [...] A revista tecia crítica quanto ao que entendia como sendo o exagero na utilização de sensualidade naquela minissérie – é a visão da revista – e quis expor as fotos relativas às cenas que foram exibidas para, certamente, sustentar ou fortalecer a argumentação que o contexto da matéria veiculava. Houve um certo exagero na exibição da foto? A revista poderia ter sido menos generosa na exposição dessa cena? Talvez. Penso que sim. Daí, quanto ao dano moral, entendo que a atriz possa ter-se sentido - e creio que se sentiu, sinceramente – exposta além do necessário, o que lhe deve ter causado alguma dor moral, que está bem avaliada no voto do eminente Ministro Relator nessa parte relativa ao dano moral. Não vejo, entretanto, como se possa ter dano material por uso indevido de imagem. Por exemplo, em um jogo de futebol de domingo pode alguma cena trazer um desconforto para alguém. Se procedermos como quer a autora da ação, transformaremos a questão em uma verdadeira censura aos órgãos de imprensa que não poderão veicular livremente as cenas do jogo de futebol, porque tudo ali se passou num segundo, e a foto da cena instantânea no jornal se perpetua, inevitavelmente. Isso é inerente à própria matéria. A chamada imprensa escrita (jornais e revistas) ficaria então prejudicada na sua liberdade e apenas a que veicula imagens por televisão poderia ter ampla liberdade, porque pode fazer seu trabalho numa fração de segundos. Penso que não podemos chegar a tanto [...]”.

O Ministro Aldir Passarinho Junior votando, igualmente, pelo indeferimento dos danos materiais, entendeu cabível a indenização por danos morais - em que pese também a tenha associado à angústia e ao sofrimento - em virtude do excesso que considerou ter havido quanto à escolha da foto para ilustrar a matéria. Considerou que o indenizável seria o abuso no uso da imagem e não a publicação, por si só, da foto por veículo de imprensa diverso sem autorização da retratada. Além disso, ressaltou a importância de se diferenciar o contexto da publicação da fotografia. No caso, se tratava de foto ilustrativa de crítica jornalística. Outra hipótese, e por isso não poderia ser mencionada como “precedente”, é aquela em que fotos de atriz veiculadas em revista masculina da sua escolha foram publicadas, sem sua autorização, em jornais de circulação nacional, capaz, portanto, de alcançar público diverso e infinitamente maior do que aquele que objetivava quando celebrou o contrato com revista especializada. Confira:

[...]Preocupa-me o direito de imprensa, a liberdade de imprensa. Toda revista semanal - IstoÉ, Veja, Época, etc. - tem, nas últimas páginas, uma seção em que se debate filme, literatura, televisão. O contexto em que foi posta a reportagem está dentro da crítica literária e da crítica televisiva. Esse foi rigorosamente o contexto, na seção própria, o que difere evidentemente do outro precedente, da atriz Maitê Proença, em relação à divulgação em jornais de fotos publicadas na *Playboy*, como também já houve precedente de outra atriz com algumas fotos da *Playboy* publicadas na *Tribuna da Imprensa*, que julguei no passado. As situações são diferentes, e elas têm de ser identificadas caso a caso [...]. Dentro dessa circunstância, parece que atrelar isso a uma jurisprudência vinculada à divulgação de fotos em revista masculina é totalmente diferente. Penso que a imprensa realmente tem o direito de fazer sua crítica, e isso é aceito [...]. Agora, sem dúvida nenhuma, houve um excesso da revista, porque, das várias cenas selecionadas, foram escolher exatamente uma mais chamativa [...]. A matéria é válida como crítica, mas, sem dúvida nenhuma, houve um excesso, e, nesse excesso, parece-me, o cabimento está no ressarcimento pelo direito de imagem, pelo abuso do direito de imagem - se fosse em outras circunstâncias não - a causar angústia, sofrimento por essa exposição desnecessária da forma como feita e desautorizada [...]. Mas dano material não defiro.¹⁴²

Interessante aspecto que chamou atenção da doutrina italiana a partir da pesquisa de julgados envolvendo o *diritto alla riservatezza*, em matéria cível, proferidos entre 1953 e a edição da lei italiana n. 675/1996 sobre dados pessoais, foi a realização de perícia técnica em apenas seis casos pesquisados (3,7%), em que pese, muitas das vezes, a questão objeto de julgamento ter também dimensão técnico-científica.

Esta mesma tendência é percebida no Brasil, já que em nenhum dos julgados pesquisados constatou-se a realização de perícia técnica; portanto, nessa semelhança reside a relevância em se trazer para este estudo alguns pontos de vista que servem, ao menos, para

¹⁴² Trecho do Voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, que votou com o Ministro Relator, no Recurso Especial 1.200.482/RJ (STJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 07.02.2011.)

nossa reflexão, já que o esforço aqui, e lá, é no sentido de auxiliar o magistrado a prolatar decisões mais racionais.

Afirmou-se, por exemplo, que a potencialidade lesiva de uma mensagem, escrita ou verbal, é teoricamente medida por índices que formam o objeto de disciplinas autônomas como a “mass-mediologia” e a sociologia da comunicação e que a exatidão e o valor intrínseco de uma reconstrução histórica, esta particularmente delicada não só quando envolve episódio de grande repercussão pública, como a relação entre Mussolini-Petacci, mas também quando os fatos ocorridos e os personagens envolvidos são historicamente secundários, não deveriam prescindir do apoio técnico de um historiador. Se a divulgação de um fato ultrapassou ou não os limites da continência, embora este conceito possa parecer ser de difícil aplicação na prática, é assunto que pode ser decidido mais facilmente por um crítico literário ou artístico do que por um jurista.

Na hipótese de se entender que o apoio técnico para se aferir se houve ou não lesão à privacidade seria difícil ou desaconselhável no curso do processo, para fins de liquidação do dano, defende-se que tal medida seria fundamental, sobretudo para que a decisão leve em consideração alguns critérios objetivos considerados relevantes, tais como a tiragem diária de um jornal, a audiência de uma transmissão pela televisão, bem como as consequências da lesão sobre a esfera psicológica, imagem, profissão e sobre as chances futuras do indivíduo que foi lesado.

Constatada a resistência dos juízes em confiar na palavra de um perito, ou de uma junta multidisciplinar, as críticas ao judiciário foram inevitáveis, chegando-se à conclusão que os juízes tendem a confiar mais nas próprias percepções acerca da privacidade, com base nas suas experiências e na sua própria sensibilidade, prevalecendo, portanto, a figura do juiz que decide isoladamente, segundo sua consciência, mas, também, com alguma dose de discricionariedade, para não dizer arbítrio (FERRARI; PISTONE, 2000, p. 2-22).

Quando se procura buscar parâmetros de ponderação do caso concreto não se quer outra coisa senão tornar as decisões judiciais mais racionais e previsíveis. No entanto, é necessário ter imenso cuidado para, nesse esforço, não se acabar lançando mão do “precedente”, como assinalado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior. Do contrário, por via indireta, se estará deixando de considerar todas as particularidades da pessoa naquela relação jurídica, bem como as circunstâncias do caso concreto que, em última análise, nortearão o quanto um direito fundamental deve ser mais intensamente tutelado ou não. Não sendo essas especificidades bem apreendidas e expostas pelo julgador, ponderação não terá havido, mas sim um mero exercício de escolha pelo direito que lhe pareça mais relevante.

CONCLUSÃO

A privacidade ainda hoje traz consigo carga semântica que se ressent de uma adequada reformulação à luz da mudança da posição da pessoa humana que passou a ocupar o papel central no ordenamento jurídico. É fundamental não deixar de lado compreendê-la não como uma realidade natural, mas sim uma realidade histórica, construída de diversas maneiras por sociedades determinadas, não existindo uma privacidade de limites definidos para sempre, e sim um recorte variável da atividade humana.

Entendida não mais como o direito ao recato ou o direito a ser deixado só, definições datadas do Estado burguês, a privacidade impõe-se hoje como direito fundamental da pessoa, especifica-se como direito à construção da sua personalidade e como pré-condição da cidadania, tendo importância, igualmente, para a própria sociedade democrática, configurando-se como requisito de outras liberdades fundamentais.

Para um direito que até a Constituição de 1988 não existia, a privacidade ocupa espaço amplo demais. Questões patrimoniais, como as que envolvem sigilo bancário e fiscal, e aspectos existenciais da pessoa, como vida privada, intimidade, imagem e honra, são identificados como expressão do direito à privacidade, embora tenham sido tutelados autonomamente pelo constituinte originário.

A privacidade, portanto, acabou por comportar, na prática, funcionalidades não relacionáveis entre si, exigindo algum esforço para identificá-las. A razão não é outra senão garantir que a privacidade possa ser efetivamente tutelada mediante a utilização de remédios adequados para este fim.

A inserção de funcionalidades tão diversas na órbita da privacidade não é, contudo, característica singular brasileira, mas, ao contrário, é sentida seja nos Estados Unidos, onde a *privacy* nasceu, seja na Itália, País cuja Constituição também põe a pessoa e não seu patrimônio no centro do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, foi demonstrado que a privacidade, ao contrário do que alguns ainda sustentam, independentemente do sistema jurídico de que estivermos falando, é fundamentada não só pela dignidade, como também pela liberdade, não havendo qualquer razão, sequer fundamento constitucional, para se insistir em cisões dessa ordem. Ao se tutelar a privacidade, inquestionavelmente, se estará também tutelando a liberdade. Liberdade para que cada indivíduo construa a sua própria personalidade e a desenvolva sem sofrer discriminações, e nisso também reside o respeito à sua dignidade.

E, ao contrário do que muitos possam pensar, é possível sim conferir sistematização à privacidade sem, contudo, engessá-la. O primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo direito europeu, que, desde 1996, padronizou a proteção de dados no espaço da União Europeia, a partir da Diretiva 95/46/CE, que, aliás, se encontra em processo de revisão.

O Brasil, em matéria de proteção de dados, caminha em direção ao modelo europeu, sistemático e detalhado e com forte carga principiológica específica para o tratamento dos dados pessoais, sem, contudo, abrir mão do auxílio de códigos profissionais de conduta e de outros métodos de tutela como a responsabilidade civil e a autorregulamentação para determinados setores.

Iniciando recentemente suas discussões acerca da privacidade ao submeter à consulta pública Anteprojeto de lei de proteção de dados e da privacidade, de iniciativa do Ministério da Justiça, ainda que com uma certa defasagem em relação a outros países, o Brasil poderá contar com uma rica experiência internacional para que o perfil de sua própria normativa contemple as necessidades específicas do tratamento automatizado e massificado dos dados pessoais¹⁴³.

Esse momento de intensa movimentação normativa se justifica pela crescente importância do estabelecimento de instrumentos eficazes para garantir a privacidade e a liberdade do cidadão diante de novas técnicas de tratamento de informação pessoal. Daí emerge a primeira tendência da privacidade: a de que os dados pessoais devem ter tratamento específico.

Antes de mais nada é importante ter em mente que o Código Civil em vigor contém preocupação marcadamente patrimonialista. Portanto, a importação acrítica dos institutos jurídicos nele previstos como instrumentos de tutela de situações existenciais, ao invés de auxiliar na tarefa de tutelar a pessoa da forma mais ampla possível, podem implicar em soluções jurídicas marcadamente reducionistas, inadequadas e, portanto, inconstitucionais.

A procedimentalização do tratamento dos dados pessoais se mostra uma forma inteligente não só de prevenção de danos, mas também de tutelá-los a partir da previsão de princípios específicos que se concretizam através de uma série de mecanismos que os acompanham em sua circulação, sem concentrar-se no sujeito titular ao qual é relacionada, estabelecendo limites à informação em si, e nisso reside a sua objetividade, o que não ocorre com a vida privada.

¹⁴³ Em 15.08.2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709, de 14.08.2018, que alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), com previsão de vigência após decorridos 18 (dezoito) meses da data da sua publicação oficial (art.65)

Além disso, um “núcleo comum” identificado por um conjunto de princípios específicos para o tratamento dos dados pessoais revela com quais questões todo ordenamento jurídico deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais, dentre os quais, o da finalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da transparência, da exatidão, do livre acesso, da responsabilidade, da prevenção, da boa-fé objetiva e da segurança física e lógica, etc..

É certo, ainda, que não se atribui um “direito aos dados pessoais”, mas sim à sua proteção, de sorte a afastar qualquer ideia de um direito subjetivo que teria como objeto os dados pessoais.

O consentimento do titular dos para o tratamento dos dados pessoais, visto como um processo e não como um evento isolado, nas situações existenciais, sofrerá interferência na sua forma e no seu conteúdo. Sob o aspecto formal, deve ser não só manifestado previamente, como também livre e informado, cabendo àquele que pretende manipulá-los assegurar que realmente o titular dos dados tem condições de compreender as implicações do consentimento e que efetivamente as compreendeu. Quanto ao seu conteúdo, justamente pelo fato do eixo do ordenamento jurídico ter sido alterado da autonomia de vontade de caráter econômico para a efetivação dos princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana irá exigir que a livre esfera de decisão individual que consinta com o tratamento de dados deixe de ser um valor em si, passando a concretizá-la.

Portanto, como regra geral, no tratamento de dados pessoais, a concretização da dignidade da pessoa humana deve ser priorizada à escolha individual. É sob essa perspectiva que o consentimento nessa temática não será puramente formal, como o consentimento tradicional, que é estrutural e funcionalmente pensado para a prática de atos de natureza patrimonial e não atuará apenas contra vícios extrínsecos que possam macular o exercício pleno da vontade do titular dos dados, assumindo, ao contrário, os contornos de um ato unilateral. Se assim é, a sua revogação pode ocorrer a qualquer tempo, hipótese, aliás, expressa no Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e da privacidade.

Ainda sobre o consentimento qualificado, foi visto que se deve sempre priorizar a vontade interna e não a declarada, o que não significa dizer que as hipóteses de abuso não sejam relevantes para o direito, sendo certo que mecanismos como o abuso do direito, mais especificamente o *venire contra factum proprium*, podem e devem ser utilizados.

Já em relação às situações jurídicas que, embora se encontrem no âmbito da privacidade, mas que não digam respeito aos dados pessoais, não se identifica a mesma tendência à procedimentalização como ocorre no tratamento dos dados pessoais.

Quanto à autorização prévia para a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, conforme redação do art. 20 do CCB, infelizmente não vem recebendo da doutrina maiores críticas, além de estar sendo aplicado pela jurisprudência, em que pese não possuir respaldo constitucional, já que nenhum direito fundamental é absoluto, não sendo possível estabelecer *a priori* a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, ignorando-se o caso concreto.

Aliás, a crise da dicotomia público *versus* privado nessa temática assume importância fundamental, até mesmo para se chamar a atenção quanto ao equívoco daqueles que pensam estar tutelando o indivíduo em detrimento da sociedade ao aplicar o art. 20 do CCB. Isto porque, em verdade, o compromisso constitucional é com a pessoa na sua intersubjetividade e, portanto, o chamado interesse “público” deve ser funcionalizado sempre ao desenvolvimento da pessoa, indicando tão somente que quantitativamente é capaz de viabilizar melhor e com mais eficiência sua tutela.

Levar, portanto, o art. 20 do CCB à risca implica em considerar a vida privada um direito fundamental absoluto, embora não o possa ser. Ignorar que direitos, igualmente fundamentais, como a liberdade de expressão, estariam sempre, para serem reconhecidos no caso concreto, nas mãos daquele sobre quem se pretende noticiar ou contar sua história, é, em verdade, deixar de lado a Constituição e regredir, indiscutivelmente, à concepção individualista e egoísta da privacidade, ignorando que não há mais a noção de direito subjetivo absoluto atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, mas sim a de situação subjetiva complexa, expressão do princípio da solidariedade, não mais uma virtude, mas sim um dever de natureza jurídica.

Não por acaso que dois projetos de lei encontram-se em tramitação no Congresso Nacional a fim de alterar a redação do art. 20 do CCB para determinar que a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade. No entanto, chama-se atenção para o seguinte fato: enquanto a redação do art. 20 do CCB não for alterada, nada impede que o intérprete, no caso concreto, proceda a sua leitura à luz dos valores superiores constitucionalmente previstos, calhando sua aplicação somente em hipóteses excepcionálíssimas, como sugerem alguns doutrinadores, e sempre após a ponderação entre os direitos fundamentais que estejam em rota de colisão no caso concreto.

A despeito da carga semântica que vem sendo utilizada pela doutrina e pela jurisprudência para vida privada, intimidade e privacidade, apenas a título de sugestão e para

prestigiar a terminologia constitucionalmente prevista, sugeriu-se que, dentro da privacidade, a intimidade seja funcionalizada pela proteção dos dados pessoais, e a vida privada, de caráter residual, seja funcionalizada pelas situações jurídicas ativas e passivas que envolvam o direito de cada pessoa de construir autônoma e livremente sua personalidade, cabendo à República, que lhe tem como fundamento, remover todo e qualquer obstáculo que impeça uma pessoa de se desenvolver plenamente, sem amarras de qualquer tipo.

Em seguida, foram abordados alguns critérios de ponderação que têm sido utilizados quando, no caso concreto, vida privada e liberdade de expressão estão em conflito, seja pela doutrina, nacional e estrangeira, pela jurisprudência nacional, pela Corte Europeia de Direitos Humanos ou ainda pela autoridade garante da privacidade na Itália, tais como: a aferição do interesse público da notícia (“dever de pertinência externa” para alguns) ou se se trata de mexerico ou fofoca, a veracidade ou verossimilhança da notícia, sua atualidade, a continência e a pertinência do fato noticiado, a notoriedade da vítima, a ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar, bem como se o jornalista cumpriu adequadamente o dever de diligência na apuração da reportagem antes de publicá-la.

Outras questões interessantíssimas levantadas pela doutrina italiana foram aqui reunidas, sobretudo porque nos julgados pesquisados notou-se que a postura do Poder Judiciário brasileiro é semelhante.

Foi dito que, apesar da potencialidade lesiva de uma mensagem, escrita ou verbal, ser teoricamente medida por índices que formam o objeto de disciplinas autônomas como a “mass-mediologia” e a sociologia da comunicação, nos julgados envolvendo vida privada, em pouquíssimos julgados houve apoio técnico pericial.

Além disso, considerado imprescindível o apoio técnico de um historiador em questões envolvendo a exatidão e o valor intrínseco de uma reconstrução histórica que envolva episódios de grande repercussão, ou mesmo personagens historicamente secundários, não foi, contudo, verificado.

Aferir se a divulgação de um fato ultrapassou ou não os limites da continência, embora este conceito possa parecer ser de difícil aplicação na prática, é assunto que pode ser decidido mais facilmente por um crítico literário ou artístico do que por um jurista.

Por fim, afirma a doutrina italiana que, mesmo na hipótese de se entender que o apoio técnico para se aferir se houve ou não lesão à privacidade seria difícil ou desaconselhável no curso do processo, para fins de liquidação do dano, tal medida seria fundamental, sobretudo para que a decisão leve em consideração alguns critérios objetivos considerados relevantes, tais como a tiragem diária de um jornal, a audiência de uma transmissão pela televisão, as

consequências da lesão sobre a esfera psicológica, imagem e profissão e, ainda, sobre as chances futuras do indivíduo que foi lesado.

Constatada a resistência dos juízes em confiar na palavra de um perito, ou de uma junta multidisciplinar, as críticas ao judiciário foram inevitáveis, chegando-se à conclusão que os juízes tendem a confiar mais nas próprias percepções acerca da privacidade, com base nas suas experiências e na sua própria sensibilidade, prevalecendo, portanto, a figura do juiz que decide isoladamente, segundo sua consciência, mas, também, com alguma dose de discricionariedade, para não dizer arbítrio.

Dentre outros objetivos, tentou-se neste estudo demonstrar o quanto é importante que a doutrina se esforce para encontrar outros critérios que contribuam para a prolação de decisões mais racionais - abandonando-se cada vez mais fundamentações pautadas em “bom senso” - bem como para a atividade legislativa. É certo ainda que, como no tratamento dos dados pessoais, não se ignora que a prevenção de danos deve ser sempre buscada, pois não só pelo fato do desenvolvimento da responsabilidade civil ser todo nesse sentido, com mais força ainda deve se construir mecanismos de prevenção de danos quando o que está em jogo é a tutela de algum aspecto existencial da pessoa, como, aliás, é o caso do tratamento dos dados pessoais e da vida privada.

Espera-se que os passos aqui dados, em busca da identificação de contornos mais nítidos da privacidade, a partir de suas funcionalidades diversas que demandam soluções jurídicas próprias, incentivem a doutrina a continuar buscando refinar melhor o tema cuja importância é fundamental para a condição humana contemporânea e para o grau de democracia que se quer experimentar.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, José Roberto Neves. *Direito sobre a história da própria vida*. RT/Fasc. Cív. Ano 87, v. 749. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar., 1998.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela da personalidade. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção Constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. O jogo político não é reino do vale-tudo. *Caderno Tendências e Debates do Jornal Folha de São Paulo*. Data: 18.10.2008. Acesso em 02 ago. 2010.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- AVRITZER, Leonardo. Interesses privados e bem comum. *Caderno Tendências e Debates do Jornal Folha de São Paulo*. Data: 18.10.2008. Acesso em 02 ago. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.16, Rio de Janeiro: Padma, out.-dez, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. . Acesso em 18 jul. 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCAR, Daniel. *Proteção de dados da pessoa humana na Administração Pública*. Dissertação de mestrado (UERJ), 2008. 156f. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. 2008.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 3. ed.. Intr. e Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CARPENA, Heloísa. Abuso de direito à luz do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito à informação x direito à privacidade*. O conflito de direitos fundamentais. Revista da AMAERJ, n. 5, 2002.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, v.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DAMATTA, Roberto. O problema do passado. O Globo, 22.06.2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

D'OLIVO, Maurício. *O direito à intimidade da Constituição federal de 1988*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1996.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em 19 out. 2009.

_____. *Omo espiona você: Detergente OMO é colocado à venda com dispositivo GPS ativado automaticamente, sem a autorização do comprador*. 2010. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/?s=omo+promo%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 30 out. 2010.

_____. O que parece grátis é pago com seus dados. *Jornal O Estadão*. 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/o-que-parece-gratis-e-pago-com-seus-dados/>>. Acesso em 16 abr. 2011.

DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*. Revista de Informação Legislativa, ano 17, n. 66. Brasília: editora Senado Federal, abr./jun., 1980.

DOURADO, Maria de Fátima A. Marques. *Fundamentos do direito à intimidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ERDOS, David. *Systematically handicapped? social research in the data protection framework*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1762700>. Acesso em 23 jul. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRARI, Vincenzo e PISTONE, Valentina. COMINELLI, Luigi e FRATI, Silvia (colab.). *Cultura giuridica in formazione. Il concetto di riservatezza nella giurisprudenza civile*. In: Sociologia del Diritto, 2000. Disponível em:
<http://www.francoangeli.it/Riviste/Scheda_Rivista.aspx?idArticolo=15613&lingua=it>.
Acesso em 18 jul. 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. 88, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, vol. I, Parte Geral, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. I, Parte Geral, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Sidney, *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HESPANHA. António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2. ed.. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Direito à privacidade*. 1. ed.. São Paulo: Ideias e letras, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2003.

LE MOS, Ronaldo. *A internet não esquece*. Direito ao esquecimento: apagar o conteúdo publicado na rede será mais fácil para usuários. 2010. Disponível em:

<<http://revistatrip.uol.com.br/revista/186/colunas/a-internet-nao-esquece.html>>. Acesso em 23 mai. 2011.

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

_____. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2006.

_____. *O princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMBERGER, Têmis. *Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais*. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1767>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.34. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun., 2001.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Dos direitos e dos deveres: também no direito à privacidade*. In: Verba Juris. Tradução de Marcela Varejão. Ano 2, n.2. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba (UFPb), 2003.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L.. Direitos de Deveres individuais: incisos IX, X e XII do art. 5º da CF, um breve estudo à luz da internet. *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 45, ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 40. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez., 2009.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. *Direito à privacidade versus direito à informação*, *Revista de Informação legislativa/ Senado Federal*, n. 173, ano 44. Brasília: Unilegis, jan.-mar., 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *In: Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. *In: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O Princípio da dignidade humana. *In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Honra, Liberdade de Expressão e Ponderação. Comentários ao acórdão no REsp 1.021.688/RJ (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.07.2009). *In: FRAZÃO, Ana Oliveira e*

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MOTA PINTO, Paulo. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 21, 2000.

_____. *A proteção da vida privada e a Constituição*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXVI, 2000.

_____. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol.69, 1993.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: MELLO, Celso Albuquerque [et al.]; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NIGER, Sergio. *Le nuove dimensioni della privacy*. Disponível em: <<http://www.csdim.unical.it/ospiti/oralocale/30niger.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

OHM, Paul. *Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization*. . Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450006>. Acesso em 18. jul. 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun., 2000.

PAIANO, Daniela Braga. *Direito à intimidade e à vida privada*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/21084.pdf>>. Acesso em 27 jul. 2011.

PALAZZI, Pablo A. La intimidad de las telecomunicaciones a partir del fallo de la Corte Suprema en el caso “Halabi”. In: POULLET, Yves, ASINARI, María Verónica Pérez e _____. (coords.). *Derecho a la intimidad y protección de datos personales*. Buenos Aires: Heliasta, 2009.

PEREIRA, Marcela Harumi T. Direito à privacidade da Princesa de Mônaco *versus* liberdade de expressão na imprensa alemã. In: MELLO, Celso de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (dir.). *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional, 3.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINO, Giorgio. *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*. Disponível em: <http://www.unipa.it/gpino/Teorie%20e%20dottrine%20dei%20diritti%20della%20personalit%E0.pdf>>. Acesso em 27. jul. 2010.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade: liberdade de imprensa: danos por publicação de notícias. In: *Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PROST, Antoine e VINCENT, Gérard (orgs.). *História da Vida Privada*. Da Primeira Guerra a Nossos Dias, v. 5. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. MORAES, Maria Celina Bodin de (org., sel. e apres.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.

_____. *Intervista su privacy e libertà*. A cura di Paolo Conti. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_____. Transformações do Corpo. Título original: Trasformazioni del corpo. Tradução de Maria Celina Bodin de Moraes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.19. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004.

_____. *Il diritto alla privacy*. In: Il Grillo, 27.10.1998. Disponível em: <<http://www.emsf.rai.it>>. Acesso em 22 jul. 2010.

ROGATO, Emanuela. *Esercizio del diritto e tutela dell'onore* (2009). Disponível em: <<http://en.scientificcommons.org/45797469>>. Acesso em 27 jul. 2011.

ROLLA, Giancarlo. *Il difficile equilibrio tra diritto di informazione e tutela della dignità e della vita privata: brevi considerazioni alla luce dell'esperienza italiana*. Disponível em: <http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/comparato/agor.html. Acesso em 19.10.2010>. Acesso em 19 out. 2010.

ROMÁN, Eduardo López e MORA, Juan S. *Un análisis de la estructura institucional de protección de datos en España. Un análisis jurídico y económico de la incidencia de las autoridades de control españolas en la garantía del derecho fundamental de autodeterminación informativa*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/641_es.pdf>. Acesso em 23. jul. 2011.

ROSEN, Jeffrey. *The Unwanted Gaze*. New York: Random House, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

_____. Interesses Públicos vs. Interesses privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *Livres e iguais*. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional, 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel promocional do Estado. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional, 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O direito à informação. *Jornal O Globo*, Opinião. Artigo publicado em 26.02.2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais*. Disponível em:

<<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22 jul. 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade Civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. Os Direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coords.). *Diálogos sobre Direito Civil*, Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Venire contra factum proprium*. A proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIBILIA, Paula. *O show do eu*. A intimidade como espetáculo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SIERVO, Ugo de. *La privacy*. Seminario su i diritti fondamentali e la corti in Europa. Osservatorio Costituzionale. Disponível em: <<http://www.luiss.it/semcost/index.html>>. Acesso em 24 jul. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista DireitoGV*, vol. 1, n. 1, maio 2005.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

SILVA CHOERI, Raul Cleber da. *O direito à identidade na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Direito à intimidade e à liberdade de informação jornalística após a EC nº45/04. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, ano 4, n. 13. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun., 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, V. I. MORAES, Maria Celina Bodin de (atual.). 21. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOLOVE, Daniel J.. 'I've got nothing to Hide' and Other Misunderstandings of Privacy. *San Diego Law Review*. v. 44, p.745-772, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998565&rec=1&srcabs=535##>. Acesso em 16 out. 2010.

STEIN, Edward. *Introducing Lawrence v. Texas: some background and a glimpse of the future*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=520543>>. Acesso em 27 jul. 2011.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Informação e privacidade. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Editorial. Rio de Janeiro: Padma, v. 2, ano I, abr.-jun., 2000.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Trad. bras. de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Privacidad y Publicidad*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21, vol. I, 1998. Disponível em:
<<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaMateria.html?Ref=92841&idGrupo=estudiosCriticos>>. Acesso em 18 out. 2010.

WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *The Yale Law Journal*. Vol. 113:1153, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 4.ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p.627.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A liberdade da vida privada*. Uma abordagem crítica do exercício da liberdade de informação x a garantia da vida privada. Disponível em:
<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABRXwAE/hermes-zanetti-junior-a-liberdade-vida-privada>>. Editora CopyMarket.com, 2000. Acesso em 27 jul. 2011.