

Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

***INFINITO PARTICULAR:
PRIVACIDADE NO SÉCULO XXI E A MANUTENÇÃO DO
DIREITO DE ESTAR SÓ***

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi

INFINITO PARTICULAR : PRIVACIDADE NO SÉCULO XXI E A
MANUTENÇÃO DO DIREITO DE ESTAR SÓ / Mikhail Vieira de
Lorenzi CANCELIER ; orientador, JOSÉ ISAAC PILATI -
Florianópolis, SC, 2016.

271 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. DIREITO À PRIVACIDADE. 3. CENSURA. 4.
DIREITOS DA PERSONALIDADE . 5. DIREITOS FUNDAMENTAIS. I.
PILATI, JOSÉ ISAAC. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Infinito particular: Privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só

MIKHAIL VIEIRA DE LORENZI CANCELIER

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC – Orientador

Profa. Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros
PUC-RS – Membro

Profa. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz
UFRGS – Membro

Prof. Dr. César Luiz Pasold
UNIVALI – Membro

Prof. Dr. Gilson Jacobsen
UNIVALI – Membro

Profa. Dra. Leticia Albuquerque
UFSC – Membro

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.
Coordenador do PPGD

Florianópolis, 06 de dezembro de 2016.

Para Luiz Carlos, Cristiana e Arthur.

AGRADECIMENTOS

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) por ter financiado esta pesquisa. Aos colegas de doutorado, em especial à Professora Renata Raupp Gomes e ao Professor Valter Moura do Carmo. Aos servidores técnico-administrativos do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ-UFSC), em especial à Maria Aparecida Oliveira e à Rosângela Alves. Aos Professores Luiz Henrique Cademartori, Orides Mezzaroba e Ubaldo Cesar Balthazar, membros da banca de defesa prévia. Às Professoras Fernanda Medeiros e Maria Cláudia Cachapuz e aos Professores Cesar Luiz Pasold e Gilson Jacobsen por aceitarem fazer parte da banca de defesa desta Tese. À Professora Leticia Albuquerque, minha primeira orientadora, por ter acompanhado minha trajetória acadêmica, da graduação ao doutorado. À Professora Claudia de Feveri por traduções precisas e conselhos ainda mais. Ao Professor José Isaac Pilati, meu orientador, por ter me dado liberdade para construir este trabalho, por ter me ensinado tanto durante as aulas e orientações e por se demonstrar sempre interessado no que eu tinha a dizer. Ao Arthur, meu irmão, por interromper minha escrita com ligações divertidíssimas. Ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo e à Professora Cristiana Vieira Jacquemin, meus pais, por tudo, sempre.

“Só não se perca ao entrar no meu infinito particular.”

(Araldo Antunes, Marisa Monte e Carlinhos Brown)

RESUMO

Ainda podemos *estar sós*? Partindo dessa pergunta, esta Tese analisa a atual situação do direito fundamental à privacidade e seu exercício no âmbito privado, no contexto nacional. O foco, aqui, é na forma de manifestação mais tradicional do direito à privacidade, o *estar só*, modelo desenvolvido no final do século XIX por Samuel Warren e Louis Brandeis. No atual mundo digital a preocupação com a privacidade parece ser superada pelo desejo de compartilhamento de informações íntimas, movimento que incentiva a impressão de que já não há mais lugar para o espaço privado, protegido do constante olhar da sociedade. Reconhecendo o caráter essencial da privacidade para promoção da dignidade da pessoa humana, o legislador nacional optou por tutelá-la tanto por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto do Código Civil de 2002 sendo, desse modo, o direito à privacidade classificado como direito fundamental e direito da personalidade (positivado como *direito à intimidade* e *direito à vida privada*). Na legislação civil são dois os dispositivos que regulamentam o exercício da privacidade (artigos 20 e 21). Ambos tentam evitar a ocorrência do dano à privacidade, visto ser esse irreversível. Exigem, por exemplo, a autorização do detentor da informação privada para que essa seja comercializada. Ocorre que, em 2015, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, alterando a interpretação dos mesmos. A ADI foi relatada pela ministra Cármen Lúcia que, em seu voto, equiparou a necessidade de autorização prévia à censura, movimento proibido pela Constituição de 1988. Considerando que esse resultado retrata a maneira como a privacidade vem sendo compreendida tanto pela sociedade quanto pelo Estado, tal Ação foi escolhida para ilustrar esta pesquisa e serviu como base para nossa pergunta-problema: “Há inconstitucionalidade nos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002?”. Como hipótese inicial respondemos que não, acreditando que ambos os dispositivos estão de acordo com a Constituição vigente. O trabalho respeita o método dedutivo tanto em sua estrutura geral — iniciando com a análise e compreensão da privacidade, partindo para o entendimento do direito à privacidade, finalizando com estudo da ADI nº 4815 — quanto na estrutura interna de cada capítulo.

Palavras-chave: Privacidade; Direitos fundamentais; Direitos da personalidade; Censura; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Can we still *be alone*? Based on this question, the present thesis analyzes the current situation of the fundamental right to privacy, and its practice in the private sector within the national context. The focus here is the traditional manifestation of the right to privacy, the *aloneness*, a model developed in the late nineteenth century by Samuel Warren and Louis Brandeis. In the digital world of today, the concern for privacy seems to be overcome by a desire for sharing intimate information; this movement encourages an impression that there is no more room for private space, protected from the constant gaze of society. Recognizing the essentiality of privacy for the promotion of human dignity, the national legislature chose to monitor it both through the Brazilian Federal Constitution of 1988, as through the Civil Code of 2002, therefore, the right to privacy is classified as a fundamental right, and a right of personality (fulfilled as the right to intimacy, and the right to private life). In our civil law, there are two devices regulating the exercise of privacy (Articles 20 and 21), both of which try to avoid the occurrence of any damage to privacy, since it is irreversible. They require, for example, the authorization of the private information holder to disclose it. In opposition to the legal provision, in 2015, the Supreme Court judging the Direct Action of Unconstitutionality (DAU) No. 4815, filed by the National Association of Book Publishers - ANEL, declared, by an unanimous decision, the partial unconstitutionality of Articles 20 and 21 of the Civil Code of 2002, changing its interpretation and not forcing prior authorization for the disclosure of private information. The DAU was reported by Minister Carmen Lúcia Rocha, in whose opinion, equated the need for prior authorization to censorship; a prohibited movement by the 1988 Constitution. Considering that this result reflects the way privacy has been understood, both by society and the by the State, such Action was chosen to illustrate this research, and to serve as a basis for our research question: "Is there any unconstitutionality in articles 20 and 21 of the 2002 Civil Code?" As an initial hypothesis, our answer was no, believing that both devices are in accordance with the current Constitution. The work respects the deductive method, both in its general structure as the internal structure of each chapter.

Keywords: Privacy; Fundamental rights; Personality rights; Censorship; Federal Court of Justice.

RÉSUMÉ

Peut-on toujours *être seuls*? À partir de la proposition de cette question, le but de cette thèse est d'analyser la façon dont se manifeste actuellement le droit fondamental au respect de la vie privée, et son observance dans le contexte privé, au niveau national. L'accent est mis sur la manifestation la plus traditionnelle du droit au respect de la vie privée, *être seul*, modèle développé, à la fin du XIX^{ème} siècle, par Samuel Warren et Louis Brandeis. À l'âge du numérique, le respect de la vie privée semble être supplanté par le désir de partager des données privées, ce qui renforce l'impression que l'espace privé n'est plus, de nos jours, à l'abri du regard public. Le caractère essentiel du droit au respect de la vie privée a été reconnu par la législation et assuré par la Constitution de la République Fédérative du Brésil, aussi bien que par le Code Civil de 2002. Il y est classé comme droit fondamental et de la personnalité, établi comme *droit à l'intimité et à la vie privée*. Dans la législation civile il existe deux mécanismes qui règlent l'exercice du droit à la vie privée et, dans ce sens, essaient de le protéger contre les atteintes qui puissent advenir d'une quelconque action de l'extérieur, vu que ces atteintes sont considérées comme irréversibles. Il est nécessaire, par exemple, l'autorisation de celui qui détient l'information privée pour qu'elle puisse être divulguée. En 2015, cependant, lors du jugement de l'Action Directe d'Inconstitutionnalité n° 4815, la Cour Suprême, par unanimité, a déclaré l'inconstitutionnalité partielle des articles 20 et 21 du Code Civil de 2002. Son interprétation a été donc altérée puisqu'il ne sera plus nécessaire l'autorisation préalable en vue de la divulgation des informations privées. L'ADI fut examinée par la ministre Cármen Lúcia qui, dans son vote, a égalé la nécessité d'autorisation préalable à la censure, limitation interdite par la Constitution de 1988. Étant donné que cette décision dénote la manière dont le droit au respect de la vie privée est compris aussi bien par la société que par l'État, cette action a été choisie pour illustrer notre étude. Elle servira, aussi, comme point de départ de la question que nous posons, à savoir: "les articles 20 et 21 de Code Civil de 2002 sont-ils inconstitutionnels?" La réponse négative à cette question constitue notre hypothèse initiale, puisque nous croyons que les deux articles sont conformes à la Constitution en vigueur. Ce travail de recherche suit une démarche déductive, aussi bien dans sa structure générale que dans l'organisation interne de chaque chapitre.

Mots clés: Droit à la vie privée. Droits fondamentaux. Droits de la personnalité. Censure. Cour Suprême.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1 Sociedade e privacidade: a formação dos espaços público e privado, a digitalização do cotidiano e o perfil da privacidade contemporânea	39
1.1 A formação dos espaços público e privado: da Antiguidade ao Século XXI.....	41
1.2 A digitalização do cotidiano: invasão e evasão da privacidade.....	58
1.3 Afinal, o que é privacidade?.....	81
2 Direito à privacidade: a construção do direito, sua inserção no ordenamento jurídico nacional, seus limites e a censura	103
2.1 Um direito em construção: “ <i>The right to privacy</i> ” e o <i>direito de estar só</i>	106
2.2 A inserção da privacidade no ordenamento jurídico nacional: direito à intimidade e à vida privada.....	137
2.3 Limites do direito à privacidade e censura.....	158
3 O caso: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, o método e a alteração do entendimento sobre a privacidade contemporânea	184
3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815: fundamentação.....	189
3.2 Entre regras e princípios: metodologia.....	201
3.3 Podemos <i>estar sós</i> (?): o resultado.....	221
Conclusão	239
Referências	254

INTRODUÇÃO

Há um lugar onde podemos nos encontrar em nossa configuração mais honesta, podemos nos ver livres de qualquer censura externa e podemos nos despir das capas com as quais nos protegemos em nossas aventuras sociais. Ao adentrarmos esse universo, percebemos nosso pior e nosso melhor e, com qualidades e defeitos, ao longo da vida construímos, destruimos e novamente iniciamos a fundação de nossa identidade, de nossa personalidade. Bons e maus, somos imperfeitos e feitos de desejos que nos impulsionam a tentar, e nos freiam em forma de medos. Nosso infinito particular está aberto àqueles que são bem-vindos, e para esses que se atrevem a adentrá-lo, restam as descobertas.

Esse espaço é o que temos, todos, de mais essencial, pois é nele que nos formamos enquanto pessoas humanas e sem o qual perderíamos nossas características que, justamente, nos inserem nessa espécie de ser vivo. Desde que nascemos, começamos a ser preenchidos com informações que irão servir de base para que um lugar inédito e absolutamente nosso seja criado e, dessa forma, nossa alma, nosso coração, nosso cérebro — a depender de nossas convicções — ou todos esses se alimentam e se fortificam e, assim, nos edificamos.

Da mesma forma, desde o nascimento, nos comunicamos sem parar, seja consigo mesmo ou com o outro e também dessas comunicações seremos compostos. Vivemos nos relacionando. Relacionamentos que nos fazem crescer, nos violentam, nos traumatizam e arrefecem nossos ímpetos, contribuindo para que aquele lugar, só nosso, ganhe novas marcas e reconfigure-se, mantendo algumas bases, plantando outras e apagando excessos. Ademais, com

algumas pessoas, desejaremos dividir esse espaço e as convidaremos a compartilhar de nossa água, sem, contudo, abirmos mão dele, pois, pelo menos na configuração humana atual e no presente estado da tecnologia, isso não seria possível (e tampouco, em nossa opinião, desejável).

Natural e plenamente subjetivo, sendo a própria origem dessa tal subjetividade, o espaço íntimo é protegido de diversas formas e igualmente devassado de inúmeras maneiras. Primeiramente por vontade própria, podemos torná-lo restrito ao máximo e evitar, na medida do possível, que qualquer um tenha acesso a ele. Da mesma forma, também manifestando autonomia da vontade, podemos o tornar o mais aberto possível, nos expondo e divulgando a quem tiver interesse (e, muitas vezes, até àqueles que não apresentam interesse algum) nossas informações.

De jeito diverso, podemos verificar ações executadas na tentativa de invadi-lo, adentrando à força a esfera privada de terceiros, deleitando com aquilo que lá se encontra. Tal movimento — que não raramente é bastante eficaz em sua intenção — é frequente e faz parte do cotidiano de todos, com maior ou menor intensidade. Além disso, da mesma forma que a ameaça pode ser externa, também a proteção pode vir de fora e, nesse sentido, o próprio Estado manifesta-se de modo a tentar manter inviolável na maior medida possível o lugar íntimo de cada um; temos, então, a construção de um direito que irá tutelar e possibilitar o exercício diário de manutenção e engrandecimento desse espaço, direito esse que chamaremos, neste trabalho, de *direito à privacidade*.

Inserido pelo legislador constituinte no rol de Direitos Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à privacidade é positivado como direito à *intimidade* e à *vida privada*, tendo sido, também, a expressão *vida privada*, a opção do legislador infraconstitucional ao elaborar o Código Civil de 2002 e criar o capítulo “Dos Direitos da Personalidade”, no qual a privacidade está situada. Tal direito é maleável em sua definição, visto permitir diversas formas de manifestação, a depender do contexto no qual seu sujeito está inserido. Assim a intimidade é, normalmente, vinculada à configuração mais individualizada da privacidade, enquanto a vida privada envolveria, necessariamente, ao menos um interlocutor. Temos, também, a possibilidade de controle de dados e da autodeterminação informativa, vide a possibilidade de concessão de *habeas data* e diversos casos envolvendo, por exemplo, o comércio *online*. Ademais, há previsões de proteção à casa e à correspondência e, inclusive, menções à privacidade na legislação penal.

Sobretudo com a popularização e expansão da internet e, conseqüentemente, com a multiplicação das possibilidades de divulgação de informações relacionadas à invasão ou à evasão da privacidade, percebe-se que a relação das pessoas com essa qualidade vem sofrendo, no decorrer dos anos, algumas crises. Da mesma forma, tomando como exemplo os recentes casos de coleta compulsória de dados promovidos pela Agência de Segurança Nacional norte-americana, a relação do Estado com a privacidade de seus cidadãos — e de cidadãos de outros Estados — também se revela estremecida. Tamanha é a instabilidade nesse relacionamento que se percebe o

aumento no coro que pergunta: na sociedade contemporânea ainda há lugar para a privacidade?

É claro que a alteração de padrão comportamental é uma realidade, sobretudo em nossa rotina *digital* — que abarca cada vez mais aspectos de nosso cotidiano analógico. As ferramentas advindas das inovações tecnológicas são muitas e facilitam nossas atividades diárias. Compras em lojas demandam dados pessoais que são catalogados e arquivados e transações financeiras via *internet banking* nos poupam tempo em filas nas agências físicas. O preço indireto pago por essas facilidades é o compartilhamento de dados que, quando mal utilizados, podem causar graves danos à privacidade. No entanto, acreditamos que a maior revolução no binômio privacidade-tecnologia — e aquela que mais incentivou a mudança de comportamento social — foi a chegada e disseminação das redes sociais. *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, para citar alguns exemplos, cada um a seu modo, alteraram a forma como nos relacionamos e exigem, em troca do uso dessa nova esfera social, o *compartilhamento de informações*. E como compartilhamos.

Atualmente, não participar de uma rede social pode equivaler ao ostracismo na realidade *offline* e, diante de nossa necessidade de comunicação cedemos partes de nossa vida privada para as empresas que gerenciam as redes, digitalizando-nos e pulverizando nossa intimidade. A despeito dessa realidade, contudo, acreditamos que sim, ainda há espaço para o íntimo; ainda há espaço para o privado. Evidentemente que a formatação desse espaço mudou, mas, seja em público (*online* ou *offline*) ou dentro de casa, a manutenção da privacidade continua sendo essencial à condição humana e, em algum

nível (variável) mantém-se protegida. Ainda é possível *estar só* e exigir o respeito a esse espaço.

A curiosidade pela vida alheia fez da privacidade um produto altamente rentável, a ponto de nos depararmos com uma infinidade de *reality shows*, com as mais variadas temáticas que, basicamente, nos permitem adentrar o espaço privado de desconhecidos. No entanto, nesses casos, o próprio sujeito de direito opta pela exposição. São frequentes, contudo, os casos de violação à privacidade. A privacidade vende, dá audiência e gera lucro. O direito à informação e à liberdade de expressão são proferidos à exaustão para justificar as violações, e menções à necessidade de equilíbrio estigmatizadas como censura. Não há a preocupação com o fato de que o dano gerado à privacidade é absolutamente irreversível. Uma informação que deixa de ser privada nunca mais voltará a sê-lo e, no mais das vezes, o possível recebimento de indenização a título de danos morais não condiz com o alcance da violência executada.

Daremos destaque às biografias, obras extremamente importantes que colaboram muito com a conscientização e o conhecimento da sociedade. É preciso atentar, contudo, para o fato de que sua matriz está em um local subjetivo, privado e essencial à pessoa biografada sendo, desse modo, necessário o cuidado. Ao que parece, o legislador ciente do alcance do dano à privacidade e, com o objetivo de dificultar sua ocorrência, elaborou dois dispositivos (artigos 20 e 21) os quais, ao regulamentar o exercício do direito à privacidade nas relações privadas, demandam autorização prévia da pessoa sobre quem se escreve quando tal escrito for destinado à comercialização, salvo quando

as informações nele contidas sejam importantes à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Os referidos dispositivos ditam lógica preventiva tentando, num primeiro momento, impedir o dano. No entanto, não havendo autorização, está livre o biógrafo ou a editora que o representa acionar o Estado demandando a liberação das informações privadas, tendo em vista, dentre outros, a liberdade de expressão e o direito à informação. A depender do caso, o Estado pode considerar que, de fato, o material a ser divulgado é importante à sociedade, restringindo-se o direito à privacidade do biografado ou, de modo diverso, concordar com o excesso do que se pretende divulgar, mantendo a negativa original. Importa notar, contudo, que até que haja uma decisão, não haverá dano à privacidade.

Ocorre que, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil, determinando nova interpretação dos mesmos para que não seja mais necessária a autorização prévia do biografado para que sua biografia seja publicada. Desse modo, em nosso entendimento, a lógica preventiva foi alterada e, atualmente, permite-se, a priori, a ocorrência do dano e, caso esse seja confirmado, indeniza-se a vítima posteriormente. Ficou estabelecido que a redação dos artigos viola os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de pensamento e à liberdade de informação, além de promover o exercício da censura, proibida pela Constituição Federal de 1988.

Diante do resultado proferido, esta Tese será elaborada com o objetivo de oferecer posicionamento diverso daquele do Supremo Tribunal Federal e parte da seguinte pergunta: “Há inconstitucionalidade na redação dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002?”, tendo como resposta hipotética à questão a afirmação da adequação constitucional dos referidos dispositivos ordinários, ou seja, não há inconstitucionalidade.

Queremos demonstrar que ainda é possível, e necessário, exercer o direito à privacidade, sem que o mesmo seja confundido com censura, num movimento de resgate da importância do *direito de estar só*. Nesse intuito, elegemos a referida Ação como fonte ilustradora do atual entendimento da mais alta Corte do Judiciário nacional, visto que, por mais que o caso faça referência expressa às questões envolvendo biografias não autorizadas, seu resultado atinge diretamente o direito à privacidade como um todo, desvalorizando-o, de maneira geral, frente à liberdade de expressão.

Paralelamente ao objetivo principal e também para que o mesmo seja alcançado, faremos pesquisa histórica, buscando apresentar o desenvolvimento conceitual da privacidade e do direito à privacidade, além de expor como esse direito vem sendo exercido diante das ferramentas tecnológicas disponíveis na atualidade. Procuraremos diferenciar e analisar os movimentos de invasão e evasão da privacidade e suas consequências sociais e jurídicas. Também, mesmo não sendo um trabalho focado no instituto da responsabilidade civil, questionaremos a vinculação do direito à privacidade à reparação do dano com indenização, procurando defender a necessidade de tutela preventiva nesses casos, evitando-se, *a priori*, a ocorrência do dano. Estudaremos a

figura da censura, sua construção, atuação e proibição e também o faremos com as limitações ao direito à privacidade, positivadas em nossa Constituição. Ainda, considerando o caso analisado, trabalharemos as teorias de direitos fundamentais de Robert Alexy e Luigi Ferrajoli, comparando-as e extraíndo delas as informações necessárias ao nosso estudo.

Temos como método formal do trabalho o dedutivo, na estrutura da Tese, no todo e também no arquetar de cada capítulo. Iniciamos nossa pesquisa com a investigação da concepção geral de privacidade com o fito de formularmos um perfil específico para nosso contexto; em seguida passaremos a analisar o direito à privacidade, tendo como base o nosso ordenamento jurídico; finalmente, compreendidos privacidade e direito à privacidade, nos lançaremos ao caso concreto, estudando especificamente o voto da ministra relatora da ADI nº 4815, para então elaborarmos a resposta à questão inicialmente suscitada. A Tese será dividida em três capítulos e cada um deles receberá três subdivisões.

No primeiro capítulo o foco estará voltado para o desenvolvimento histórico-social da privacidade e sua função nas relações indivíduo-Estado/indivíduo-indivíduo/indivíduo-sociedade. Elegemos como período histórico de partida a Antiguidade Clássica e desse marco partiremos, passando pela Idade Média e a Modernidade. É na modernidade que a privacidade torna-se o artigo de luxo da classe burguesa que, no impulso da apropriação física dos espaços e da valorização da propriedade, passa a privilegiar, também, um local apenas seu, no qual possa manifestar seus ímpetus mais *íntimos*. A sociedade enquanto corpo uno, opinativo e julgador, fortifica-se e o

espaço privado recebe contornos de emancipador da pessoa, visto ser nele onde é possível manifestar os desejos, dando voz e corpo ao *Eu*. A privacidade não é mais um contraponto, apenas, do *público-Estado*, mas afirma-se como espaço de empoderamento ante a opressão do *público-Social*, configurando-se como verdadeira ferramenta de rebelião (burguesa) contra a sociedade. Busca-se a individualização, inclusive enquanto forma de *status*, pois ter acesso à privacidade é para poucos e possibilita o distanciamento das massas. A valorização do subjetivo influencia um novo fascínio pelo íntimo, próprio e alheio, e ganha força o movimento de mercantilização da privacidade, formando redes de notícias acerca da vida privada daqueles que a possuíam.

Chegaremos então ao Século XX que, marcado por intensas e velozes inovações tecnológicas, promove verdadeira mutação social, tornando as fronteiras entre público e privado mais elásticas, até o ponto de tornarem-se fluidas. A privacidade ganha novos adeptos e, aos poucos, deixa de ser sinônimo de *status*, desenhando-se como *necessária*. No século XX há uma revolução comunicacional e o produto *informação* populariza-se. O acesso à informação é mais rápido, e a sua divulgação também. A opinião pública continua fortalecendo-se e a socialização do privado passa a ser justificada pelo *bem comum*. No mesmo ritmo, aumenta o interesse do Estado pelo cidadão, não apenas no sentido de tutelá-lo e protegê-lo, mas, igualmente, para vigiá-lo. Informação é poder e controle, e não são poucas as ferramentas que permitem acessá-la. A *segurança nacional* e o *terrorismo* incentivam a vigilância, ampla e irrestrita. Somos todos espionados. Verificaremos então que, num movimento de contraposição à extrema devassa da

privacidade, esta deixa de ser vinculada estritamente ao indivíduo e passa a ser, também, relacionada à coletividade.

Ao final do século XX entra em cena a nova força motriz da sociedade. Temos a *internet*. Com a digitalização da documentação do cotidiano, todos querem compartilhar. Ver e ser visto torna-se uma obrigação, um padrão comportamental e a privacidade é posta diante de um novo desafio: não apenas é invadida como, constantemente, evadida. Ademais, com o admirável novo mundo virtual, o que é divulgado torna-se *permanente*. Nada será apagado. Nada será esquecido. Disponibilizamos a todo tempo, via textos ou imagens, nossos dados mais íntimos, de forma a tornar a exposição, na atualidade, uma necessidade.

Destacamos que optamos pelo termo *privacidade* em função da abrangência que esse permite, podendo englobar, como iremos demonstrar, a intimidade, a vida privada, o controle de dados, o segredo, dentre outras formas de manifestações do privado. Assim procederemos com a análise do termo privacidade e, também, das outras expressões que acabamos de citar, diferenciando-as e/ou aproximando-as.

Adiantamos desde já que tentar estabelecer uma definição única para *privacidade* não condiz com sua maleabilidade e elasticidade, características necessárias à sua efetivação. A proposta, desse modo, é construir um perfil adequado à nossa pesquisa e ao contexto no qual estaremos inseridos. Com este elaborado, partiremos ao estudo do direito à privacidade, sendo essa a função do segundo capítulo desta Tese. Também dividido em três partes, o capítulo será iniciado com o nascimento e construção do direito à privacidade de forma autônoma,

passando à sua positivação no ordenamento jurídico nacional e finalizado com a análise das figuras jurídicas que o limitam.

Tendo o artigo *The Right to Privacy*, elaborado em 1890 por Warren e Brandeis, como marco teórico, procederemos à análise desse texto, destacando seus fundamentos e objetivos, verificando os fatores que continuam presentes no atual direito à privacidade e aqueles que se tornaram obsoletos. Seguiremos com a pesquisa do material produzido acerca do direito à privacidade no decorrer do século XX, de modo a compreender como as mudanças sociais o afetaram e alteraram suas formas de tutela e exercício.

É importante notar que, a exemplo do bem que protege, o direito à privacidade é extremamente volátil, assumindo diversas formas de manifestação sempre vinculadas ao comportamento do sujeito e ao contexto no qual ele está inserido. Sendo então diversas as formas de manifestação e positivação do direito à privacidade, é essencial proceder com a análise de suas ramificações, como o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito ao sigilo, dentre outras. Ademais, será igualmente detalhada a relação entre privacidade e local onde ela se manifesta, sendo que um dos focos deste capítulo é compreender como a privacidade está presente no espaço público.

Em um segundo momento, voltaremos nossa atenção aos dispositivos elaborados pelo legislador pátrio para garantir e regulamentar a privacidade, inserindo-a tanto em nossa Constituição como no atual Código Civil. Será necessário trabalharmos com os conceitos e algumas teorias de direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, visto serem essas as opções formais do legislador ao

positivar o referido direito. Também levando em consideração a forma como o direito à privacidade foi inserido em nosso ordenamento, caberá uma breve análise do instituto da responsabilidade civil e sua relação com os danos causados em decorrência da violação da privacidade.

Daremos seguimento à pesquisa com a inserção de algumas garantias constitucionais que limitam o direito à privacidade, destacando a liberdade de expressão e o direito à informação. Ponto essencial deste capítulo, é o estudo da figura da *censura*, proibida *em todas as suas formas* — pela Constituição Federal de 1988. Com frequência, como demonstraremos em nosso texto, o exercício do direito à privacidade, ou seja, o ato de *privar* terceiros de determinadas informações, é confundido com o ato de *censurar*. Nossa intenção é estabelecer as diferenças entre ambos os conceitos de modo a demonstrar que eles não se confundem.

A exemplo do primeiro capítulo, ao final do segundo deveremos ter estabelecido a fisionomia do *direito à privacidade* — suas características fundamentais, formas de manifestação, sujeitos e limites —, que servirá de base para efetuarmos o estudo de caso que terá lugar no capítulo seguinte, o terceiro e último. Nele apresentaremos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 — mais especificamente o voto da ministra Cármen Lúcia, relatora da Ação — que teve como resultado a imposição de nova interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, alterando drasticamente a tutela e o exercício do direito à privacidade em âmbito nacional. Novamente, serão três partes: na primeira traçaremos um breve histórico da ADI nº 4815 e sua fundamentação; na segunda nos ateremos ao detalhamento da metodologia utilizada pela ministra Cármen Lúcia para a construção de

seu voto; na terceira interpretaremos os resultados da referida Ação, teceremos nossas críticas e, dessa forma, apresentaremos nossa opinião acerca da alteração hermenêutica determinada pelo Supremo Tribunal Federal.

O capítulo será iniciado com a retrospectiva dos fatos que culminaram com ADI nº 4815 e com a exposição de seus fundamentos. Em seguida, tendo sido a ponderação de princípios a opção metodológica eleita pela ministra Cármen Lúcia ao elaborar seu voto, será necessário nos debruçarmos sobre o modelo argumentativo desenvolvido por Robert Alexy. O objetivo não é adentrarmos profundamente o método do autor, mas proporcionar a melhor compreensão do resultado analisado. É nesse mesmo intuito que também iremos analisar a teoria garantista de Ferrajoli, como contraponto teórico à opção da ministra relatora. Ademais, será necessário conhecer melhor a corrente do *Direito Civil Constitucional*, tendo em vista sua frequente — e crescente — presença nas decisões do Judiciário nacional. Finalmente, iremos nos direcionar à resposta da pergunta inicialmente formulada e, interpretando os resultados proferidos na ADI nº 4815, com base na fundamentação construída no decorrer do trabalho, pretendemos apresentar a confirmação de nossa hipótese.

Nossa opção foi pelo foco na visão mais tradicional do direito à privacidade, *o direito de estar só*, e procuraremos demonstrar que tal modelo de exercício da privacidade continua sendo não apenas presente como indispensável ao bom funcionamento da sociedade e, dessa forma, merece continuar sendo tutelado de maneira adequada. Em nossa opinião a privacidade, nessa acepção, vem sendo mal compreendida e estigmatizada e pretendemos colaborar com melhora da

percepção desse fenômeno. Acreditamos residir aí o ineditismo da proposta de nossa pesquisa, o resgate da possibilidade social e do resguardo jurídico de *estar sozinho(a)*, não necessariamente no sentido literal, mas enquanto forma de proteção contra a presença incessante do *outro* — individual, social e estatal — em nossas vidas, de forma a colaborarmos com a viabilização da reconstrução de algum nível de *isolamento*, abstrato e subjetivo, da pessoa.

1 Sociedade e privacidade: a formação dos espaços público e privado, a digitalização do cotidiano e o perfil da privacidade contemporânea

“Há algo invisível e encantado entre eu e você [...].”

(de Arnaldo Antunes, Carlinhos Brown e Marisa Monte¹)

A relação da pessoa com o espaço onde vive consigo mesma vem passando por transformações ao longo do tempo. A forma como reagimos ao outro, como decidimos e escolhemos está diretamente relacionada ao “EU²” que desenvolvemos e, por outro lado, regras sociais e ferramentas criadas e inseridas em nosso dia-a-dia também nos impulsionam a agir de determinada forma, procedendo com a vida em sociedade e assim vivemos e nos relacionamos. Mesmo quem opta por uma vida de isolamento relaciona-se; relaciona-se com o ambiente onde habita, relaciona-se com diversos espaços e, relacionando-se, constrói sua existência. A depender de quem observa e de quem fala, esses

¹ Os trechos presentes no início de cada capítulo deste trabalho — assim como a epígrafe inicialmente referenciada — foram todos destacados de músicas selecionadas na discografia de Marisa Monte. São elas, respectivamente: *Infinito particular*; *A alma e a matéria*; *Cantinho escondido*; *Beija eu*; *Amor I love you*. A cantora — ou ao menos sua voz — é presença constante no universo privado do autor desta Tese, não podendo, em absoluto, ficar de fora desta empreitada.

² “Baseado na idéia de que o eu se constrói primeiramente a partir do outro, em especial a partir da imagem que lhe é devolvida pelo semelhante, Lacan marca o desconhecimento e a alienação como constitutivos do eu. Lacan, na esteira de Freud, estabelece uma íntima relação entre o eu e o corpo na constituição do sujeito”, entendendo-se que, “corpo para Lacan é o corpo marcado pelo significante e habitado pela libido, corpo erógeno e singular. Corpo de desejo e, portanto, de gozo, dimensões que certamente contribuem para repensar a problemática do corpo em Psicanálise à luz da nova perspectiva da linguagem.” (CUKIERT; PRISZKULNIK, 2002, p. 143-144).

espaços de relacionamento podem ser conceituados de diversas formas, assumindo contornos distintos com maior ou menor possibilidade de interação com outros espaços ou com outros sujeitos e, então, moldamos nossas relações e direcionamos nossas informações criando, assim, espaços privados e espaços públicos, profundamente alteráveis, seja pelas pessoas, pelo Estado, pela sociedade, enfim, pelos participantes dessas relações.

Este primeiro capítulo propõe-se a percorrer o trajeto traçado pela privacidade e, na análise dessa rota, entender e ressaltar as características que formaram e definem o que é a privacidade contemporânea. Partindo da antiguidade e passando pelo período medieval, voltaremos a atenção aos burgueses modernos, grandes entusiastas do privado — tanto o proprietário, quanto o íntimo —, chegando ao século XX, berçário das tecnologias que alteram nossos padrões comportamentais drasticamente, digitalizam nosso viver, mesclam público e privado e oferecem ainda mais pontos de complexidade à turbulenta privacidade do século XXI.

1.1 A formação dos espaços público e privado: da Antiguidade ao Século XXI

Na antiguidade clássica³ — período definido por Habermas (2014, p.97-98) como ponto de origem das categorias de *público* e *privado*, posteriormente transmitidas à cultura romana — havia a esfera da *pólis* e a esfera do *oïkos*, sendo aquela comum aos cidadãos livres e esta particularizada aos indivíduos. No entanto, a vida pública não estava necessariamente vinculada a um local⁴; existia no diálogo (*léxis*), sendo que a inserção dos cidadãos nesse ambiente baseava-se na sua posição no *oïkos*. Se nesse espaço privado o cidadão representava a autoridade, decidindo sobre a vida (do nascimento à morte) de todos sob seu domínio, ao participar do espaço público o mesmo cidadão pugnava pela liberdade, a liberdade do diálogo, buscando demonstrar o melhor de sua essência. A esfera privada podia ser transitória, terrena, mas a pública era permanente, podendo levar aqueles que lá se relacionavam à glória, à imortalidade⁵.

³ Século VIII a.C. ao Século V d.C. (HAYWOOD, 2001, p.45;71)

⁴ Cardoso Júnior (2014, p.34-35) lembra que: “Originalmente, o espaço público grego fora constituído em torno da praça do mercado, a *agora*; mas, para que a ação política fosse viabilizada, requeria-se, primeiramente a constituição de lugar definido e duradouro destinado a suportar a reunião dos cidadãos, num espaço que sobrevivesse à duração de suas vidas. A solução foi a criação da *polis*, esfera pública de permanência transgeracional, capaz de preservar a memória da ação coletiva. [...]. O espaço físico onde os homens se reúnem é, potencialmente, o espaço público. Mas somente a organização da sociedade em torno da ação e o discurso em conjunto [...] é que podem defini-lo como um domínio político [...]”

⁵ “Ação política e principalmente o discurso em público passaram a ser alternativas pelas quais os cidadãos poderiam se distinguir um dos outros na busca da excelência e da glória, atividades que não poderiam ocorrer no isolamento ou na limitada presença familiar, necessitando da ‘circunvizinhança’

Aí não se pode deixar de notar uma importante alteração de percepção, dentre tantas, do que é público e do que é privado. É evidente que a fala continua sendo uma ferramenta de interação e publicitação de informações. No entanto, tais informações vêm do privado, do íntimo. Se para os gregos o privado caracterizava o mundano, algo rudimentar, materializado na rotina das casas, temos o privado, hoje, como o promotor da liberdade, o espaço de desenvolvimento da personalidade a ser, eventualmente, transmitido ao público.

Arendt (2005, p.33) explica que na sociedade grega a distinção entre as esferas pública e privada era a demarcação das esferas da família e da política, sendo a forma de organização de ambas oposta. O cidadão ao adentrar na esfera pública recebia uma segunda vida (*biopolitikos*) e lá existia de outra maneira, não mais se relacionando com aquilo que lhe é próprio (*idion*), mas com o que lhe é comum (*konion*). Embora o espaço privado fosse respeitado, tendo autonomia em relação à *polis*, esses limites se mantinham, sobretudo, pelo fato de que não seria possível que o cidadão participasse dos “negócios do mundo” sem ser dono de sua casa, sem ter um “lugar que lhe pertencesse” (ARENDDT, 2005, 38-39). O privado era material; aqui, a palavra *privado* tinha o sentido de *privas*, o âmbito no qual a pessoa estava submetida às necessidades da natureza humana (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.133). É também esse o entendimento de Cachapuz (2006, p.55),

e audiência formalizada dos demais. [...] a *polis* era como um palco comum a todos os habitantes, onde os indivíduos-atores poderiam aparecer e contracenar, tendo assim reconhecidas e certificadas as suas existências pelos demais cidadãos-espectadores. [...] a *polis* é um espaço simultaneamente de cooperação genuína, ação coletiva, e de disputa entre cidadãos.” (CARDOSO JÚNIOR, 2014, p.33-34)

ao afirmar que o espaço “destinado às coisas privadas do indivíduo originou-se, não na atividade contemplativa do homem e na busca de um sentimento de liberdade, mas na atividade concreta de sobrevivência em pequenas comunidades”.

Outro fator importante na diferenciação entre a *pólis* e a *família* era o entendimento de igualdade entre os seus membros. Se na esfera pública todos se reconheciam *iguais*, as desigualdades imperavam no âmbito privado⁶. Ao analisar essa informação, devemos ter em mente que o sentido de igualdade, aqui, não faz referência à justiça. Dentre os *iguais*, participantes da esfera pública, havia *desigualdades*, no entanto todos eram *livres*, e igualmente detentores do ato de comandar suas respectivas famílias (ARENDDT, 2005, p.41-42). Na família, por outro lado, vivendo juntos e motivados por suas “necessidades e carências”, a liberdade não existia (ARENDDT, 2005, p.39). Nas palavras de Agostini (2011, p.116), era necessário mostrar-se superior, despir-se de tais necessidades e ascender ao espaço público. Arendt (2005, p.66) ainda afirma, a exemplo de Habermas, que tanto a *polis*, para os gregos, como a *res publica* para os romanos, apresentavam-se como garantias “contra a futilidade da vida individual”, manifestando-se como um espaço “reservado à relativa permanência, senão à imortalidade, dos mortais.”

⁶ Segundo Júnior (2014, p. 35), “a igualdade existia apenas no domínio político, na ação entre pares, e portanto necessitava de um espaço que os tornasse iguais mediante a convivência pública: a *polis*”. Ressalta-se, contudo, que “apenas uma parcela da população podia participar da esfera pública, pois as mulheres, es escravos e os estrangeiros não eram considerados cidadãos” (2014, p.40). Já a “esfera privada era marcada pela diferença, pelas especificidades únicas de cada indivíduo, onde imperava o discurso monológico e o poder coercitivo do senhor da casa” (2014, p.39).

Hoje o privado continua sendo um fator preponderantemente *desigual*. No entanto, é precisamente a desigualdade que experimentamos nesse espaço, configurado da maneira que for, interna ou externamente, que nos impulsiona rumo à liberdade de desenvolvermos nossos pensamentos, de nos manifestarmos e de tomarmos nossas decisões. Também é importante ressaltar que, antes de qualquer menção ao que se entende por íntimo na atualidade, o privado também era reconhecido como algo positivo e indispensável, servindo de refúgio, de intervalo, necessário a todos os participantes da esfera pública, devendo, nesse contexto, manter-se protegido da publicidade (LAFER, 1998, 261).

Agostini (2011, p.117-118) destaca que sendo o espaço público um ambiente de *liberdade* e de *manifestação do pensamento*, era reconhecidamente onde ocorria a *expressão da individualidade* — daquilo que hoje temos como a manifestação do íntimo —. Era importante que os discursos lá proferidos fossem difundidos, desenvolvendo-se, então, mecanismos de publicidade dos atos. “A *publicidade* faria com que os atos transcendessem os próprios indivíduos que os criaram, passando, por consequência, para a posteridade.” A *pólis* necessitava da publicidade. Partindo de um outro ponto de vista, percebe-se que, a despeito da inexistência da noção do íntimo moderno, a divulgação daquilo que teríamos hoje como privado já provocava comoção da opinião pública (também no sentido contemporâneo). O *lar*, por outro lado, considerado como um núcleo irrelevante quando comparado à grandeza da *pólis*, não necessitava de publicidade. A definição de Arendt (2005, p.74), nesse ponto, é precisa: antes da era moderna, a privacidade “era como que o outro lado escuro e

oculto da esfera pública; ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado (como no caso do escravo) significava deixar de ser humano”.

Os romanos já começam a desenvolver outra forma de relacionamento entre o público e o privado, de maneira a possibilitar uma maior coexistência entre ambos; “a oposição entre o público e o privado tinha mais a ver com a separação entre o que era de utilidade comum e o que dizia respeito à utilidade dos particulares do que a necessidade de publicidade” (AGOSTINI, 2011, p.119). Tratando da vida privada no Império Romano⁷, Veyne (2009, p.155;159) fala, inclusive, em uma consciência coletiva, que — de forma bastante próxima, resguardadas as devidas proporções, dos “julgamentos coletivos” incentivados pela imprensa contemporânea — comentava e divulgava informações sobre a vida alheia sem qualquer tipo de pudor, sendo que tal comportamento não só não era reprovável, mas era visto como uma espécie de censura legítima (*reprehensio*). O autor cita, ainda, exemplo da relação dos governantes com a opinião pública:

Os governantes não hesitam em falar mal de seus pares porque nunca falam como pessoas privadas: todo cidadão é em algum nível um homem público, um militante. Essa legitimidade reconhecida à opinião dirigente levava a uma curiosa liberdade da imprensa oral a título retrospectivo: tinha-se o direito de tratar de tirano um imperador falecido, de acusá-lo de querer suprimir a livre expressão [...] da opinião nobre — desde que acrescentasse cuidadosamente que o imperador reinante era o contrário do tirano, elogiando-o com expressão não menos livre.” (VEYNE, 2009, p.160-161)

⁷ Século I ao Século V d.C. (HAYWOOD, 2001, p.71).

O sentimento da comunidade em relação à intimidade era eminentemente negativo. Assim, os sentimentos, as motivações individuais, aquele espaço impenetrável pelo grupo, eram vistos como verdadeira fonte de tensão. Era importante manter a comunidade. No âmbito do cristianismo, por exemplo, partindo do reinado de Constantino, o celibato ganha força⁸. Dentre suas diversas formas, percebe-se como característica comum a intenção de transformar o corpo privado do sacerdote em um espaço público para as famílias que compunham a comunidade cristã. Embora frequentemente questionado⁹, o celibato continua sendo bastante significativo para essa comunidade. Por meio dele a pessoa opta pela supressão do que pode ser considerado como “uma das fontes mais íntimas de motivações”, desmantelando “os laços sociais mais privados dos quais dependem a continuidade e a coesão” da sociedade (VEYNE, 2009, p.229;243).

Avançando em direção à Idade Média¹⁰, Habermas (2014, p.97-98) ensina que a esfera pública é traduzida, com influência do direito romano, como *res publica*. Durante o período, na Europa, o

⁸ “Porque são celibatários e por isso ‘desligados do mundo’, no final do século III os bispos cristãos e o clero tornam-se, aos olhos de seus admiradores, uma elite igual em prestígio às elites tradicionais dos notáveis cidadãos. É a essa Igreja, conduzida com firmeza por tais dirigentes, que a conversão do imperador Constantino, em 312, confere uma posição inteiramente pública, que se revelará decisiva e irreversível ao longo do século IV” (VEYNE, 2009, p.245). “No ano de 313, Constantino, O Grande (306-337), adotou uma atitude de tolerância para com os cristãos. Embora só no leito de morte tenha aceite ser batizado, ao longo do seu reinado ordenou a construção de muitas igrejas”. (HAYWOOD, 2001, p.71)

⁹ Sobre o tema, é bastante pertinente a reportagem do jornal El País: “A luta dos 90.000 padres casados da Igreja católica - Federação internacional realiza congresso em Madri e pede fim do celibato obrigatório”. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/01/internacional/1446374179_827110.html>. Acesso 24 jun. 2016.

¹⁰ Século V ao Século XV d.C. (HAYWOOD, 2001, p.75;79).

nobre ganha a figura da autoridade, encarnando nele mesmo características dessa esfera, materializando aquilo que se chama comumente, hoje, de *pessoa pública*¹¹ “e quanto mais cultivados forem seus movimentos, quanto mais sonora for sua voz, quanto mais discreta e comedida for sua essência inteira, tanto mais perfeito ele será” (HABERMAS¹², 2014, p.112). Aqui “o público estaria na marca do inatingível ao cidadão comum, sendo reservado àqueles que gozariam de privilégios especiais” (CACHAPUZ, 2006, p.60).

¹¹ Expressão com a qual não simpatizamos, conforme será explicado em momento oportuno.

¹² Trabalhando os conceitos de Habermas, Fonseca e Neri (2006, p.04-05) apresenta também a noção de espaço público como espaço político. Embora esse viés conceitual não seja o abordado neste trabalho, a título exemplificativo, vale a menção: “Este é o lugar da decisão e especificamente vocacionado a gerir os assuntos da cidade, embora a extensão dos direitos políticos na democracia moderna tenha ampliado essa noção para além do seu significado original. Atualmente, o espaço político e o espaço público implicam-se mutuamente pois, nos regimes democráticos contemporâneos, a discussão (espaço público) e a decisão (espaço político) aproximam-se quanto aos atores competentes e habilitados, mesmo considerados os mecanismos da “representação”. Contudo, é possível dizer que o espaço político por integrar poder, autoridade e território possui um caráter mais estrito que espaço público. [...]. O conceito de espaço público, historicamente, está ligado ao modelo da Polis e da cidadania, e modernamente como de democracia representativa.” É no mesmo caminho — embora com abordagem diferente — que Greenwald (2014, p.220-221) segue, quando escreve: “Democracia exige prestação de contas e consentimentos dos governados, o que só é possível quando os cidadãos sabem o que está sendo feito em seu nome. A pressuposição, com raras exceções, é de que eles saberão tudo o que suas autoridades políticas estiverem fazendo, é por isso que essas autoridades são chamadas de funcionários públicos e trabalham no setor público, no serviço público e em órgãos públicos. De forma inversa, também com raras exceções, a pressuposição é que o governo não saberá nada que os cidadãos respeitadores da lei estiverem fazendo . É por isso que somos chamados de indivíduos privados, que operam na esfera privada. A transparência é para quem cumpre funções públicas e exerce um poder público. A privacidade é para todos os demais.”

Essa possibilidade de diferenciação perante os demais ofertada pelo *público*, no decorrer da Idade Média volta-se ao privado. Longe ainda do reconhecimento de individualidade que temos de forma geral, nos dias de hoje, já começa a notar-se, com maior frequência, a necessidade de *isolamento*. Da mesma forma como o público ofereceu *status*, a possibilidade de viver *com* privacidade também passa a ser um costume dos mais abastados, tornando-se esse comportamento comum às famílias nobres (DONEDA, 2006, p.125). Sobre tal mudança de padrão, Cachapuz (2006, p.64) acrescenta que é possível observar um início de preocupação com o *particular*, no sentido de apropriação. Tal ideia, ainda rudimentar, de propriedade faz nascer uma nova forma de relacionamento da pessoa com o ambiente.

Os hábitos cotidianos são alterados e comportamentos que hoje temos, de forma geral, como essencialmente privados – por exemplo, o ato sexual e as necessidades fisiológicas – passam a ser encobertos (THIBES, 2014, p.86). Não obstante o alvorecer dessas inovações, Rodotà (2008, p.26) lembra que a possibilidade de isolamento continua sendo privilégio de poucos — ou daqueles que optavam por uma vida distante da comunidade. De maneira mais ampla, as questões do lar passam a se tornar mais relevantes à comunidade, começando a adentrar numa nova formatação de espaço público. O espaço da casa permite um ambiente de separação com o comum (DONEDA, 2000, p.02) e a vida neste ambiente ganha maior relevância. A intensificação dessa mudança, inclusive, faz com que a “casa não seja mais vista como um espaço em que são discutidas questões de pouca importância, mas sim o centro de representação do poder político. Daí

porque algumas casas passam a ser ligadas a grandes dinastias” (AGOSTINI, 2011,p.120).

Outro ponto de importância latente na transformação da compreensão do público e do privado, também relacionado à elevação do lar, é destacado por Arendt (2005, 42-43): a abertura da *casa* para a sociedade faz com que questões antes reservadas à esfera privada passem a ser do interesse coletivo. A esfera privada, cada vez mais, deixa de ser vista como mera oposição à esfera política, transmutando-se numa esfera social (CACHAPUZ, 2006, p.43). O relacionamento entre as diversas esferas começa a ganhar destaque, verificando-se o aumento na intensidade da socialização da família.

Entrando na modernidade¹³, a ascendência da esfera social intensifica a alteração da percepção tanto do público quanto do privado, sendo comum a ambos, fazendo surgir a dicotomia social-individual (FERRAZ JUNIOR, 2003, 137). Nesse sentido, temos uma nova configuração das esferas pública — a sociedade, formada pela

¹³ “Podemos demarcar o início da modernidade a partir das mudanças sociais, econômicas e culturais decorrentes do declínio do feudalismo, há cerca de 5 séculos, do ressurgimento das cidades, mudanças nas relações de trabalho e de produção e gradual deslocamento de saberes religiosos e baseados na tradição - que até então ocupavam lugar central - substituídos pelo conhecimento científico. Outro ponto fundamental da modernidade é o fortalecimento do Estado-nação e da Soberania Nacional. Para Max Weber (1864-1920), a modernidade surge com a racionalização científica, para a qual teve papel destacado o Renascimento, e com o ‘desencantamento do mundo’, para o qual contribuiu em muito a Reforma Protestante. O desenvolvimento da cultura moderna teria sofrido, na visão de Weber, uma influência causal significativa do ethos racional da conduta da vida existente nas concepções protestantes, que trouxe os rigores da ascese, presente no mundo católico, para os costumes do mundo. Para os protestantes, a vocação humana estaria em cumprir as tarefas seculares, impostas ao indivíduo pela sua posição no mundo. A conduta ética sistematizada, metodicamente racionalizada, teria influenciado o planejamento racional da vida moderna.” (ALVES, 2009, p.01)

institucionalização das famílias (HABERMAS, 2014, 167), dos indivíduos — e privada — o privado também é social, sendo o terreno das trocas e do comércio. O Estado aparece como elemento que possibilita uma melhor definição dessas esferas (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.138; 140) e as concepções de social dividem-se, manifestando-se como o *social-público* (área da política) e o *social-privado* (área do econômico) (ZANON, 2013, p.37-38). Assim, a esfera pública desenvolve-se e ganha um aspecto mais próximo a uma de suas roupagens atuais, a do *poder público*. A limitada autoridade do senhor feudal começa a dar lugar a uma administração pública, contínua e com exercício permanente e as pessoas privadas que não tinham um cargo público não participavam do poder público. O *público*, então, vincula-se também ao *estatal*: “o atributo não se refere mais à ‘corte’ representativa de uma pessoa dotada de autoridade, mas, sobretudo, ao funcionamento, regulado pela competência, de um aparato dotado do monopólio do uso legítimo da violência” (HABERMAS, 2014, p.121; 327).

Há outro ponto que, embora apenas estivesse no início da revolução que provocaria no futuro, começava a demonstrar sua importância. Ainda seguindo na leitura de Habermas (2014, p.117-118), verifica-se que negociantes da época promoviam a circulação de notícias acerca do comércio que praticavam. Com o desenvolvimento do mercado, as trocas de informações passaram a ser mais frequentes até que, a partir do século XIV, as cartas comerciais que circulavam de maneira desorganizada foram inseridas numa espécie de *sistema profissional de correspondência*. Algo semelhante foi desenvolvido com as informações relevantes para as autoridades. No entanto, era característica vital desse sistema a manutenção do caráter secreto do

conteúdo circulado, visto que “aos negociantes bastava um sistema de informações profissionalmente secreto” e “à chancelaria urbana e da corte, era suficiente um sistema de informação administrativo interno”. Dessa forma ganha força uma nova forma de comunicação, que vendia as notícias sem, contudo, divulgá-las ao público.

Com a desagregação da sociedade feudal e a emergência da classe burguesa, seu fascínio pela individualidade extrapola o campo patrimonial e invade a vida pessoal daqueles que podiam dar-se ao luxo de exigí-la. O burguês apropria-se dos espaços, levantando novas barreiras, buscando a proteção de um local apenas seu, revelando uma nova necessidade de *intimidade* (RODOTÀ, 2008, p.26). A possibilidade de gozar desse novo desejo torna-se característica diferenciadora da classe burguesa das demais e também internamente. O burguês “apropria-se de um seu *espaço*, com uma técnica que lembra aquela estruturada para a identificação de um direito à propriedade *solitária*” (RODOTÀ, 2008, p.27).

Além das dimensões política e econômica, a mudança de percepção de público e privado é interna, manifestando-se como forma de expressão da personalidade. Busca-se a defesa de um espaço que permita a diferenciação do indivíduo perante a sociedade. Em outras palavras, citando Cachapuz (2006, p.66-68), a “alteração fundamental tem origem numa conceituada *emancipação psicológica*” do sujeito perante a sociedade e, com isso, “aquilo que é privado em contraposição ao que é público deixa de ser identificado por um enfoque político para ganhar força na oposição entre o social e o íntimo”. Ou seja, a privacidade se forma não como contraponto da esfera pública-política, mas da esfera pública-social. Aliás, tal característica continua presente

na atual concepção de privacidade, como ressaltado por Doneda (2006, p.127), ao afirmar que “qualquer noção de privacidade deve fundar-se em uma percepção da relação do indivíduo com a sociedade”.

Esse movimento configura-se numa verdadeira revolução comportamental do indivíduo, sendo o enaltecimento da intimidade uma forma de rebeldia contra a opressão da sociedade ao individual. Segundo Arendt, foi Jean-Jacques Rousseau¹⁴ o primeiro explorador da intimidade:

Jean-Jacques chegou à sua descoberta mediante uma rebelião, não contra a opressão do estado, mas contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, contra a intrusão desta última numa região recôndita do homem que, até então, não necessitava de qualquer tipo de proteção especial. [...] Para Rousseau, tanto o íntimo quanto o social eram, antes, formas subjetivas da existência humana, e em seu acaso, era como se Jean-Jacques se rebelasse contra um homem chamado Rousseau. (ARENDR, 2005, p.48-49).

Percebe-se, inclusive, que o panorama artístico da época passa a atribuir maior valor às manifestações da intimidade. Robl Filho (2010, p.96) explica que o romance ganha espaço frente aos livros de história, demonstrando o redirecionamento do interesse literário da classe leitora, sendo esse um sintoma da busca pelo íntimo, pelos desejos e emoções do indivíduo (ROBL FILHO, 2010, p.96). O autor

¹⁴ 1712-1778. “Numa reflexão cada vez mais cerrada, Jean-Jacques ia chegar à forte convicção de que o gênero humano corria para o desastre: em toda a parte ele entrevia infelicidade, e muito rapidamente sua reflexão se organizou seguindo esse tema. Estendendo-se, a civilização tirava do homem sua verdade de existência, reduzindo-o a ser apenas uma máscara. Face a este movimento insensato, Rousseau, que fala muitas vezes em remédios, torna-se um médico do corpo social.” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 1993, p.1027)

chama a atenção para fato de que o próprio hábito de ler passa a ser incentivado e a forma como esse é efetuado também se altera. Enquanto antes se lia em voz alta, em grupo, a leitura vai tornando-se um ato mais individualizado e solitário. E mais, o próprio espaço físico do lar é reconfigurado, tornando-se o quarto o local onde era possível experimentar a individualidade, um aposento de maior privacidade em relação à família mesma, onde a pessoa estaria confortável para dar vazão aos seus desejos (ROBL FOLHO, 2010, p.94). Desejos esses que passam a ser escritos em diários privados, que veem seu uso crescer exponencialmente, e em cartas pessoais, que passaram a levar o íntimo cada vez mais longe.

Assumindo a posição de “necessária aos ricos”, a construção da privacidade dentre as classes mais pobres, por outro lado, foi menos favorecida. Desde o ambiente de trabalho até a estrutura rudimentar das habitações, quase nada contribuía para a possibilidade de separação entre o público e o privado. Até o fim do século XIX, “carentes de isolamento, tanto em relação à rua, quanto em relação aos coabitantes, os trabalhadores espremiam-se em cortiços e casas abarrotadas de gente, em meio à privação, à falta de higiene e doenças”, com pouca margem para a solidão (THIBES, 2014, p.96-97). Exercer a privacidade era um privilégio, servindo, também, à diferenciação de classes. Enaltecida pelos burgueses, a privacidade consegue concretizar-se com ainda mais força com as transformações socioeconômicas da revolução industrial¹⁵. Altera-se a arquitetura não apenas do local onde

¹⁵ “O que significa a frase ‘a revolução industrial explodiu’? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante [...] de

se vive, mas também do local de trabalho, ampliando-se a distância entre ambos (RODOTÀ, 2008, p.26)

A rebeldia era burguesa. A sociedade impunha — e, de maneira geral, continua impondo — padrões morais de comportamento que seus membros obedeciam — e, eventualmente, continuam obedecendo — em público. Ao frequentar o espaço social as pessoas submetiam-se e até mesmo incentivavam essa espécie de censura coletiva (nenhuma novidade, como já apontado) e representavam determinado comportamento. Ao retornar à casa era possível libertar-se e transgredir. Se a preocupação com *as aparências* é comportamento típico da sociedade burguesa, a defesa da intimidade também o é. O olhar do outro assume posição importante no desenvolvimento da esfera social, tornando-se necessário adequar-se à sua opressão moralista definidora de padrões (ROBL FILHO, 2010, p.90) e, ao mesmo tempo, proteger-se dele, valorizando a subjetividade.

A sociedade demandava de seus membros a interpretação de papéis definidos, normalizadores do coletivo; a intimidade dava asas à personalidade e ao inusitado. O fascínio pelo íntimo, contudo, logo ultrapassa as fronteiras do “eu”, dirigindo-se à intimidade alheia. Deseja-se conhecer o espaço privado dos outros, deseja-se informações pessoais da sociedade. Mais uma vez as fronteiras se alteram e, novamente, a sociedade abre espaço a uma outra configuração de público, configuração essa responsável, até hoje, por grandes embates com a privacidade e por “julgamentos” proferidos contra a própria

mercadorias e serviços. [...]. Mas a revolução mesma, o ‘ponto de partida’, pode provavelmente ser situada, com a precisão possível em tais assuntos, em certa altura dentro dos 20 anos que vão de 1780 a 1800 [...].” (HOBSBAWM, 2009, p.59-60)

sociedade: a *opinião pública*¹⁶. Ademais, fazia-se necessária uma ferramenta que permitisse a circulação dessa opinião e, ao mesmo tempo, a alimentasse.

Como visto, havia um intenso comércio de notícias privadas, cujo conteúdo, por interesse dos assinantes, não era levado a público. Há, contudo, o desenvolvimento de “jornais políticos” que, embora semanais no início, tornam-se diários no decorrer do século XVII (HABERMAS, 2014, p.125-126). Esses jornais dependiam das “notícias privadas”, publicando as informações residuais das mesmas. O que ocorre é o acréscimo da demanda por informações, intensificando-se a circulação de notícias e o seu conteúdo, acarretando, como já mencionado, o “incremento na busca por informações sobre a personalidade, a vida privada e a intimidade” (ROBL FILHO, 2010, p.97), sobretudo das pessoas mais conhecidas pela sociedade, que passam a ter suas vidas expostas ao público, por meio da imprensa.

E mais. Para além de responder às necessidades de circulação de mercadorias, a notícia em si é transformada em mercadoria. A imprensa não é tratada como algo útil apenas à população, atraindo a atenção da administração pública, que passa a se

¹⁶ “A etimologia segue os rastros dessa mudança cheia de consequências. Na Inglaterra, desde meados do século XVII, começa a ser chamado de *public* aquilo que até então era designado pela palavra *world* ou *mankind*. Do mesmo modo, surge *le public* francês como definição para aquilo que na Alemanha do século XVIII, seguindo o dicionário dos irmãos Grimm, costumava-se chamar de *Publikum*, termo proveniente de Berlim. [...]. No fim do século XVII, surge o termo inglês *publicity*, derivado do francês *publicité*. Na Alemanha, a palavra aparece no século XVIII. A própria crítica se apresenta na forma de [opinião pública], termo que se formou a partir de *opinion publique* na segunda metade do século XVIII. Quase simultaneamente surge na Inglaterra *public opinion*; contudo, muito tempo antes já se falava de *general opinion*.” (HABERMAS, 2014, p.134)

servir dela para anunciar ordens e decretos, fazendo com que os destinatários do poder público comecem a se tornar propriamente “o público”. A comercialização da imprensa incentiva a interação do público, vazando ainda mais delimitação entre as esferas pública e privada. Figurando como espécie de prolongamento do público (num sentido bastante amplo), a instituição age em função desse, mediando assuntos, ampliando debates, e deixa de funcionar como simples órgão de transporte de informações. (HABERMAS, 2014, p. 127; 395; 398-399)

Já na primeira metade do século XIX, o traço comercial da imprensa começa a demonstrar sua força, abrindo as portas para o negócio de anúncios, diminuindo o valor de seus exemplares, atingindo um número ainda maior de consumidores e proporcionando o aumento do lucro dos donos de jornais, que podiam vender parcelas de seus espaços para comerciantes interessados em publicidade (HABERMAS, 2014, p.400). A semente estava plantada. A ideia de uma *imprensa comercial*, fabricante de um produto de alto interesse econômico e manifestamente um sucesso de vendas, a notícia, estava lançada, foi aceita e só fez crescer. “A história dos grandes jornais diários na segunda metade do século XIX mostra que a imprensa se torna manipulável à medida que se comercializa” (HABERMAS, 2014, p.402). Aqui temos um ponto de fundamental importância na análise proposta: ao proceder com a interação entre anúncios e notícias, a imprensa passa de uma instituição de pessoas privadas como público para uma “instituição de determinados participantes do público como pessoas privadas”, tornando-se a “porta de entrada de interesses privados privilegiados na esfera pública” (HABERMAS, 2014, p.402).

Em outras palavras, se num primeiro estágio a imprensa era formada pelo público (como fonte) e para o público (como destinatário), público esse formado pelo conjunto de indivíduos, numa configuração mais próxima da atual, ela transmuta-se em uma ferramenta de pessoas privadas que financiam, delimitam e direcionam o seu conteúdo.

Marca da sociedade burguesa, a preocupação com a vida privada e a intimidade (fazendo uso das expressões positivadas em nossa Constituição¹⁷), faz surgir a necessidade de tutela dessa novidade em construção, e já no século XIX começamos a ter contato com os primeiros traços de um direito à privacidade.

Aproximando-se do século XX, a sociedade determina novos padrões de convivência que mantém em movimento a noção dos espaços público e privado. Machado (2014, p.108-109) exemplifica tais mudanças com o reconhecimento de um espaço *semi-público*, o bairro. Se, por um lado, em sua nova configuração marcada por prédios, conjuntos habitacionais, cafés e restaurantes, há a possibilidade de uma maior convivência entre os vizinhos, o aspecto subjetivo é outro, e as distâncias do relacionamento interpessoal aumentam. A autora ressalta que no ambiente profissional a mesma mudança tem resultado diverso. Assim, a concentração de escritórios nos novos prédios e o distanciamento entre a *casa* e o *trabalho*, aproximam os indivíduos que convivem naquele mesmo espaço, dando um toque de personalidade às relações profissionais.

¹⁷ Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”

Da antiguidade ao alvorecer do século XX verificamos a demonstração da volatilidade dos conceitos de público e privado. De uma perspectiva político-familiar ao complexo envolvendo Estado-sociedade-indivíduo, não são poucas as transformações experimentadas pelos sujeitos das relações desenvolvidas nesses espaços. Com o acelerado desenvolvimento tecnológico e social do século XX tal elasticidade torna-se ainda mais presente, fator que apenas se intensifica em nosso século, marcado por novas formas de comunicação e interação social.

1.2 A digitalização do cotidiano: invasão e evasão da privacidade

Comunicação. De acordo com a definição do dicionário Houaiss¹⁸, comunicação é o processo que envolve a transmissão e a recepção de informações “entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas [...]”. Seja em sociedade ou no âmbito privado, comunica-se; sozinho ou coletivamente, comunica-se. Do decorrer do século XX a comunicação ganhou destaque. Num período marcado por guerras mundiais¹⁹ e atrocidades cometidas contra a humanidade²⁰ ficou evidente que comunicar-se é fundamental. Ao mesmo tempo, inclusive em função dos combates, o desenvolvimento de novas tecnologias experimentou velocidade até então inimaginável.

¹⁸

Disponível

em:

<<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=comunica%25C3%25A7%25C3%25A3o>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁹ Primeira Guerra Mundial (1914-1918); Segunda Guerra Mundial (1939-1945). (KISSINGER, 1994, p.188-190; 274; 363)

²⁰ “Sem dúvida, tanto a totalidade dos esforços da guerra quanto a determinação de ambos os lados de travá-la sem limites e a qualquer custo deixaram sua marca. Sem isso, é difícil explicar a crescente brutalidade e desumanidade do século XX. Sobre essa curva crescente de barbarismo após 1914 não há, infelizmente, dúvida séria. No início do século XX, a tortura fora oficialmente encerrada em toda a Europa Ocidental. Depois de 1945, voltamos a acostumar-nos, sem grande repulsa, a seu uso em pelo menos um terço dos Estados membros das Nações Unidas [...]. Um motivo importante foi a estranha democratização da guerra. Os conflitos totais viraram ‘guerras populares’, tanto porque os civis e a vida civil se tornaram os alvos estratégicos, e às vezes principais, quanto porque em guerras democráticas, como na política democrática, os adversários são naturalmente demonizados para fazê-los devidamente odiosos ou pelo menos desprezíveis.” (HOBSBAWM, 1995, p.56)

O mundo tornou-se menor, todos estavam mais próximos. Passamos a ter meios de saber de tudo, instantaneamente. A revolução comunicacional, possibilitada pelas novas ferramentas, atinge diretamente a forma de interagir. Se até pouco tempo era necessário esperar dias, senão meses, para trocar notícias entre familiares que habitavam em cidades diferentes, a popularização do telefone (para citar apenas uma das inovações tecnológicas do período), permite que as pessoas troquem informações imediatamente. É evidente que também naquilo que diz respeito aos espaços público e privado a transformação se fez presente. Se havia uma preocupação restrita com a violação do ambiente privado, tal preocupação de expande. Torna-se muito mais fácil ter acesso a informações íntimas e divulgá-las e a divulgação não ficaria mais restrita à comunidade onde vivia a pessoa alvo do interesse, mas, potencialmente, a toda coletividade. Além disso, a privacidade deixa de ser um privilégio, expandindo-se à sociedade em geral, chegando, ao final da primeira metade do século à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), onde se lê que “ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada”.

A opinião pública torna-se ainda mais forte, exigindo mais, julgando mais, ditando mais, contribuindo decisivamente para o intercâmbio entre público e privado. A elasticidade nos limites entre as esferas é estimulada e, frequentemente, a socialização do privado é justificada em nome da verdade ou da transparência. Ao mesmo tempo, aumenta-se o desejo de aparecer, o gozo de muitos se manifesta na exposição. São os primeiros sinais daquilo que no início do século XXI

transforma-se numa necessidade quase patológica de compartilhar²¹, procedendo com a manutenção de “divulgação de grande parte do ambiente privado como uma forma de participar da sociedade do espetáculo” (BEDÊ JÚNIOR, 2015, p.85).

No século XX é preciso ser feliz e a exposição da privacidade contribui para a difusão dessa ideia. Cachapuz (2006, p.87-88) fala em uma esfera pública que possibilita o conhecimento instantâneo — mesmo que superficial — da realidade, sendo um ambiente “convitativo para o desenvolvimento de um ideal de felicidade”. Expõe-se a felicidade alheia, para ser cobiçada, e a infelicidade também, enquanto contraponto necessário à valorização do que se tem e incentivador da curiosidade pelo trágico: o íntimo vende. Thibes (2014, p. 101) esclarece que “a fase que dominou o capitalismo no século XIX e no primeiro terço do XX foi marcada pela poupança e sua moral de comedimento, controle, disciplina, restrição, labor, regularidade”, enquanto a segunda fase migra para a “coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo”; continua:

Acostumados ao discurso da sobriedade, do trabalho duro e da disciplina, os empregados tiveram de ser (re)educados para o novo discurso centrado na apreciação de uma vida hedonista, com novos desejos e necessidades. A disseminação de novas mídias, como o cinema, o rádio, a imprensa tablóide e as revistas de circulação em massa foram fundamentais para a

²¹ Para Bauman (2016), a diferença entre a rede social e a comunidade é que você pertence à comunidade, mas a rede social pertence a você. Você se sente no controle. Pode adicionar amigos, deletar amigos, enfim, está no controle das pessoas com quem se relaciona. Esse tipo de realidade, contudo, quando exagerada, contribui com a manutenção da solidão e do sentimento de abandono, dois dos grandes temores do nosso tempo; as redes sociais, dessa forma, para Bauman, são uma armadilha.

divulgação dos novos valores e formas de comportamento. A propaganda também teve papel central para incentivar os indivíduos a participarem do consumo de mercadorias antes restrito às classes altas, seduzidos a partir do oferecimento de imagens de juventude, beleza e luxúria, associadas à liberação de desejos longamente reprimidos. (THIBES, 2014, p.104)

Vale a pena se deter um pouco mais na análise que a autora traça desse período. Com a intensificação do relacionamento entre indivíduo e sociedade, a solução dos problemas pessoais do sujeito — em sua busca pela felicidade — passa pela sua exposição ao público e, dessa forma, as “revistas e emissões de rádio e televisão tornam-se canais de expressão de conflitos e demandas de um sujeito que procura tornar visível seu sofrimento e que tenta construir no espaço coletivo da mídia uma compreensão do próprio eu” (THIBES, 2014, p.114). A realidade torna-se muito mais interessante que a ficção.

Com o alto nível (quantitativo e qualitativo) de informações circulando e com o maior interesse das pessoas por tais informações, as definições sobre o que se transmite, como se transmite e para quem se transmite tornam-se ainda mais complexas. Ao mesmo tempo em que se percebe a intensificação do movimento jurídico de busca por compreender e proteger essas informações verifica-se o aumento da ingerência a elas. Seja por parte do próprio indivíduo, do Estado ou de corporações privadas, num mundo repleto de novas tecnologias, o desrespeito à privacidade é uma das marcas do século XX.

De acordo com Doneda (2000, p. 04-05), organizar informações sobre a comunidade é hábito antigo, executado durante

séculos pela Igreja (responsável pelos registros de batismo, casamento e óbito) e que, com a percepção de sua importância no desenvolvimento de estratégias políticas, passou a receber maior atenção do Estado. Se inicialmente as informações eram coletadas e analisadas pelo trabalho humano, arquivos de dados (que originaram os bancos de dados) foram sendo informatizados, tornando-se possível “recolher um maior volume de informações, processá-las muito mais rapidamente, agregá-las e combiná-las dos mais diversos modos, obter aquelas necessárias em tempo irrisório”. A participação das empresas privadas também é fundamental no avanço dos sistemas de coleta de informações. Tratando do assunto, Zanon (2013, p.69) explica que no Brasil, nas décadas de 1950 e 1960, as vendas a prazo conheceram um aumento significativo, promovendo o interesse dos comerciantes em saber mais sobre seus clientes, levando-os a construir bancos de dados com a finalidade de concessão e análise de crédito. Segundo o autor “Os grandes *magazines* de então eram a grande fonte de consulta, que se realizava manualmente em seus vastos arquivos com anotações cadastrais e do comportamento negocial de seus clientes”.

No entanto, para além do caráter organizacional da sociedade, é reconhecida no controle informacional da população uma fonte importantíssima de poder. Embora a expressão *Sociedade da Informação* tenha sido usada oficialmente apenas da década de 1990, no Conselho da Europa de Copenhague (por Jacques Delors, à época, presidente da Comissão Europeia), objetivando “definir o crescente uso da tecnologia da informação no intuito de reforçar a economia, melhorar a prestação dos serviços públicos e incrementar a qualidade de vida dos cidadãos” (VIEIRA, 2011, p.156), essa matéria-prima de

valor excepcional já vinha definindo os rumos da comunidade internacional há algum tempo. Impulsionado pelos novos suportes tecnológicos, o ato de coletar e controlar informações assume uma outra roupagem, que atinge sobremaneira a privacidade: a vigilância.

O herói Winston, do “1984” de Orwell, prisioneiro do totalitarismo estatal, ansiava por privacidade, um lugar em que pudesse, eventualmente, estar só (ORWELL, 2009). Pouco mais de trinta anos depois do marco idealizado pelo autor, o Grande Irmão tão combatido por Winston está presente e consolidado na rotina da sociedade contemporânea. Câmeras de segurança – que saíram das lojas e Bancos e ganharam as ruas –, *drones*²², sensoriamento remoto²³, bancos de dados informatizados, dentre tantas outras ferramentas, coletam e estocam informações de todos, sem discriminação ou motivo.

Ganha força o mantra “*quem não deve não teme*” e saber de tudo sobre todos passa a ser exigência fundamental em nome da segurança. Como explicitado por Zanon (2013, p.25), a prática da vigilância pelo Estado não é novidade²⁴, havendo relatos de que cerca de

²² “Worried about spying? Maybe you need a personal drone detection system” (“Preocupado em ser espionado? Talvez você precise de um sistema pessoal de detecção de drones”, em português.) . Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/19/spying-personal-drone-detection-system-kickstarter>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²³ Para mais informações indica-se a leitura de nosso trabalho: “Sensoriamento remoto e propriedade intelectual: a proteção jurídica das imagens geradas por satélites e suas formas de contratação”. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107352/317825.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁴ Greenwald (2014, p.14) sustenta que “a vigilância que governos cujas doutrinas políticas são notavelmente divergente de outros temas. Na virada para o século XX, tanto o Império Britânico quanto o Império Francês criaram departamentos especializados em monitoramento para lidar com a ameaça dos movimentos anticolonialistas. Após a Segunda Guerra Mundial, o Ministério da

“quatrocentos anos antes de Cristo, em Siracusa, Dionísio (405-367 a.C.) mandou escavar, em uma pedreira próxima a seu palácio, uma gruta, dotada de tal perfeição acústica”, que lá o som ecoava e tudo o que era dito poderia ser escutado pelo tirano. Não obstante sua antiguidade, não há dúvidas de que o salto tecnológico ocorrido no século XX ofereceu maior abrangência, para dizer o mínimo, ao ato de vigiar.

Dentre as análises de sistemas de vigilância desenvolvidas do século XX, uma das mais conhecidas é a de Michel Foucault, que nos apresenta o modelo do *Panóptico*, formulado por Jeremy Bentham²⁵. O Panóptico concretiza-se num espaço geométrico fechado e vigiado em todos os seus pontos. Os indivíduos vigiados não têm qualquer forma de acesso àqueles que os observam²⁶. Neste modelo a visibilidade é a armadilha, o observado é visto, mas não vê; é “objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação” (FOUCAULT, 1987,

Segurança Estatal da Alemanha Oriental, conhecido como Stasi, tornou-se um sinônimo de intromissão governamental na vida privada da população. E há pouco tempo, quando os protestos populares da Primavera Árabe ameaçaram o controle do poder pelos ditadores, os regimes da Síria, do Egito e da Líbia passaram a espionar o uso da internet por dissidentes internos”.

²⁵ 1748-1832. “No domínio do direito penal [...] cabe a Bentham o mérito de ter desenvolvido uma vasta reflexão sobre o encarceramento e de ter reclamado uma reforma no sistema penitenciário que transformaria esse sistema de acordo com o princípio de utilidade, evitando que o encarceramento simplesmente conseguisse tornar o encarcerado ainda mais nocivo ao bem comum. [...]. Além disso, Bentham também insistia sobre a necessidade de humanizar o encarceramento, para evitar sofrimentos inúteis e perigosos para a saúde do prisioneiro [...]” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER, 1993, p.119)

²⁶ Arquiteticamente há “na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado.” (FOUCAULT, 1987, p. 177)

p.177). Ele faz uso da consciência de estar sendo vigiado como mecanismo de controle. Nele a vigilância é constante, mesmo que o ato de vigiar não seja praticado. Ressalvados os aspectos físicos, percebe-se que no decorrer do século passado, esse estado de vigilância constante só faz aumentar, sobrepondo-se à privacidade em nome da segurança coletiva. Num século marcado por guerras, regimes totalitários e uma intensa movimentação de espionagem, a privacidade do cidadão não era prioridade, muito pelo contrário, era inadequada.

Aqui podemos perceber que, para além de uma perspectiva individual — fundamental e presente na sua formação — visualiza-se o carácter coletivo da privacidade, afinal são muitos os reflexos sociais decorrentes da diminuição da liberdade resultante da perda da privacidade (LEONARDI, 2011, p.121). Se num primeiro momento parece lógico que entre a proteção individual e a proteção coletiva esta deva prevalecer, analisando com mais cautela os efeitos da disposição da privacidade, o resultado do embate pode ser diferente. Há uma *função social* latente na tutela da privacidade.

Foi na última década do século XX, contudo, que a abertura de um novo espaço social escancarou a coletivização dos dados, revolucionou, mais uma vez, as formas de comunicação e interação da sociedade e elevou a circulação de informações ao mundo digital. Tínhamos, finalmente, a *internet*. A internet abriu uma nova arena de diálogos, modificando e ampliando a maneira de interagirmos e nos oferecendo acesso a uma quantidade infinita de informações. Passamos a viver conectados e — seja dentro de casa, no trabalho ou num café — em público. Virtualmente nos espalhamos, chegando a locais distantes e recebendo toda sorte de conteúdo. Concordamos

quando Greenwald (2014, p.15) define que a internet não é apenas um meio de comunicação como o correio ou o telefone; ela acabou por tornar-se “o lugar onde quase tudo acontece” e “é lá que são criados e armazenados os dados mais particulares de cada um. É na internet que desenvolvemos e expressamos nossa personalidade e individualidade”.

São inúmeros os benefícios aportados pela digitalização do cotidiano mas, não obstante todas as facilidades, naquilo que diz respeito à privacidade, a internet acrescentou algumas questões a um debate já bastante complexo. Para começar, há o fato de que no plano físico, material, temos mais condição de controle dos nossos passos. É evidente que vivemos em uma sociedade onde somos constantemente vigiados, porém, virtualmente as pegadas são mais profundas²⁷. Como

²⁷Zanon (2013, p.71-72) nos apresenta alguns aspectos técnicos sobre as *pegadas virtuais*: “Progressivamente, os serviços que usamos são *on-line*, onde deixamos *pegadas eletrônicas* indelévels, que podem ser garimpadas e coletadas. [...] Como é cediço, para se conectar à Internet faz-se necessário dirigir-se a um provedor, devidamente autorizado, com o qual, ao usufruirmos de seus serviços, celebramos um contrato de adesão. Esses provedores podem ser classificados em três espécies: aqueles que simplesmente fornecem serviços para viabilizar o acesso do usuário à Internet, denominados de provedores de acesso (*access provider*); os que oferecem somente hospitalidade na rede, cedendo *espaços virtuais* onde os usuários podem *postar* e acessar conteúdo de outros usuários, denominados de provedores de hospedagem (*host provider*); e há aqueles que também fornecem o conteúdo das informações (*content provider*). Note-se, porém, que todas essas funções podem ser desenvolvidas pelo mesmo provedor. [...] Essas informações *prestadas* pelo usuário são captadas e armazenadas a cada acesso pelos provedores e ficam associadas ao endereço IP do computador que se conectou à rede. O provedor de acesso pode, então, relacionar o endereço IP do computador (com todos os *logs* de acesso dele decorrentes) ao cliente com quem celebrou o contrato de acesso à rede, conhecendo e memorizando dados do comportamento *on-line* do indivíduo. [...] Por meio de agregação e cruzamento de dados pessoais isolados e fragmentados aparentemente irrelevantes, é possível montar perfis completos a respeito de um indivíduo, revelando inúmeros aspectos de sua personalidade,

dito por Thibes (2014, p.35), se nos ambientes públicos tradicionais, é possível guiar com maior segurança a interação pelos aspectos visíveis do cenário e dos observadores presentes, na interação *online* nunca se sabe ao certo por quem se está sendo notado”. Por todos os sites onde passamos ou executamos buscas o rastro fica, a informação é fornecida, o que fez da internet um ambiente propício à invasão da privacidade ao “facilitar o intercâmbio de informações pessoais entre os diversos prestadores de serviço da sociedade da informação” (VIEIRA, 2007, p.191)

Uma segunda alteração é a do alcance do ato. Algo divulgado virtualmente pode ser potencialmente acessado por todos imediatamente. A viralização da informação tornou-se um dos principais atrativos e, ao mesmo tempo, um dos maiores perigos da rede. “O modelo viral de expansão significa que cada usuário pode compartilhar com vários outros uma informação, o que permite sua disseminação em progressão geométrica” (THIBES, 2014, p.24-25). A internet não permite arrependimento; aquilo que é postado não terá como ser apagado de fato. Em outras palavras, caso o sujeito poste um texto e imediatamente o apague, no espaço de tempo entre a postagem e o apagar, milhares de pessoas já puderam ter acesso à informação divulgada. O *compartilhamento* é definitivo, “os dados eletrônicos são eternos, não desbotam nem se apagam com o tempo” (ZANON, 2013, p.71).

A possibilidade de aparecer intensificou ainda mais o interesse do público pela realidade e expôs de forma muito crua a pulsão

sem que se tenha coletado qualquer informação íntima ou de sua vida privada reservada.”

já prenunciada por Andy Warhol de todos terem seus 15 minutos de fama. Num movimento quase antropofágico, passou-se a desejar uma inserção absoluta na vida alheia e, ao mesmo tempo, ser objeto dessa deglutição pública. Por mais que se fale de forma catastrófica na erosão absoluta da privacidade, é difícil perceber uma época em que o interesse pelo íntimo foi tão ressaltado e, no entanto, “não é mais possível afirmar que os assuntos íntimos encontram lugar propício ao desenvolvimento apenas em círculo menor de pessoas longe do conhecimento dos demais indivíduos.” (ROBL FILHO, 2010, p.117). O que se percebe é que, com a popularização da internet, para além da intensificação da *invasão* da privacidade, a população passou a exercer um movimento de *evasão* da privacidade, enaltecendo a exposição deliberada de suas informações privadas. A precisão de Bauman (2014, p.47) é notável: “o medo da exposição foi abafado pela alegria de ser notado”.

Como o tempo contemporâneo valoriza efusivamente a intimidade, a princípio, a sua tutela deveria significar que a intimidade é resguardada do conhecimento público. Por outro lado, ocorre o exato contrário, porque se observa uma publicização intensa da vida privada. A sociedade da intimidade amplia a exposição voluntária da intimidade, além de violar, com um grau de intensidade alto, a vida íntima daqueles que não se propõem a divulgá-la. [...] a vida privada, pautada na intimidade, representa para o indivíduo o desenvolvimento da sua humanidade, dos seus prazeres, do seu afeto e dos seus projetos de vida, há um anseio, ainda maior do que na modernidade tradicional, em conhecer a vida privada das outras pessoas e uma profunda vontade de os indivíduos publicizarem voluntariamente sua intimidade. Como a intimidade constitui-se na principal experiência existencial humana, sua publicização recebe ares de natural. (ROBL FILHO, 2010, p.117)

Farinho (2006, p.70) levanta um ponto importante ao lembrar que a digitalização da convivência social não só potencializa a exposição da vida íntima quanto aos destinatários, como também dispersa o meio que veicula a difusão da informação. A necessidade de estar constantemente conectado e o impulso irresistível de compartilhar fazem surgir na sociedade a demanda de novas ferramentas que permitam a realização do desejo de *espalhar-se* e, ao mesmo tempo, as novas tecnologias promovem e incentivam esse *querer*, afinal ainda necessitamos de equipamentos para alcançar nossa imaterialidade. A mudança comportamental impulsionada pelos novos *gadgets*²⁸ diminuiu ainda mais a já escassa separação entre a vida *online* e *offline* e, da mesma forma, a distância entre os espaços público e privado. Se antes — já de forma revolucionária — tínhamos acesso ao privado alheio ao chegar à casa e ligar a televisão, agora entramos em contato com a vida de todos não importa onde estejamos, desde que munidos de um aparelho portátil com acesso à internet.

Ao analisar o fenômeno da hiperdocumentação do cotidiano e sua relação com o desenvolvimento de novos *gadgets*, Stassun (2014, p.60;153) reforça que a mudança não é apenas tecnológica, mas comportamental. Principalmente com o advento das

²⁸ “Da televisão, ao computador pessoal, o notebook, o tablet e o smartphone (celular avançado) mudou principalmente: a portabilidade de dados (transferir seus dados para outros gadgets, manter outros em seu domínio, gerar conteúdo, ter acesso à internet, criar mídias com som e imagem), mudança de formato (diminuindo, permitindo a mobilidade), proximidade com o corpo (perto, presente e com seu toque), velocidade da notícia (instantânea), forma dual-lógica de comunicação, permissão de interagir agora criticamente e não mais passivamente, como antes era com a televisão. [...]. O crescimento do uso dos smartphones, o barateamento dos aparelhos e do acesso a internet móvel começaram a mudar os planos da rede social e das operadoras de telefonia.” (STASSUN, 2014, p.56;60)

redes sociais (como *Facebook* e *Instagram*) as pessoas passaram a postar mais informações²⁹ e de conteúdo mais íntimo e a possibilidade de fazê-lo instantaneamente, de qualquer lugar, elevou o nível do *compartilhar*³⁰. “A proximidade com o corpo, a facilidade do uso no celular, o acesso em qualquer lugar e a qualquer momento repercutiram na sociabilidade das pessoas”. Atitudes extremamente humanas e bastante presentes em nosso cotidiano, como a fofoca ou a ida ao restaurante, acompanharam o movimento e ampliaram sua capacidade de alcance; o “fenômeno é o mesmo – mas a tecnologia empregada, por uma técnica digital, é diferente”. Como dito por Bedê Júnior (2015, p.85), “a pessoa é estimulada a divertir-se de toda a forma e, em regra, essa diversão deve ser compartilhada, publicizada, para que todos vejam que ela está se divertindo”.

Em sua tese sobre a privacidade na sociedade de informação, Thibes (2014, p.121-122) nos apresenta dados da primeira

²⁹ “As redes sociais proporcionaram monitoramento com maior precisão sobre as pessoas que fazem parte dos relacionamentos de alguém por meio da declaração voluntária de todas essas informações pelos participantes das mesmas. Mapeiam-se os parentes, os amigos, os colegas de trabalho. Nelas, as pessoas não apenas colocam suas fotografias, com a data e o local exatos em que foram tiradas, como também se faz o reconhecimento facial de cada um dos fotografados. [...]. Paradoxalmente, as pessoas sentem prazer em concorrer com a devassa da sua privacidade, quando, no passado, lutavam pelo reconhecimento da privacidade como direito fundamental.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p.138-139).

³⁰ Citando reportagem da Folha de São Paulo, o autor explica que “esse novo hábito de registrar tudo, com fotos, vídeos, localização e textos ganhou força com a popularização dos smartphones e de aplicativos que “filtram”, dão mais cores e emoção à realidade. Trata-se da “hiperdocumentação” do cotidiano. Esse fato está intimamente ligado a essa facilidade do instrumento de registro, com os estímulos do dispositivo Facebook e ao desejo de exposição de si, um hábito que pode ser prejudicial quando se registram os momentos para os outros, ficar mais importante do que aproveitar a experiência de vida em si.” (STASSUN, 2014, p.155)

década de nosso século que demonstram, no decorrer desse período, a tendência à diminuição da preocupação dos usuários do *Facebook* com a privacidade, permitindo que suas informações fossem acessadas por desconhecidos, aumentando a capacidade do próprio *Facebook* e facilitando a vida dos anunciantes, que passaram a ter “acesso a informações voluntariamente reveladas pelos” usuários. Lembrando que na sociedade atual as redes sociais materializaram-se numa nova esfera de interações humanas, a autora frisa que optar por não participar de um espaço com o *Facebook* pode levar à perda de conexões e a uma considerável alienação social (2014, p.123). O *Facebook* acabou por se tornar o principal meio de comunicação para milhões de pessoas e, para Bauman (2014, p.32), “o anonimato já está em processo e auto-erosão no *Facebook* e em outras mídias sociais. O privado é público, é algo a ser celebrado e consumido tanto por incontáveis ‘amigos’ quanto por ‘usuários casuais’”.

Os avanços tecnológicos, o interesse pelo íntimo, a megaexposição do sujeito e o desenvolvimento de políticas de vigilância encontram no primeiro ano do século XXI o evento catalizador da devassa da privacidade. Os atentados de 11 de setembro de 2001 trouxeram à tona uma nova forma de inimigo: o *terrorismo*. Com possibilidades infinitas de configuração, suas fronteiras maleáveis permitem sua adaptação conceitual a qualquer fato ou pessoa. Em nome do combate a esse “mal” sem feições, a defesa da chamada *Segurança Nacional* passou a justificar a excepcionalidade no tratamento de direitos fundamentais como a vida, a liberdade e, com ainda mais força, a privacidade. Todos somos “espionados” e contribuímos para a manutenção dessa realidade; a privacidade se tornou uma moeda de

troca que constantemente utilizamos em nome de conveniências e facilidades (FRANKEL, 2013). A ideia da passividade diante do desrespeito à privacidade e/ou da despreocupação com o uso de informações privadas por parte dos usuários é firmada pelos diretores de duas das maiores empresas que gerenciam informação no mundo:

Quando Eric Schmidt, CEO do Google, foi questionado durante uma entrevista à CNBC, em 2009 sobre as procurações em relação à retenção de dados dos usuários praticada por sua empresa, sua famigerada resposta foi: ‘Se você tiver alguma coisa que não quer que ninguém saiba, talvez não a devesse estar fazendo, para começo de conversa.’ Com igual descaso, o fundador e CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, afirmou em uma entrevista de 2010 que ‘todos já se sentem à vontade não só compartilhando mais informações de diferentes tipos, mas também de modo mais aberto e com mais pessoas’. A privacidade na era digital não é mais uma ‘norma social’, alegou ele, conceito que beneficia convenientemente os interesses de uma empresa de tecnologia que trabalha com informações pessoais. (GREENWALD, 2014, p.183)

Tal violação, embora presente, sempre esteve “distante”, passando despercebida. Foi então que, em 2013, ela ganhou forma e se aproximou de todos nós³¹. Nesse ano, o jornal britânico *The Guardian* publicou o maior vazamento de informações da Agência de Segurança Nacional norte-americana³² (NSA, na sigla em inglês³³), responsável,

³¹ As informações acerca do programa de coleta de dados da NSA já foram apresentadas em trabalho anterior (PILATI; CANCELIER, 2014, p.281), voltado especificamente à análise do *Caso Snowden*.

³² Trecho original: *The 29-year-old source behind the biggest intelligence leak in the NSA's history explains his motives, his uncertain future and why he never*

como se ficou sabendo, por uma imensa rede de programas, operada nacional e internacionalmente, de coletas de dados em massa. Passado mais de um ano desde que – o agora conhecido – Edward Snowden (ex-funcionário da NSA) entregou seus documentos a Glenn Greenwald, iniciando o debate corrente acerca dos limites à invasão da privacidade, o tema continua em voga e novos desdobramentos surgem a cada dia.

Snowden fora assistente técnico da CIA³⁴ e fizera carreira trabalhando, nos últimos cinco anos (MACASKILL, 2013, tradução nossa³⁵), em empresas privadas de inteligência que prestam serviços para a NSA. No início de 2013 ele assumiu um posto na *Bozz Allen Hamilton* – empresa ligada à Agência norte-americana – no Havaí (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014, tradução nossa³⁶).

Durante o período no Havaí, fez o “download” de documentos secretos relacionados a atividades de inteligência dos Estados Unidos e de parceiros internacionais (ESPOSITO; COLE;

intended on hiding in the shadows (GREENWALD; MACASKILL; POITRAS, 2013).

³³ *National Security Agency*.

³⁴ Central de Inteligência Americana, criada em 1947 pelo Presidente Harry S. Truman. Disponível em: <<https://www.cia.gov/about-cia>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

³⁵ Trecho original: *The individual responsible for one of the most significant leaks in US political history is Edward Snowden, a 29-year-old former technical assistant for the CIA and current employee of the defence contractor Booz Allen Hamilton. Snowden has been working at the National Security Agency for the last four years as an employee of various outside contractors, including Booz Allen and Dell.*

³⁶ Trecho original: *Snowden, now 30, is a former systems administrator for the CIA who later went to work for the private intelligence contractor Dell inside a National Security Agency outpost in Japan. In early 2013, he went to work for Booz Allen Hamilton inside the NSA center in Hawaii.*

SCHONE, 2014, tradução nossa³⁷). Realizada a compilação, solicitou ao seu supervisor algumas semanas de férias (GREENWALD; MACASKILL; POITRAS, 2013)³⁸ e seguiu para Hong Kong, onde encontraria o jornalista Glenn Greenwald e a Cineasta Laura Poitras, responsáveis pela elaboração das entrevistas e imagens posteriormente divulgadas (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014, tradução nossa³⁹) no *The Guardian* e no *The Washington Post*, primeiros jornais a apresentarem a denúncia.

Tão logo as notícias foram publicadas, o governo norte-americano acusou Snowden de espionagem e revogou seu passaporte. Ele, então, partiu para Moscou (Rússia), onde “morou” no aeroporto por volta de um mês, enquanto seu pedido de asilo político era analisado por mais de 20 países. Finalmente, recebeu o aceite temporário da Rússia, onde mora desde então (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014, tradução nossa⁴⁰). Calcula-se que o agente tenha copiado em torno de 1,7 milhão

³⁷ Trecho original: *While working for the contractors, Snowden downloaded secret documents related to U.S. intelligence activities and partnerships with foreign allies [...].*

³⁸ Trecho original: *Three weeks ago, Snowden made final preparations that resulted in last week's series of blockbuster news stories. At the NSA office in Hawaii where he was working, he copied the last set of documents he intended to disclose. He then advised his NSA supervisor that he needed to be away from work for "a couple of weeks" in order to receive treatment for epilepsy, a condition he learned he suffers from after a series of seizures last year.*

³⁹ Trecho original: *On May 20, 2013, Snowden went to Hong Kong to meet with Greenwald and with filmmaker Laura Poitras. The first articles about his documents appeared in the Guardian and The Washington Post in early June, as did a taped interview with Snowden.*

⁴⁰ Trecho original: *The U.S. government charged Snowden with espionage and revoked his passport. Snowden flew to Moscow on June 23, but was unable to continue en route to Latin America because he no longer had a passport. After*

de documentos. A Agência teria acesso a servidores de empresas como *Google, Facebook, Skype e Apple*; o monitoramento faria parte de programa de espionagem chamado *Prism*, que permite aos agentes coletar diversos tipos de materiais como histórico de internet, conteúdo de e-mails e *chats* e transferências de arquivos (BBC, 2013).

Snowden acusou a NSA de estar construindo uma infraestrutura tecnológica que permite a interceptação de praticamente qualquer tipo de informação. Com esse aparato, seria possível rastrear a comunicação de qualquer pessoa automaticamente, sem nenhuma forma de controle prévio (MACASKILL, 2013, tradução nossa⁴¹). Com base nos documentos apresentados, verificou-se que, por exemplo, o Brasil teve 2,3 bilhões de telefonemas e mensagens de e-mail espionados⁴². Para além da comunidade em geral, autoridades políticas, como Dilma Rousseff e a Angela Merkel, também tiveram suas comunicações (via telefone e internet) violadas, gerando a exigência de ainda mais explicações.

As acusações foram reconhecidas pela Casa Branca que, contudo, logo alertou para o fato de que o objeto das coletas eram os *metadados* e não o conteúdo neles contido. O termo *metadado*

living in the airport transit area for more than a month, and applying for asylum in more than 21 countries, he was granted temporary asylum in Russia, where he has been living ever since.

⁴¹ Trecho original: *The NSA has built an infrastructure that allows it to intercept almost everything. With this capability, the vast majority of human communications are automatically ingested without targeting.* Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-why>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

⁴² Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/07/130708_brasil_snowden_dg.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2016.

(*metadada*, em inglês) passou, então a ser comumente utilizado. Esse tipo de informação refere-se, por exemplo, à hora e ao local de uma ligação telefônica, mas não ao teor do que foi conversado nessa ligação. Tal separação é mais facilmente perceptível em meios *offline*, como o telefone; já nos meios de comunicação *online*, sobretudo quando se trata de e-mails, a diferença fica menos evidente, já que metadados sobre um e-mail, “incluem quem mandou mensagens para quem, quando a mensagem foi enviada e a localização de quem a enviou” (GREENWALD, 2014, p.139), oferecendo informações bastante precisas sobre a comunicação. Desde então, a maneira como esses dados são classificados tornou-se um dos principais pontos levantados pela NSA para se defender das acusações de desrespeito à privacidade.

A Senadora democrata Dianne Feinstein, Presidente da Comissão de Inteligência do Senado norte-americano, declarou que o programa de coleta massiva de informações telefônicas não poderia ser considerado como uma forma de “vigilância” do cidadão, haja vista não acessar o conteúdo das comunicações, mas tão somente números de telefone, chamadas feitas e recebidas e duração das chamadas (LEWIS, 2013, tradução nossa⁴³). Por outro lado, críticos da política de vigilância norte-americana, discordaram veementemente desse tipo de afirmação a defender que a coleta efetuada ultrapassa em muito os limites originalmente previstos pelo Congresso e que as informações coletadas – mesmo que o sejam em moldes gerais – são, sim, pessoais, permitindo

⁴³ Trecho original: “*The call-records program is not surveillance. It does not collect the content of any communication, nor do the records include names or locations. The NSA only collects the type of information found on a telephone bill: phone numbers of calls placed and received, the time of the calls and duration.*”

a construção de um perfil mais detalhado das pessoas analisadas (MACASKILL; DANCE, 2013).

A principal justificativa para o tratamento dispensado à privacidade pela NSA é a segurança nacional, que tem como seu maior objetivo o combate ao Terrorismo. A NSA ressalta, constantemente, que se os programas de vigilância existissem antes do “11 de setembro” o ataque, possivelmente, não teria acontecido (MACASKILL; DANCE, 2013). Tal argumento, contudo, abriu ainda mais o leque de respostas. Por exemplo, expôs-se o fato de que, apesar da falha, as Agências de Inteligência já possuíam a capacidade de levantar informações importantes ao combate ao Terrorismo antes dos ataques de 2001. Além disso, estudos recentes (MACASKILL; DANCE, 2013) apontam que a maioria dos norte-americanos acredita que a preservação de seus direitos como cidadãos é mais importante do que a prevenção de ataques terroristas.

As reações negativas aos atos revelados foram as mais diversas. A sociedade (re)tomou conhecimento de seu direito à privacidade e as empresas envolvidas – como *Google*, *Apple* e *Facebook* – acionaram o Judiciário para poderem ser mais transparentes com seus usuários (MACASKILL; DANCE, 2013). O Congresso americano e o Presidente Barack Obama reconheceram a necessidade de reformas na política de coleta de dados da NSA e, em maio de 2014, foi aprovado um projeto de lei que pretende encerrar a coleta indiscriminada de *metadados* da sociedade (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014, tradução

nossa⁴⁴). No âmbito nacional, destaca-se o discurso proferido em 2014, no evento NETmundial⁴⁵, por Dilma Rousseff, defendendo que casos como os divulgados sobre a NSA são inaceitáveis e “atentam contra a própria natureza da Internet, aberta, plural e livre”. Acrescentou que “a Internet que queremos só é possível num cenário de respeito dos direitos humanos, em particular a privacidade e a liberdade de expressão”; ressaltou que “os direitos que as pessoas têm *offline* também devem ser protegidos *online*” (BANCALEIRO, 2014).

Fazendo uso da expressão *líquida* para designar a fluidez da sociedade contemporânea — que classifica como pós-moderna⁴⁶ ou inserida na modernidade líquida —, Bauman utiliza o mesmo termo ao analisar o constante estado de vigilância no qual vivemos. Fala-se, então, na vigilância líquida (BAUMAN, 2014, p.04). Fruto de uma realidade pós-panóptica, na qual o inspetor pode atingir domínios inalcançáveis, o monitoramento é uma constante (BAUMAN, 2014, p.13-14). Aqui é importante lembrar que a vigilância é executada pelo

⁴⁴ Trecho original: “*While working for the contractors, Snowden downloaded secret documents related to U.S. intelligence activities and partnerships with foreign allies [...].*”

⁴⁵ <http://netmundial.br/pt/>

⁴⁶ Segundo Pilati (2013, p. 07; 201): “[...] se a Modernidade caracterizou-se pelo acento do indivíduo, a Pós-Modernidade – está a dizer a Constituição – deverá notabilizar-se como um paradigma assentado no resgate do coletivo: o coletivo como instância autônoma da Sociedade, ao lado de Estado e indivíduo [...]” Também tratando do tema, Perry Anderson (1999, p.33;43) informa: “No título e no tema, *A condição pós-moderna* foi o primeiro livro a tratar a pós-modernidade como uma mudança geral na condição humana. [...]. *A condição pós-moderna* foi publicada no outono de 1979. Exatamente um ano depois. Jürgen Habermas proferiu seu discurso *Modernidade – um projeto incompleto* em Frankfurt, ao receber o prêmio Adorno da municipalidade. O trabalho ocupa posição peculiar no discurso da pós-modernidade. Em substância, aborda o pós-moderno apenas num grau limitado, mas teve o efeito de colocá-lo em destaque daí por diante como um referencial padrão.” (p.43)

Estado (como no caso divulgado por Snowden), mas também por empresas privadas e pelos próprios cidadãos. Vigiamo-nos mutuamente de maneira constante. O que se vigia, independentemente do vigilante, é a informação. É a valorização da informação que vai alterar o eixo dos estudos sobre a privacidade, fazendo com que o foco deixe de ser o isolamento, direcionando-se à proteção e ao controle da informação.

Dessa forma, chegando quase à terceira década do século XXI, somos indivíduos de uma sociedade fluida, digitalizada, que circula por ambientes distantes, sem nunca ter pisado neles. Somos obcecados pelo íntimo (o nosso e o alheio). A exposição é uma necessidade, tudo é fotografado, compartilhado e disseminado. Buscamos os espaços escondidos e julgamos aqueles que insistem em nos privar de suas vidas. Por mais que demonstremos consternação ao vermos escancarada a ingerência com nossas informações por parte do Estado ou de grandes empresas internacionais, mantemos o comportamento invasivo e evasivo diante da privacidade. O ambiente digital é o espaço símbolo da nossa sociedade. Lá todos têm opinião sobre tudo, exercendo uma liberdade de expressão quase totalitária. As informações ficam tatuadas na rede, espalham-se e viralizam-se. Nessa mistura de *pólis* e *oikos*, que são as redes sociais, vivemos e bradamos pelas injustiças do mundo, enquanto postamos a foto do jantar da noite anterior. Experimentamos uma sensação de liberdade plena e, ao mesmo tempo, nunca fomos tão controlados. Diante de tantas mudanças e de um cenário extremamente complexo como o atual, é fundamental entender o que é privacidade hoje.

1.3 Afinal, o que é privacidade?

Elástica, flexível, fluida são alguns dos adjetivos que podemos utilizar para caracterizar a privacidade. Como vimos demonstrando, da antiguidade ao momento atual, as definições de público e privado sofreram profundas alterações, expandindo suas possibilidades, atingindo novos espaços e adaptando-se ao comportamento humano, também marcado pela liquidez. Tornando o tema ainda mais multifacetado, notamos que as mutações de percepção sobre o que é ou deixa de ser privado não eliminaram as versões anteriores, muito pelo contrário, somaram-se. O privado não deixou de ser familiar, mas passou a ser, *também*, isolamento, por exemplo. O público não deixou de ser político, mas passou a ser, *também*, comunal. Em cada época, conforme ditava a realidade, o foco foi direcionado a determinado ponto de maior importância à sociedade e, nesse caminho, mais ou menos valorizada, a privacidade manteve-se presente.

Muito se fala sobre as dificuldades em atribuir-se um conceito à privacidade, justamente em função de seus contornos indefinidos, afinal a noção de privado acompanha o desenvolvimento da sociedade e, por lógica, do ser humano. Sendo a privacidade uma *necessidade* eminentemente *humana*, a complexidade da pessoa acaba reverberando em nosso objeto de estudo, expandindo nossa experiência de trabalhá-lo e tornando-o proporcionalmente complexo. Assim, acreditamos que a dificuldade posta encontra-se, sobretudo, na busca pela limitação da definição e, de fato, dificilmente a frustração será evitada àqueles que objetivam elaborar um conceito único à privacidade.

Essa não é a nossa tarefa. Aqui nos propomos a apresentar *definições*, no plural, relacionadas às diversas formas de análise da privacidade, dentro do contorno que nos interessa, não de maneira delimitadora.

Embora ainda não estejamos tratando do *direito à privacidade*, ressaltamos desde já que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário, ao elaborarem a Constituição 1988⁴⁷ e o Código Civil de 2002⁴⁸ (Lei n. 10.406) optaram por não fazer uso do termo *privacidade*, mas das expressões *vida privada* e *intimidade*, sem oferecer conceitos a nenhuma delas. Na Constituição de 1988 fala-se, também, em *sigilo* (de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas) e na *inviolabilidade da casa*.

Ao consultar o dicionário, percebemos que a maleabilidade no uso das palavras referidas é igualmente presente. Assim, temos que *íntimo*⁴⁹ é adjetivo relativo à essência, que diz respeito ao espírito, caracterizador de um ambiente propício à privacidade; é o mais secreto,

⁴⁷ 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [...].

⁴⁸ 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.

⁴⁹ <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=%25C3%25ADntimo>

o que há de mais profundo, da alma e da mente. *Intimidade*⁵⁰ é substantivo, sendo definida como a qualidade do que é íntimo. *Sigilo*⁵¹ é substantivo que marca o escondido, o que deve ser mantido em segredo, o confidencial. O termo *privado*⁵² adjetiva o que é pessoal e não expresso em público, referindo-se, também, ao só, ao isolado e ao interior da pessoa, ao íntimo. Já *privacidade*⁵³ é substantivo importado da língua inglesa (*privacy*), sendo por nós utilizado para fazer referência à vida privada, à vida íntima e à *liberdade pessoal*.

Fica claro que podemos fazer uso de qualquer um dos termos para referenciar a mesma situação. Por exemplo, falamos em vida privada ou vida íntima para tratar do mesmo espaço da vida sobre a qual se fala. Algo secreto, sigiloso ou íntimo pode ser relacionado ao o mesmo aspecto que se deseja manter em segredo. O privado pode ser íntimo, o íntimo pode ser secreto, o secreto pode ser privado. Ao mesmo tempo, cada um deles poderá assumir — de forma bastante subjetiva —, a depender do sujeito da fala, um significado específico. Assim, nem sempre o íntimo será secreto ou o assunto sigiloso será privado. O que queremos dizer é que o significado do discurso irá variar conforme quem o profere, possibilitando cada um dos termos aqui apresentados usos variados. Juridicamente, como será visto no próximo capítulo, a mesma possibilidade é aventada.

Mais uma vez, ressaltamos que diante de tantas variações terminológicas e de significados, a tarefa de elaborar um conceito exige uma limitação temática, caso contrário estaríamos limitando o termo em

⁵⁰ <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=intimidade>

⁵¹ <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=sigilo>

⁵² <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=privado>

⁵³ <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=privacidade>

si, o que não nos parece conveniente. Desta feita, dentro dos limites de nosso trabalho e para a análise das questões aqui levantadas, iremos estabelecer como termo básico a palavra *privacidade* e, partindo dela, iremos proceder com o estudo dos demais. A opção pelo protagonismo da expressão *privacidade* deriva-se, justamente, de sua abrangência característica advinda da expressão original: *privacy*.

Ao estudar textos nos quais Stuart Mill⁵⁴ fez referência à privacidade, Doneda (2006, p.131) explica que o filósofo cômico das mudanças causadas pela sociedade industrial e pelo “desenvolvimento da ideia de liberdade diretamente ligada à autonomia privada, desenvolve a ideia de que a *privacy* é uma forma de resistência do homem frente à tendência de massificação própria da sociedade” da época. Da mesma forma, já descrevemos que o movimento em defesa da privacidade foi de rebeldia contra a opressão promovida pela padronização social. Incentivar o privado era — e continua sendo — incentivar o indivíduo. A luta pela privacidade foi, dessa forma, uma luta pela liberdade individual. E é essa liberdade aportada pelo termo *privacy*⁵⁵, que nos interessa neste momento.

⁵⁴ John Stuart Mill, 1806-1873. “Contra todo voluntarismo político que tenderia a pretender impor ao povo sua própria felicidade, o pensamento político de John Stuart Mill coloca à frente o exercício individual da própria autonomia e pela sociedade de seu governo. Nessa dupla condição, a felicidade ganha contra as crenças, avança no mesmo passo que a liberdade, essa liberdade faz o homem sair da solidão de seus interesses privados para encontrar na sociedade os meios para dar sentido à sua vida.” (CHATELET; DUHAMEL; PISIER, 1993, p.826)

⁵⁵ “O vocábulo “privacidade”, em si, possui raiz latina (o verbo *privare*, cuja forma adjetiva é *privatus*). Não obstante, sua utilização atual é em grande parte tributária do seu intenso emprego na língua inglesa – o que faz com que muitos hoje a representem como um anglicismo.” (DONEDA, 2008)

Privacidade, então, deve ser vista antes de tudo como exercício de uma liberdade da pessoa, uma necessidade humana. Parte-se para uma visão da privacidade que é interna ao sujeito, faz parte dele, formando-o enquanto ser humano. Seja trabalhando a privacidade como o *estar só*⁵⁶ ou numa perspectiva mais contemporânea de *controle informacional*, não se pode perder o vínculo com a pessoa, como forma de manifestação da *personalidade* (conceito que será melhor desenvolvido em momento oportuno). Ter privacidade é fundamental ao indivíduo, não apenas em oposição ao público, mas numa relação interna, visto que não será possível a assunção de seus desejos sem a construção de seu espaço íntimo. Voltando à análise de Habermas (2014, p.171-172) do processo de enaltecimento da privacidade pela sociedade burguesa, o autor lembra que, ao valorizar a esfera da intimidade, as pessoas reconhecem-se como seres humanos que podem “assumir relações puramente humanas”. Ao escrever cartas, por exemplo, o indivíduo se desenvolve em sua subjetividade”.

Contudo, embora arraigada à pessoa e inerente à sua natureza, a privacidade exige postura ativa de defesa e proteção. Há necessidade de movimento. Para que se concretize é preciso privar. Habermas (2014, p.355) nos oferece um exemplo bastante simplório, porém de fácil visualização, afirmando que a privacidade precisa ser

⁵⁶ “Na filosofia antiga podemos buscar várias menções a situações relacionadas à privacidade: a solidão, o retiro, a interiorização e outras — Sêneca, por exemplo, considerava a amizade e a fidelidade entre os mais altos sentimentos humanos, e a identidade e o retiro eram os instrumentos necessários para alcançá-las. De toda forma, deve-se ter a devida consideração de que a filosofia grega, bem como a romana, somente contemplaram a personalidade jurídica do homem dentro de limites e termos que provinham de sua própria organização política.” (DONEDA, 2006, p.123)

produzida a todo o momento. Assim, “um morador de condomínio, por exemplo, coloca sua cadeira nos fundos da casa, em vez de colocá-la no lado que dá para o pátio, para mostrar que não quer ser incomodado”. Percebe-se que, aqui, estamos lidando com a privacidade apenas enquanto manutenção do isolamento, mas a ideia básica de sua natureza se faz presente.

Como visto espaços públicos e privados apresentam fronteiras (quando ainda existentes) bastante permeáveis, o que altera a percepção inicial de que a privacidade é oposta ao público e, nesse sentido, a distância entre o privado greco-romano e a privacidade atual é notável. No entanto, voltamos a ressaltar: privacidade *também* pode estar na casa, *também* pode estar na família, *também* pode ser refúgio. Conduto, evidentemente, os traços atuais da privacidade são mais utilizados para tratar do espaço íntimo de cada um e, dessa forma, é com mais frequência oposta ao social. Como dito por Arendt (2005, p.48) a “privacidade moderna, em sua função mais relevante — proteger aquilo que é íntimo — foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos”. Se antes o ambiente privado era reservado aos aspectos mais terrenos e banais da vida dos cidadãos, a compreensão da relevância da vida privada aporta mais uma “camada de sabor” à privacidade. Então, se no mundo público só era tolerado aquilo tido como “relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante” se tornava automaticamente assunto privado, o reconhecimento da essencialidade da privacidade traz à tona a compreensão de que determinados temas, exatamente por conta de sua

relevância “só podem sobreviver na esfera privada” (ARENDDT, 20105, p.61).

Nissenbaum (2010, p.90, tradução nossa⁵⁷) fala sobre o consenso de que os termos *público* e *privado* variam conforme o contexto, sendo, contudo, normalmente apresentados como dicotômicos. Em alguns casos, *privado* assinala o ambiente familiar, pessoal e íntimo, enquanto *público* faz referência à cidadania, à vida em comunidade. Numa outra perspectiva, como já fizemos referência, público é o conjunto de indivíduos, *o público, a opinião pública*. A vida pública pode ser relacionada à vida política, e aí abre-se toda uma gama de funções/objetos/espacos que fazem uso do público enquanto adjetivo que transforma algo em *estatal*. No direito também existe tal divisão, mais acadêmica do que prática; o direito privado geralmente marca o domínio da regulamentação das relações entre particulares, enquanto direito público geralmente cobre disputas envolvendo atores e instituições governamentais⁵⁸.

⁵⁷ Trecho original: “There seems to be general agreement, however, that although the terms *private* and *public* vary in meaning from one arena to another [...] they invariably demarcate a strict dichotomy. In some arenas, the term *private* signals the realms of the familial, the personal, or intimate relations, while the term *public* signals civic actions [...] beyond the home and the personal. In other arenas, public invokes the realms of private citizen and private institutions [...]. In the arena of law, private law generally marks the realm of practice engaged in settling scores between and among people in their private capacities, while public law generally covers disputes involving government actors and institutions.”

⁵⁸ Como já dissemos, e verificaremos oportunamente, direito público e privado são categorias que também permitem fluidez. No entanto, vale a citação da divisão tradicional entre ambos, de Bandeira de Mello (2003, p.26): “O Direito é um conjunto de normas — princípios e regras —, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno, o direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o

Parece ser na senda dessa dicotomia que Habermas (2014, p.173) dita que o oposto da privacidade (e aqui o autor faz uso da expressão *intimidade*) não é a publicidade, mas a *indiscrição*. A atualidade do entendimento é impressionante. Ao desvincular a privacidade como oposição ao público, abre-se a possibilidade para o exercício da privacidade em público, entendimento essencial à compreensão do que é privacidade contemporânea. Seja em casa ou no meio da rua, seja a pessoa uma celebridade reconhecida ou alguém que vive uma vida de resguardo, a possibilidade de exercício da privacidade estará presente. É claro que ao optar por praticar determinado ato em público, o sujeito tem consciência de que um número maior de pessoas terá acesso àquela informação, no entanto, o espectro da privacidade permanece. Ademais, “proteger a privacidade em público não significa uma tutela absoluta, mas apenas representa a limitação de certas maneiras de usar e de revelar algumas informações, pois nem sempre o que foi feito em público” é, de fato, *público* (LEONARDI, 2011, p.367). Trabalhar o público e o privado em bases sistematicamente dicotômicas e antagônicas, abre caminho para a aceitação de que todo o movimento executado fora das fronteiras da esfera privada impede o *exercício* do *privar*, permite a coleta e disseminação de informações de modo

Direito Privado. Este último se ocupa dos interesses privados, regulando relações entre particulares. É, então, governado pela *autonomia da vontade*, de tal sorte que nele vige o princípio fundamental de que as partes elegem as finalidades que desejam alcançar, preparam-se (ou não) a isto conforme desejem e servem-se para tanto dos meios que elejam a seu alvedrio, contanto que tais finalidades ou meios não sejam proibidos pelo Direito. Inversamente, o Direito Público se ocupa de interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de *função*, de dever de atendimento do interesse público.”

excessivo e negligencia demandas concisas e legítimas pela proteção da privacidade (NISSENBAUM, 2010, p.114, tradução nossa⁵⁹).

É de suma importância frisar essa questão: mesmo havendo limitação voluntária do exercício da privacidade, a pessoa que optou por tal limitação não pode se ver despida de sua tutela. Vêm sendo frequentemente denunciadas, por exemplo, casos de pornografia de vingança⁶⁰, que representam agressão gravíssima não só, mas também, à privacidade das vítimas que sofrem esse tipo de violência e, com a mesma frequência, nos deparamos com o senso comum de que “se não queria que ninguém visse a imagem/cena/o momento íntimo não deveria ter registrado”. De forma alguma esse pensamento pode prosperar. Ora, não é porque alguém se deixa filmar ou fotografar por outra pessoa (ou seja, expôs voluntariamente a sua intimidade) que esse outro pode fazer o que quiser com a informação recebida. Mesmo havendo sua *evasão*, a privacidade permanece e não pode ser violada.

Temos na privacidade, então, um aspecto inerente à nossa existência enquanto seres humanos, que nos possibilita conhecer, construir, desenvolver e expressar nossa personalidade. Arendt (2005, p.81) diz que “uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se [...] superficial”. Vamos além e grifamos

⁵⁹ Trecho original: “[...] there are three ways in which the private/public dichotomy serves as a framework for articulating a right to privacy. [...] for anything that lies outside these protected domains, the implication is that ‘anything goes’. In my view, the trouble with this approach is that it neglects a range of situations — from those involving nongovernmental actors, to spheres not typically deemed to be personal or private, to collecting or disseminating information not typically deemed personal or private — in which many people perceive robust and legitimate privacy claims.”

⁶⁰ “Expressão usada para identificar a divulgação, sem autorização, de fotos e vídeos íntimos”. (MAGESK; SOARES, 20??)

que torna-se *insuportável*. Vivemos em sociedade e a comunicação é também fator fundamental de nossa vivência e evolução. A privacidade exagerada impossibilita relações, não permite ver e ser visto, ouvir e ser escutado, nos priva “da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida”. No entanto, é importante “reter a visibilidade” para proteger um “terreno oculto” mais profundo e essencial a todos (ARENDT, 2005, p.68; 81).

A não possibilidade de separação dos outros, da massa, do público é opressora. Público⁶¹ pode ser o lugar comum a todos, um lugar social onde convivemos e nos relacionamos e, dessa forma, ele nos une e nos separa. Este mundo público “reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que colidamos uns com os outros” (ARENDT, 2005, p.62). Porém, a desmesura dessa relação ou dessa separação é prejudicial ao indivíduo. A massa opressora pode destruir o espaço privado — invadindo o local onde nos sentimos seguros para nos expressarmos da maneira mais livre possível — mas também o espaço público, causando danos aos indivíduos que nele convivem, corrompendo as relações humanas, e incentivando a busca pelo

⁶¹ “Hannah Arendt, em *The Human Condition*, ao discutir a esfera do público, inicia reconhecendo que o termo público designa dois fenômenos relacionados: (I) o de tudo aquilo que vem a público pode ser visto e ouvido por todos; e (II) o mundo comum a todos, que para ela não se reduz à terra, à natureza ou a Deus, mas é em verdade um artefato humano, constituído por coisas citadas que se inserem entre a natureza e os homens, unindo-os e separando-os num habitat humano. [...]. Segundo a concepção de Hannah Arendt, o *habitat* humano, em que entramos quando nascemos e que deixamos ao morrer, é composto por objetos que são coletivos e, por isso, públicos, porque existem independentemente dos indivíduos, mas são por eles vistos e percebidos conjuntamente, quer sejam eles materiais — como cidades ou momentos —, quer sejam imateriais — como leis ou instituições sociais.” (LAFER, 1998, p.244)

isolamento. Há “coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que possamos adquirir alguma forma de existência” (ARENDDT, 2005, p.84). Leonardi (2011, p.366) nota que ainda “que todo indivíduo aja de modos diferentes em espaços públicos e privados, esses comportamentos se aproximam quando não se teme o registro ou a veiculação posterior dos acontecimentos”.

Ademais, a vontade de *privar* não pode ser igualada à *vergonha* ou ao *errado*, mesmo que a motivação para o *esconder* seja essa. Ao contrário do que possa parecer, diante de uma sociedade que valoriza como nunca a exposição, querer *não mostrar* não é condenável. Bauman (2014, p.47-48) acredita que a lógica atual é a da maior visibilidade possível, como se a existência só se tornasse significativa quando exposta. O objetivo é o reconhecimento social, o despertar do desejo, transformando a área da privacidade “num lugar de encarceramento, sendo o dono do espaço privado condenado e sentenciado a padecer expiando os próprios erros” (BAUMAN, 2014, p.55). A importância da não exposição é também destacada por Greenwald (2014, p.193-194), ao afirmar que existem diversas ações que não configuram um “fazer algo errado”, mas seus sujeitos optam por não compartilhá-las, sendo a privacidade mesmo indispensável a uma ampla gama delas, independentemente de ilicitude ou comportamento inadequado. Em resumo, todos têm algo a esconder, felizmente. Concordamos quando Lafer (1998, p.261), define que “nem tudo aquilo que deve ser ocultado constitui uma privação ou representa algo moralmente condenável e vergonhoso, ou seja, tem para a comunidade política o efeito deletério da mentira”. O amor, por exemplo, como a dor, as paixões, os sentidos, “em síntese, as grandes forças da vida

íntima” são validadas “na penumbra, tanto que só surgem em público quando desindividualizadas e desprivatizadas” (LAFER, 1998, .261)

Nissenbaum (2010, p.76, tradução nossa⁶²) destaca duas provocações recorrentes quando se defende o papel da privacidade enquanto promotora da liberdade. A primeira, já citada por nós, é a de que apenas aqueles com algo a esconder têm algo a temer ou, em outras palavras, na medida em que a privacidade facilita a liberdade, é mais provável que sirva como acobertamento da *liberdade de errar*. A segunda é a de que a privacidade, no lugar de promover uma postura forte do indivíduo, incentiva um comportamento tímido e passivo; ou seja, mais do que esconder atitudes impopulares, nós deveríamos aprender a ser fortes o suficiente para resistir à pressão social e a nos manter firmes na defesa das diferenças. Assumir o diferente nos aporta o benefício de encorajar outras pessoas a fazer o mesmo, promovendo a tolerância e o respeito por parte da sociedade.

Respondendo à primeira provocação, ela (NISSENBAUM, 2010, p.76-77, tradução nossa⁶³) nos lembra de que em sociedades não

⁶² Trecho original: “[...] it is worth evaluating two recurrent challenges to privacy’s role in promoting freedom. One challenge comes down to this: only those with something to hide have something to fear, or, in other words, to the extent privacy facilitates freedom, it is more likely to serve as a cover for the freedom to do wrong. The second challenge is that privacy does not train strong self-direction but instead gives cover to moral timidity. Rather than hide unpopular choices, we should learn to be strong enough to resist social pressure and stand up for the right to be different. Being open about unpopular and unconventional choices (e.g., when a gay man chooses to reveal his homosexuality) has the secondary benefit of giving others the courage to do the same and might even promote tolerance and understanding of those choices in surrounding societies.”

⁶³ Trecho original: “In rebutting these two challenges, Gavison and Reiman remind us that in liberal, nontotalitarian societies significant areas of life are protected from public regulation [...]. In these areas, people are (in theory) let

totalitárias as pessoas, teoricamente, são livres para decidir e agir da maneira que acharem melhor, desde que não causem danos aos outros. Dessa forma, a privacidade, enquanto *liberdade de agir*, é essencial pois protege a *diversidade das escolhas pessoais*, e não no sentido de proteger a liberdade de causar danos ou cometer atos ilícitos. Quanto à segunda, a autora (NISSENBAUM, 2010, p.77, tradução nossa⁶⁴) acredita que preconceito, ódio, suspeitas irracionais, dentre outras formas de ativismos moralistas, persistem mesmo em sociedades explicitamente comprometidas com princípios de abertura, tolerância e respeito. Exigir militância na educação da sociedade como forma de demonstração de caráter, é impor um sacrifício sem resultado seguro. Assim, promover a “quebra compulsória” da privacidade pode equivaler

alone to decide and act as they please, as long as they do not directly harm others. in the United States and many other western democracies, these areas encompass religion, diet, sexual orientation, selection of friends, what one reads, what music one listens to, the use of birth control, consumption of alcohol, and so forth. Although it lies outside the scope of this book to assess, in general, how liberal societies ought to delineate these areas, they are committed to freedom from interference in areas we might call ‘zones of liberty’ (whatever they might be in a given society). Pursuit of lifestyles and life choices that run afoul of particular community mores are not only tolerated in liberal societies but, according to classic traditions, are potential sources of advanced and development. Privacy is important because it protects the diversity of personal choices and actions, not because it protects the freedom to harm others and commit crimes.”

⁶⁴ Trecho original: “What of the second challenge [...]? To this Gavison and Reiman respond that morality does not require supererogatory acts of its adherents. Prejudice, hatred, and irrational suspicion of others are known to persist even in societies explicitly committed to political principles of toleration for racial groups [...] and sexual orientation. Demanding openness as a show of character and as a means of ‘educating’ the rest of society is calling for a sacrifice where positive results are not assured. ‘The absence of privacy’, Gavison notes, ‘may mean total destruction of the lives of individuals condemned by norms with only questionable benefit to society. If the chance to achieve change in a particular case is small, it seems heartless and naïve to argue against the use of privacy’ [...]. Similarly, Reiman reminds us that [...]. ‘In any actual society we will need privacy to prevent this injustice’ [...].”

à destruição da individualidade, sendo sua manutenção fundamental à prevenção contra injustiças sociais. Acompanhamos sua posição. Não há dúvida de que uma postura pró-ativa é importantíssima no combate ao cerceamento da liberdade individual e a defesa da privacidade encaminha-se nesse sentido. Contudo, fazer uso da intimidade alheia como exemplo de conduta (a ser seguida ou não) é método de luta que nos remete à humilhação pública, ao apedrejamento, ao linchamento coletivo, ao julgamento social, todos incompatíveis com o estado democrático de direito⁶⁵. Se para algumas pessoas a abertura dos espaços, a exposição das relações e informações se mostra como movimento interessante, para outras a opção é pela discrição.

⁶⁵ “Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei* [...]; (b) *divisão de poderes* [...] Legislativo, Executivo e Judiciário [...]; (c) *enunciados e garantia dos direitos individuais*. [...] o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O Estado de Direito [...] transforma-se em *Estado Social de Direito*, onde o ‘qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social’. [...] Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*. [...] ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.” (SILVA, 2003, p.112-113; 115; 117-119).

Voltando ao texto de Lafer (1998, p.267-269), ao tecer comentários à obra de Hannah Arendt, ele nos lembra de que a autora relaciona privacidade à *exclusividade*. Explica-se: enquanto a esfera pública é marcada pela igualdade, no sentido de que todos comungam de um espaço comum, a esfera privada é exclusiva. Nela escolhemos com quem iremos nos relacionar, sendo as características presentes em cada um, assim como as nossas, que nos levam a proceder com tais escolhas. Não há conformismo ou padronização na privacidade; mesmo encoberta, a escolha é nossa. A autora apresenta a exclusividade como princípio da esfera privada e é esse princípio (fazendo uso da expressão por ela utilizada) que coloca o respeito à vida íntima (também expressão da autora) como limite ao direito à informação, sendo válido manter longe do público “aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, que se vê lesado e agredido quando violado e divulgado”.

Em síntese, como para Hannah Arendt o público é comum, que deve ser visível, e o privado é o que diz respeito ao indivíduo na sua singularidade, e que deve, por isso mesmo, ficar protegido da luz da publicidade, a tutela da intimidade é legítima com base no princípio da exclusividade. [...]. Para ela, a defesa da intimidade também se coloca como necessidade para a defesa da esfera pública, que se vê afetada quando o íntimo, cuja transparência deve ficar adstrita ao reservado, invade o público, pois esta invasão banaliza o público e compromete o juízo. É, portanto, igualmente na perspectiva do público que Hannah Arendt examina a intimidade, cuja publicização, assim como a privatização do público pelo social, na sua visão, não é adequada para a proposta de reconstrução do político, necessária para se evitar um novo ‘estado totalitário de natureza’. (LAFER, 1998, p.271, grifo nosso)

Por evidente que, como já ressaltamos, nossa relação com a exposição e a privação alterou-se bastante com o advento da internet, o que nos permite verificar que a tecnologia é um fator intensificador da natureza elástica da privacidade, característica essa também constatada por José Renato Cella e Luana Rosa: “Por difícil que seja cristalizar a problemática da *privacidade* em um único conceito é, no entanto, razoavelmente natural constatar que ela sempre foi diretamente condicionada pelo *estado da tecnologia* em cada época e sociedade.” Assim, diante da privacidade invadida ou evadida, resta claro que o ambiente virtual nos coloca frente a novas questões acerca do assunto, visto que o mundo *online* proporciona o “melhor exercício” do comportamento intrusivo — uma das marcas da nossa sociedade⁶⁶ — e, na mesma proporção a divulgação instantânea e abrangente de qualquer informação. Thibes (2014, p.161), ao analisar o ímpeto expositor presente na atualidade, define que a exposição não deve ser reduzida à mera futilidade, sendo um imperativo do atual capitalismo conexcionista⁶⁷, reconhecido e demandado pela sociedade, sendo

⁶⁶ Analisando a obra de Jon L. Mills (*Privacy: The lost right. New York: Oxford University Press. Kindle Editions. Ebook, 2008*), Machado (2014, p.46) escreve: “A sociedade hoje é mais intrusiva do que em outros momentos da história. A indústria da informação, a imprensa moderna e os governos estão cada vez mais intrusivos, na opinião de Mills (2008, p. 146), em que cada um deles deve ter motivações para invadir a privacidade pessoal. O fato é que as pessoas estão correndo riscos. [...]. O referido autor questiona se as pessoas estão compreendendo o vasto âmbito de intromissão e os potenciais efeitos desta invasão. Como exemplo, o Estado, com a finalidade de garantir a segurança para os cidadãos, instala câmeras guardiãs para o controle e tentativa de redução dos níveis de violência, no entanto, os controladores destes equipamentos o utilizam de maneira indevida, na medida em que se aproveitam das suas funções para invadir a privacidade das pessoas, especialmente mulheres.”

⁶⁷ “No capitalismo conexcionista (ou terceiro capitalismo) “a vida pessoal, tendo estado distante do mundo do trabalho no começo do século XX, é novamente trazida à baila e incorporada ao sistema produtivo, adquirindo papel central na

indispensável realizar um investimento na imagem virtual, objetivando o reconhecimento “dos pares (membros da rede) e de possíveis empregadores. A exposição de si bem-sucedida irá garantir não apenas aprovação virtual, mas benefícios reais: mais amigos, conquista de parceiros amorosos e empregos”.

O mundo *online*, como já comentamos, é ambiente onde o público e o privado degludem-se reciprocamente. É uma esfera típica da nossa sociedade, da qual nos desconectamos com frequência cada vez mais reduzida. Como dito por Machado (2014, p.48), as ferramentas tecnológicas de informação e comunicação tornam consideravelmente mais fluida a relação entre a esfera pública e a esfera privada,

constelação valorativa do capitalismo avançado. Neste período, no âmbito do trabalho, os modos de controle típicos da sociedade disciplinar – controle externo, hierarquia e adiamento da gratificação – foram substituídos pelo autocontrole e por mudanças condensadas no eixo da *flexibilidade*. A interpretação da crise do capitalismo como crise do taylorismo provocou, no início dos anos 1970, certo número de iniciativas patronais de mudanças na organização do trabalho. Os critérios de seleção passaram a privilegiar os mais adaptados às novas exigências do mercado de trabalho. Além dos tradicionais critérios de idade, sexo e nacionalidade, as provas que a sociedade contemporânea passou a exigir, por meio das quais se efetua a seleção social das pessoas e é decidido quais serão bem-sucedidas e quais não o serão, passaram a ser relacionadas às características de autonomia, empreendedorismo, iniciativa, flexibilidade (para trabalhar em múltiplos projetos), comunicabilidade, equilíbrio psicológico (capacidade de suportar pressão), sociabilidade (para fazer contatos), entre tantas outras características *peçoais, individuais*, que devem ser cultivadas e reveladas. Diferente do segundo espírito do capitalismo, em que vigorava a nítida separação das aptidões profissionais e peçoais dos trabalhadores, no terceiro, essas duas dimensões da vida foram fundidas. As qualidades mais “peçoais” dos indivíduos, isto é, aquelas relacionadas ao seu “caráter”, passaram a ser vigorosamente valorizadas. Mediante técnicas da psicologia do trabalho, é feita a seleção de candidatos que possuam essas características e que são, presumidamente, mais adaptados (ou adaptáveis) às novas exigências do mundo empresarial. [...]. Em tempos de *Internet*, não basta ter um bom currículo e obter bom desempenho durante a entrevista; a imagem *online* necessita ser correspondentemente atrativa”. (THIBES, 2014, p.152-154)

“possibilitando a construção livre da esfera privada e do desenvolvimento autônomo da personalidade como condições para determinar a efetividade e a amplitude da liberdade na esfera pública”. Vivemos *online* assim como *offline*. Compras são feitas, contas são pagas, relacionamentos começam e terminam. A comunicação virtual é incansável. Sobretudo com o advento das redes sociais, pensamos, falamos e escrevemos em público, constantemente. Considerando que esse agir é também uma forma de manifestação da privacidade, também *online* a exercitamos. Tal afirmativa, contudo, nem sempre parece soar evidente. Como veremos adiante, percebe-se que, eventualmente, há a falsa impressão de que alguns direitos, dentre eles o direito à privacidade, fragilizam-se quando *digitalizados*.

Por ora, ficamos com a informação de que, por exemplo, uma pessoa que envia determinada informação, íntima, para um amigo (via *Facebook* ou *WhatsApp*, por exemplo) continua tendo resguardada sua privacidade. Não estamos aqui tratando da relação entre consumidor e provedor, mas entre duas pessoas naturais⁶⁸. Em outras palavras, assim como na realidade não virtual temos a possibilidade de controlar o acesso de terceiros às nossas informações (seja essa uma imagem, um escrito, uma fala) o mesmo pode, e deve, ser exigido no mundo virtual. Por evidente que o controle é muito mais complexo, mas temos que ter em mente que a privacidade permanece. Essa diminuição da expectativa

⁶⁸ Para Lôbo (2015, p.92), pessoa “é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos. Todo ser humano nascido com vida é pessoa. Vê-se que pessoa é atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza. É, portanto, conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito”. Tartuce (2016, p.118) acrescenta que “o conceito de pessoa natural exclui os animais, os seres inanimados”, assim como, evidentemente, as pessoas jurídicas.

de privacidade serve como vetor propulsor à ameaça de transformação de toda a manifestação do sujeito em uma “entrevista coletiva à imprensa”, exigindo planejamento minucioso antes de proferir cada palavra, sufocando a espontaneidade, a criatividade e o dissenso “pelo medo de ser escrutinado e ridicularizado não apenas por quem se encontra naquele espaço público, mas por toda uma coletividade de usuários indeterminados da Internet” (LEONARDI, 2011, p.366).

Há outro fator extremamente relevante à compreensão da privacidade contemporânea, qual seja sua *função social*. Com isso, queremos dizer que para formular um conceito — dentre tantos, repetimos — de privacidade, é importante ultrapassar sua configuração individual e dilatá-la ao coletivo (RODOTÀ, 2008, p.30), visto que podemos trabalhar a privacidade não apenas correlacionando-a aos interesses individuais dos sujeitos, mas da sociedade em geral. Se o interesse na privacidade foi fortalecido por conta do desejo de proteção de privilégios burgueses, tendo como base o individualismo proprietário, não é mais possível ter esse como único fundamento de sua importância. Trabalhando o tema em sua dimensão coletiva, Leonardi (2011, p.119) reforça que o valor da privacidade está também ligado “às suas contribuições para a manutenção do tecido social, e não apenas à proteção de interesses exclusivamente individuais.”

Seguindo com a análise de Leonardi (2011, p.121-122) se, por um lado, ao opor as esferas pública e privada, a privacidade pode ser vista como um escudo individual, conflitante com interesses da sociedade, por outro, ao ressaltar seu valor social, percebemos que a privacidade, exatamente por propiciar proteção para que os indivíduos desenvolvam sua personalidade, fomenta o desenvolvimento da

comunidade; “há benefícios sociais que justificam sua tutela”. Assim, o privado é incorporado ao público, e não posto como figura antagônica. Ou seja, “não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da *estrutura social*”. A privacidade pode, então, ser também vista como um *bem coletivo*⁶⁹ (PILATI, 2013, p.47). Coletivo não no sentido de estatal, mas com referência ao social, afinal, nessa perspectiva, a privacidade não pertence ao Estado, mas à Sociedade.

Ferrajoli propõe uma classificação de bens que se mostra bastante apropriada à ideia aqui aventada. Nesse sentido, aporta-se a este estudo seu conceito de *bens fundamentais*. O autor italiano (2011, p.54-55; 58) define os bens fundamentais como “os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado”. Partindo dessa classificação, ele subdivide os bens fundamentais em três categorias: a primeira delas é a de *bens personalíssimos*, “que são objetos de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou liberdade da sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros: como os órgãos do corpo humano”; há, também, os *bens comuns*, “que são objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou liberdade de, isto é, no direito de todos de aceder ao seu uso e gozo: como o ar, o clima e os outros bens

⁶⁹ Aqui, o próprio conceito de propriedade é atualizado servindo-se, igualmente, do manto da coletividade. Tal propriedade coletiva adequa-se aos seus novos interlocutores coletivos, possibilitando a relativização do seu objeto. A propriedade, nesses termos, deixa de se restringir aos bens corpóreos, permitindo-se abranger complexos de situações jurídicas partilhadas coletivamente (PILATI, 2013, p.47).

ecológicos do planeta”; finalmente, fala nos *bens sociais*, “que são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde garantidos pela obrigação de sua prestação: como a água, os alimentos básicos e os assim chamados ‘medicamentos essenciais’”. Ferrajoli (2011, p.62; 58-59) acredita que a importância de se proteger um bem como fundamental reside na possibilidade de torná-lo indisponível, subtraindo-o ao arbítrio das decisões políticas e do mercado.

Mesmo trabalhando com conceitos e perspectivas distintas, tanto Ferrajoli quanto Pilati, ao inovarem em modelos classificatórios de bens, nos abrem o campo de visão, enaltecendo os aspectos coletivos e sua função social de objetos jurídicos tradicionalmente individuais. Embora a privacidade não assuma de forma completa as características exigidas pelos autores para figurar nas categorias por eles criadas, enxerga-se nestas bases traços que aportam fundamentos para a ascensão da privacidade também ao coletivo. De todo modo, seja numa perspectiva individual ou coletiva, visto ser necessária sua classificação dentro da relação jurídica, acreditamos ser a privacidade em si um bem, em uma noção ampla, que “compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito” (GOMES, 1988, p.199) tutelado pelo ordenamento jurídico, o qual todos temos o direito de exercitar.

Se antes o privado ficava resignado ao material e ao terreno, sendo mera ferramenta para que o cidadão alcançasse o espaço público, divino e repleto de glórias, a sociedade desenvolveu-se no sentido de buscar na privacidade a ascensão do sujeito. No primeiro capítulo desta tese procuramos proporcionar o panorama desta caminhada, da antiguidade ao nosso tempo, tendo como objetivo

ressaltar as características que podem definir o que é privacidade hoje, dentro do contexto aqui apresentado. Nos próximos capítulos partiremos ao estudo do direito à privacidade, ou seja, analisaremos a tutela do bem e o exercício do direito, dando destaque ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Para tanto, e diante das características aqui relatadas, podemos definir que a privacidade é antes de tudo uma *qualidade* inerente à *pessoa*, essencial para o *desenvolvimento* de sua *personalidade* e individualidade. Além de sua importância *individual*, a privacidade pode ser trabalhada numa perspectiva *coletiva*, demonstrando-se fundamental também à sociedade. Ademais, nos parece claro que o termo, ao ser utilizado de maneira ampla, pode comportar expressões como *intimidade*, *vida privada* e *segredo*, em uma relação análoga àquela entre espécie e gênero, sendo privacidade espécie da qual intimidade, vida privada e segredo são gêneros. A privacidade não faz referência ao *local*, mas ao *agir* do sujeito, podendo ser mais ou menos ampla, conforme sua *escolha* comportamental. Privacidade é *liberdade*; liberdade de agir, de escolher, de desejar, que comporta *limitações*. Na relação jurídica, figura como *bem*, tutelado por direito próprio.

2 Direito à privacidade: a construção do direito, sua inserção no ordenamento jurídico nacional, seus limites e a censura

“Dentro de cada pessoa tem um cantinho escondido [...]”

(de Arnaldo Antunes, Marisa Monte, Carlinhos Brown e Cézár Mendes)

Tal qual o objeto que protege, o direito à privacidade experimenta ampla maleabilidade conceitual, permitindo diversas formas de exercício e configurando-se em diferentes possibilidades de tutela. Por outro lado, se já o percebíamos previsto indiretamente em normas antigas, sendo que no período romano clássico, por exemplo, verificam-se leis que vedam a violação do domicílio do indivíduo⁷⁰ (GODOY, 2015, p.08), diferente da privacidade em si, que como visto suscita interrogações desde a Antiguidade — para ficarmos restritos ao corte temporal efetuado para este trabalho —, o direito à privacidade só ganhou destaque, enquanto figura jurídica autônoma, no final do século XIX. Seu alvorecer mais recente não significa, contudo, maior estabilidade, visto que, a exemplo do bem tutelado, o direito à privacidade foi — e continua sendo — constantemente debatido, diminuído e ampliado, enaltecido e ignorado. Definir o direito à privacidade é tarefa que exige contextualização; são muitas as possibilidades de conceito e cada uma delas será interessante conforme a moldura na qual é trabalhada. Aqui, apresentaremos o processo de

⁷⁰ Exemplo é a *Lex Cornelia de Iniuriis*, que “separou das outras injúrias as lesões e a violação de domicílio [...] dando-lhes natureza de delito público [...]” (NASCIMENTO JUNIOR, 1999, p. 377).

criação deste direito, suas diversas possibilidades de aplicação, a maneira como vem sendo positivado e as limitações que o refreiam.

Reconhece-se como seu ponto de partida doutrinário o artigo “*Right to Privacy*”, de Warren e Brandeis, publicado em 15 de dezembro de 1890 na *Harvard Law Review*, estudo no qual os autores debruçaram-se sobre as possibilidades de isolamento do indivíduo, e estabeleceram algumas características básicas do direito à privacidade que permanecem até a atualidade. Desde então, discute-se sobre as variantes a serem inseridas ou excluídas de seu âmbito protetivo, sendo a vida privada, a intimidade, o segredo, e os dados pessoais alguns dos objetos jurídicos que entram como personagens na formação do direito à privacidade.

Percebe-se que, conforme o roteiro, os atores e o cenário apresentado, o direito à privacidade assume diferentes formas, justifica os mais variados movimentos e transita entre o mais bem intencionado protagonista, ascendendo ao posto de promotor da liberdade, ao mais ardiloso antagonista, confundido com a censura que oprime a expressão da sociedade. De pronto, assumimos que acompanhamos Maria Celina Bodin de Moraes quando, ao apresentar a obra de Rodotà (2008, p.07), defende que o direito à privacidade é “instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade”. Previsto em diversas Cartas Internacionais e positivado tanto em nossa Constituição como no atual Código Civil, o direito à privacidade é direito fundamental e direito da personalidade, ou seja, é essencial ao ser humano, está no ápice da carreira e não tem superiores, mas, apenas, iguais. É precisamente com esses iguais que, eventualmente,

desentende-se, oferecendo mais e mais fundamentos para a manutenção da dúvida: afinal, o que é o direito à privacidade?

2.1 Um direito em construção: “*The right to privacy*” e o direito de *estar só*

Como vimos de afirmar, o direito à privacidade é construção jurídica recente que tem reconhecido seu marco inicial, geralmente, no trabalho realizado por Warren e Brandeis. Antes da publicação do referido artigo, contudo, já era possível encontrar traços daquilo que seria definido, futuramente, como o direito à privacidade. Vieira (2007, p.32) nos apresenta alguns desses movimentos anteriores ao “*The Right to Privacy*”. Assim é que na Inglaterra do século XVI já era proclamado o princípio da inviolabilidade do domicílio. Outro exemplo, da primeira metade do século XIX, vem da Alemanha, onde Augusto Röder publicou o trabalho “*Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*”, no qual falava sobre um direito natural à vida privada que era violado por atos como “incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar num aposento sem se fazer anunciar”. Na França, em 1858, o direito à privacidade foi reconhecido pela primeira vez, em sede jurisprudencial, quando o Tribunal de Séné decidiu que a família de uma famosa atriz da época tinha o direito de impedir que sua imagem no leito de morte fosse publicada”⁷¹.

⁷¹ Referenciando o caso, Machado (2014, p.35-36) explica que a “irmã de Raquel, consternada com seu falecimento e para atender ao último pedido de sua irmã, contratou dois fotógrafos para reproduzir o seu retrato em seu leito de morte, mas o retrato não poderia ser reproduzido por qualquer outro motivo; [ocorre que], de forma não autorizada, os fotógrafos disponibilizaram a sua imagem para elaboração de um desenho que foi posteriormente publicado no seminário *L’Illustration*. A família da atriz ajuizou ação em face do desenhista e o Tribunal Civil de Sena proferiu sentença no sentido de que não seria dado a ninguém reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, sem autorização formal da família”.

Ademais, analisando a normativa brasileira, percebe-se que na Constituição de 1824 já havia a previsão de que “todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

Zanon (2013, p.40) ainda ressalta que foi Thomas McIntyre Cooley (1824-1898), jurista norte-americano e Presidente da Suprema Corte de Michigan, quem cunhou, em 1888⁷², a expressão *o direito de estar só (the right to be let alone)*. No entanto, por mais que a noção de privacidade não seja de todo recente, fato é que o impulso dado ao tema por Warren e Brandeis serviu para valorizar e chamar a atenção para esse direito em gestação, de forma autônoma e protagonista. Motivado pela divulgação não autorizada, nos jornais da época, de determinados fatos íntimos acerca do casamento de sua filha, Samuel Warren (que veio a se tornar juiz da Suprema Corte dos EUA), juntamente com Louis Brandeis deu vazão à construção da doutrina do *right to privacy*, em moldes adequados às necessidades da sociedade burguesa norte-americana do final do século XIX (DONEDA, 2000, p.02).

⁷²“O primeiro aspecto do direito à intimidade e à vida privada desenvolvida nos Estados Unidos versa sobre determinado tipo de autonomia pessoal, fundada na 14ª emenda e efetivada nos chamados *liberty cases*. A 14ª emenda, promulgada em 1868 após a guerra civil norte-americana com o intuito de por fim ao regime escravista vigente nos estados membros norte-americanos do sul, prescreve que: *nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico [...]; nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis.*” (ROBL FILHO, 2010, p.156-157)

Em seu artigo, os autores apresentam as características desse novo direito, suas funções e seus limites, distanciando-o da matriz proprietária utilizada como base para proteção de aspectos da vida privada até então, e aproximando-o da intenção de tutela da personalidade humana. Iniciam o trabalho lembrando que recentes inovações⁷³ chamam a atenção para um novo nível de proteção da personalidade e para a segurança do indivíduo, chamada pelo Juiz Cooley de “*direito de estar só*”, visto que fotografias instantâneas e empresas de comunicação têm invadido o sagrado e privado espaço do lar, e numerosos dispositivos tecnológicos ameaçam realizar a previsão “aquilo que é sussurrado na alcova deve ser berrado do telhado”⁷⁴. Segundo eles, a fofoca deixou de ser um vício ocioso para tornar-se uma importante ferramenta de barganha, verdadeiro produto e comercializado como tal. (WARREN; BRANDEIS, 1890, tradução nossa⁷⁵)

⁷³ “Foi em 1890, mesmo ano em que *The right to privacy* foi publicado, que o norte-americano Herman Hollerith concebeu uma máquina eletromecânica, que lia uma série de dados perfurados em cartões e que fez com que o censo de seu país fosse realizado naquele ano em um terço do tempo do censo anterior. Hollerith mais tarde fundaria a Tabulating Machine Company, hoje conhecida como IBM. [...] Mesmo aparentando uma índole mais pacífica do que as máquinas fotográficas, a máquina de Hollerith, ao revolucionar o censo norte-americano, foi um dos primeiros passos de uma tecnologia que proporcionaria uma redefinição dos limites do direito à privacidade. [...] O primeiro passo fora dado para o processamento mecânico de informações.” (DONEDA, 2000, p.03)

⁷⁴ Em inglês: “*What is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops*”.

⁷⁵ Trecho original: “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone. “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops. [...]. Gossip is no longer the resource of the

Warren e Brandeis explicam que é difícil considerar o direito à privacidade como um direito proprietário em sua concepção tradicional. Tomando como exemplo os pensamentos de um pai escritos em uma carta para o seu filho ou em seu diário, revelando alguma informação íntima, defendem que ninguém que tenha acesso a tal documento poderia divulgá-lo, mesmo que o acesso tenha ocorrido de forma legítima; a proibição não seria restrita à publicação de uma cópia da carta ou do diário em si, sendo mais ampla, atingindo o conteúdo. O que se protege não é o ato intelectual de expressar ideias em um pedaço de papel, mas os fatos que estão sendo impressos. A proteção concedida a pensamentos, sentimentos e emoções, expressados por qualquer meio é uma das instâncias de aplicação do direito a estar só, do direito a ser deixado em paz. (WARREN; BRANDEIS, 1890, tradução nossa⁷⁶)

Finalmente, estabelecem como direcionamento axiológico do *right to privacy* (ao proteger escritos pessoais ou qualquer outra forma de manifestação íntima), não o evitar a posse do meio físico onde o conteúdo está expresso, mas sim impedir a violação da personalidade da pessoa, fonte daquele conteúdo. A construção de uma norma que concretize tal direito deve levar em consideração a necessidade de proteção dos assuntos que não interessam à sociedade, impedindo que

idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery.”

⁷⁶ Trecho original: “it is difficult to regard the right as one of property, in the common acceptance of that term. A man records in a letter to his son, or in his diary, that he did not dine with his wife on a certain day. No one into whose hands those papers fall could publish them to the world, even if possession of the documents had been obtained rightfully; and the prohibition would not be confined to the publication of a copy of the letter itself, or of the diary entry; the restraint extends also to a publication of the contents. What is the thing which is protected? Surely, not the intellectual act of recording the fact that the husband did not dine with his wife, but that fact itself.”

esses sejam levados a público, protegendo a todos, independentemente de seu *status* ou posição, proporcionando que os sujeitos possam manter privadas suas informações, se assim desejarem. É a invasão injustificada da privacidade que se objetiva *reprender* e, sempre que possível, *prevenir*. Falam ainda sobre a importância de alguma forma de distinção ou categorização, tanto das informações como dos sujeitos, para averiguar-se o nível de proteção exigido sem jamais, contudo, abrir as portas à curiosidade lasciva. (WARREN; BRANDEIS, 1890, tradução nossa⁷⁷)

Analisando o trabalho de Warren e Brandeis, Cachapuz (2006, p.79) destaca a desvinculação do *right to privacy* da propriedade como a principal contribuição do texto ao desenvolvimento do direito à privacidade. A relevância “da garantia de respeito à privacidade, por uma proteção outorgada” ao direito da pessoa de “pensar, sentir e emocionar-se” efetiva o “resguardo à inviolabilidade da personalidade do indivíduo”. A ideia presente até então era a de que assim como a

⁷⁷ Trecho original: “The protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. [...].The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality. [...]. The design of the law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will. It is the unwarranted invasion of individual privacy which is reprehended, and to be, so far as possible, prevented. [...]. Some further discrimination is necessary, therefore, than to class facts or deeds as public or private according to a standard to be applied to the fact or deed *per se*. [...].Shall the courts thus close the front entrance to constituted authority, and open wide the back door to idle or prurient curiosity?”

propriedade não poderia ser violada (ou invadida), a mesma proibição deveria ser aplicada à vida privada. Ademais, “a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer)” (SCHREIBER, 2013, p.135). Também ressaltando o rompimento com a tradição de associação da proteção da vida privada com a propriedade, Mendes (2014, p.28) volta-se à constatação do caráter individualista do direito proposto no texto do século XIX. O individualismo arraigado aos primeiros conceitos do direito à privacidade é igualmente apontado por Doneda (2006, p.08-09), adjetivando-o como egoísta e relacionando-o ao movimento de “*zero-relationship*”, direcionado a proteger “ausência de comunicação entre um sujeito e os demais”⁷⁸.

De fato, ao lermos o artigo de Warren e Brandeis percebemos que a figura jurídica nele projetada valoriza aspectos individuais do sujeito, sem relacioná-los a qualquer benefício coletivo em sua tutela ou em seu exercício. Da mesma forma, fica claro que o *right to privacy* ainda era direcionado a determinada classe social, que em função de seu estilo de vida atrai a atenção da sociedade e os olhares da imprensa. Contudo, em momento algum os autores buscam delimitar

⁷⁸ “Não havia realmente lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades que confiavam sua regulação a outros mecanismos — fossem estes a rigidez da hierarquia social ou então a própria arquitetura dos espaços públicos e privados; ou por que as eventuais pretensões a respeito da privacidade fossem neutralizadas por um ordenamento jurídico de cunho corporativo ou patrimonialista; ou então porque em sociedades para os quais a privacidade representasse não mais que um sentimento subjetivo, ela não fosse digna de tutela. O despertar do direito para a privacidade ocorreu justamente num período em que mudou a percepção da pessoa humana pelo ordenamento, do qual ela passou a ocupar papel central e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do seu cotidiano.” (DONEDA, 2006, p.08)

o que é esse direito, apresentando características que reconheciam como presentes em seu conceito sem, no entanto, esgotá-las. Como veremos em breve, tais características continuam presentes no direito à privacidade contemporâneo, embora, repetimos, não o definam de maneira única. Entendemos que está aí a importância indiscutível do trabalho referido, compreender a privacidade de forma autônoma, promovendo e impulsionando os estudos sobre esse direito em formação. Nesse sentido, acompanhamos o entendimento de Rodotà (2008, p.16) que reconhece no artigo:

[A emergência de] uma visão na qual a privacidade foi vista também como uma ferramenta de proteção a minorias e opiniões dissonantes e, portanto, à livre manifestação e ao direito de livremente desenvolver a personalidade. Aqui surge um aparente paradoxo: a forte proteção da esfera privada em última instância não resguarda a privacidade nem a mantém protegida do olhar indesejável; na verdade, permite que crenças e opiniões individuais sejam tornadas públicas livremente.

Nascido em berço burguês, o direito à privacidade, de maneira geral, permaneceu restrito às suas origens até o final da primeira metade do século XX. Tal cenário começa a alterar-se de forma mais contundente no decorrer da década de 1960 motivado, sobretudo, pelo crescimento da circulação de informações, consequência do desenvolvimento exponencial da tecnologia de coleta e sensoriamento, resultando em uma “capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação” (DONEDA, 2006, p.12). Para além do fator informacional, como já visto anteriormente, do decorrer do século XX a relação do indivíduo e da sociedade com os espaços público e privado também experimentam mudanças significativas, promovendo a

democratização do interesse pela tutela da privacidade, assim como de seu exercício. Dessa forma, e com velocidade considerável, o direito à privacidade vai expandindo suas fronteiras, alcançando novos sujeitos, englobando diferentes objetos e tornando-se presente em locais com ele antes incompatíveis.

Como dito por Vieira (2007, p.21), passa-se a reconhecer a interdependência entre privacidade e liberdade, impulsionando o indivíduo a clamar, por exemplo, pela proteção de sua intimidade e de sua vida privada. Mais do que isso, além de resguardar a possibilidade de isolamento, o direito à privacidade passa a garantir o controle sobre a circulação de informações — movimento que dará origem a uma de suas vertentes que analisaremos oportunamente, a autodeterminação informativa — e vai mais além, podendo servir como fundamentação à licitude de atos relacionados ao controle do próprio corpo, como o direito ao aborto (DONEDA, 2002, p.07-08). Leonardi (2011, p.48-49) entende que tamanha fluidez presente na utilização da expressão privacidade acaba por configurar “poderoso grito de batalha retórico, em uma gama de contextos não relacionados e, assim como a emotiva palavra *liberdade*, ela significa tantas coisas diferentes para tantas pessoas distintas que perdeu qualquer conotação legal precisa”. Compreendemos o posicionamento do autor, mas preferimos considerar essa “falta de precisão” como inerente e necessária à solidificação do direito à privacidade. O fato desse direito abarcar diversos objetos sob sua tutela e possibilitar diferentes formas de exercício não levam, a nosso ver, à insegurança jurídica. Inegavelmente, compreender o direito à privacidade não é tarefa fácil, mas é exatamente a sua maleabilidade

que instiga o seu estudo, permitindo um melhor entendimento sobre seu alcance.

Outro ponto importante, já verificado, é o da privacidade estar presente em locais públicos e, conseqüentemente, o direito à privacidade também nesses lugares poder ser exercido. Nesse sentido, viola a privacidade o morador do apartamento que fica na janela espionando seu vizinho, as lojas que trocam telefones de clientes para enviar mensagens publicitárias, e também quem filma alguém praticando determinado ato em público sem intenção de *torná-lo público*. Subscrevendo o entendimento de Schreiber (2013, p.145), acreditamos que o “simples fato de um local ter acesso aberto ao público não significa que tudo que seja dito ou praticado por uma pessoa em tal espaço possa ser legitimamente divulgado em cadeia nacional”, afinal, “o que deve ser analisado não é o caráter público ou privado do local, mas a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas”. Como dito de forma bem-humorada por Nissenbaum (2010, p.217, tradução nossa⁷⁹), público “não é sinônimo de bagunça”, e “mesmo que algo ocorra ou esteja inscrito em um registro público ainda poderá haver fortes razões para restringir o sua divulgação”.

Mendes (2014, p.28) aponta ainda para a mudança da postura assumida pelo direito à privacidade, se reinventando no decorrer do século XX, que passou de uma dimensão puramente negativa para também ser considerado como ferramenta de garantia “de controle do

⁷⁹ Trecho original: “[...] ‘public’ is not synonymous with ‘up for grabs’, that even if something occurs in a public space or is inscribed in a public record there may still be powerful moral reasons for constraining its flow.”

indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático”. Assim, se em sua versão *ser deixado em paz* o direito à privacidade resignava-se à esfera passiva, ganhou feições ativas ao promover possibilidades de controle. Exercido de um modo diferente do impedimento à interferência na vida familiar, por exemplo, os mecanismos de proteção de dados são mais dinâmicos (RODOTÀ, 2008, p.17), legitimando a tomada de medidas como a solicitação de “autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular⁸⁰, a qualquer tempo” (SCHREIBER, 2013, p.137).

A tutela da privacidade como uma liberdade estritamente negativa, entendida exclusivamente como um dever de abstenção, por parte do violador, desconsidera tanto as inovações tecnológicas quanto o atual contexto social no qual a privacidade é exercida. Esse direito deve ser compreendido como direito de defesa quando, por exemplo, o titular tem o direito de “exigir do Estado e dos particulares uma abstenção de intervenção da sua esfera jurídica”, e também com caráter promocional da privacidade, possibilitando garantias como “a não intromissão de terceiros na intimidade e na vida privada das pessoas” (MACHADO, 2014, p.67-68). Analisando tais características, Vieira (2007, p.23) reforça a natureza intrinsecamente negativa do direito à privacidade, podendo ser traduzido como a “faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada” e, também,

⁸⁰ Exemplo é o instituto do *habeas data*, garantido pela Constituição Federal no art. 5º, LXXII, o qual define que “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo [...]”.

sua natureza positiva, permitindo “que o próprio indivíduo controle o que deve ser conhecido e o que não deve ser conhecido pelos demais, expressão da liberdade que lhe é ínsita”.

Mesmo diante de uma pretensa predominância do direito à privacidade como direito de defesa, queda-se evidente que para sua mais ampla efetivação há necessidade de exigência de atuação ativa do Estado, implementando procedimentos administrativos necessários à salvaguarda de conteúdos privados (VIEIRA; 2007, p.90), garantido sua eficácia e impedindo, de antemão, a sua violação.

Como já mencionamos, entendemos o direito à privacidade como espécie na qual estão inseridos diversos gêneros jurídicos e considerando a forma como a privacidade vem sendo tutelada pelo nosso ordenamento, como em breve analisaremos, essa também parece ser a compreensão do legislador. Dessa forma, com o intuito de traçarmos um perfil do direito à privacidade — adequado à nossa proposta e inserido em nosso contexto — nos ateremos em algumas das figuras que podem ser encontradas no direito à privacidade.

Começando pelo *direito à intimidade*, Mendes e Branco (2012, p.318) apontam como seu objeto conversações e episódios íntimos que envolvem relações familiares e amizades mais próximas. Guerra (2014, p.05) não diferencia privacidade de intimidade e aponta como exemplos de denominações para o direito à intimidade “desde o *right of privacy* (no direito anglo-americano), *droit à la vie privée* (no direito francês), o *diritto alla riservatezza* (no direito italiano), o *derecho a la esfera secreta* (no direito espanhol), o direito à privacidade e o direito de estar só (no direito brasileiro)”. Já Lafer (1988, p.239),

fazendo uso da expressão “direito à intimidade”, caracteriza-o como “direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

Malta (2007, p.28) acompanha a corrente que vê no direito à intimidade a proteção dos pensamentos e emoções mais restritos da pessoa. Machado (2014, p.73) aponta a intimidade como o “núcleo essencial da pessoa”. Zanon (2013, p.48), sem a intenção de cravar uma definição absoluta, situa a intimidade num local *exclusivo* que o sujeito reserva a si mesmo. Ardenghi (2012, p.238) coloca o direito à intimidade como o poder conferido à pessoa de se resguardar de intromissões ao espaço mais reservado de sua existência, assim como “a faculdade de fazer concessões nesse terreno”.

Alonso o aborda com perspectiva diferente. O autor inicia sua análise da intimidade partindo da ideia de que o ser humano apresenta *animação espiritual* em sua composição, sendo esta a característica que nos possibilita a formação de um mundo interior “peculiar, próprio e original” (2005, p.12), visto que “o desenvolvimento da pessoa e da sociedade depende do desenvolvimento da *intimidade* que as pessoas alcançarem efetivamente” (2005, p.35). A intimidade seria, exatamente, o mais profundo deste mundo, local de criação e descoberta da pessoa (2005, p.17). Para o autor o objeto íntimo só é caracterizado como tal enquanto não externamente manifestado, passando a ser *privado* caso seja externado; dessa forma, a rigor, não haveria como violar a intimidade em si (2005, p.17-18).

Citando a origem do termo intimidade, Agostini (2011, p.113) explica que “*intimo* procede de *intimus* que, por sua vez, é uma variação filológica de *intumus*, a forma superlativa do advérbio *intus*, que quer dizer dentro. Íntimo seria, nesses termos, aquilo que estaria o mais dentro possível”. O autor também aponta o fator *exclusivo* como característico da intimidade (2011, p.126), no entanto acredita que apesar de existir em aspectos íntimos que não serão comunicados a terceiros, haveria também a figura de uma intimidade *inter-relacional* que, embora compartilhada com outras pessoas, não perde sua natureza íntima. “O momento íntimo que é dividido com aquelas pessoas com que o indivíduo reparte os mais estreitos laços de *afetividade* ou de *confiança*” (2011, p.211). Em seu texto, Agostini (2005, p.214) frisa que a intimidade pode ser desfrutada em qualquer local e que o ato ofensivo à intimidade é revelado pela “intromissão (invasão) desta ou pela divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada⁸¹” (2005, p.215).

Como se percebe, mais amplas ou mais restritas, são muitas as possibilidades de compreensão do objeto do direito à intimidade. Para nós, apesar de considerarmos importante a diferenciação entre os termos *privacidade* e *intimidade*, não enxergamos impedimentos no uso da expressão direito à privacidade pra tratar do

⁸¹ Detalhando sua explanação, Agostini (2005, p.215-216) aponta como *intromissão* “aquela ação de terceiro que invade a intimidade do indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas” e *divulgação não autorizada* “aquela em que o indivíduo não se intromete na intimidade indivíduo, pois desfruta de sua intimidade mas, traíndo o laço de confiança ou de afetividade criado com o mesmo divulga, sem a sua autorização fato ou dado íntimo que não lhe pertence. Aqui, apesar de não haver fraude ou captação irregular do conteúdo, há ofensa à intimidade do ofendido uma vez que os dados ou fatos foram conhecidos mediante a estreita relação de confiança estabelecida entre a vítima e o ofensor”.

direito à intimidade, afinal este está inserido naquele. Ademais, acompanhamos o entendimento de Cabral (2012, p.116-117) no sentido de que o “grau de proteção da intimidade em uma dada situação poderá variar de acordo com elementos objetivos casuísticos”. Assim, o “resguardo da reserva varia na medida em que os fatos situem-se no ciclo de sigilo, de resguardo ou de publicidade da vida do indivíduo”. “Tudo depende de tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; nas necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da vida em comum”.

Outra ramificação do direito à privacidade, o *direito à vida privada* também foi eleito pelo legislador pátrio como digno de positivação e está a tal ponto mesclado com o direito à intimidade que Jabur (2005, p.90) considera desnecessária a distinção entre ambos, entendendo que o legislador optou por fazer uso das duas expressões objetivando “afiançar o valor que endereçou a qualquer aspecto recôndito da pessoa”. Por mais próximas, e por vezes dependentes entre si, que as duas figuras manifestem-se, nos encaminhamos no sentido de encontrar distinções que justifiquem a singularidade de cada uma delas. Assim, já tendo discorrido sobre aspectos relativos ao direito à intimidade, passaremos a analisar o direito à vida privada.

Farinho (2006, p.45) busca na teoria alemã das esferas⁸² (que propõe um critério de valoração da privacidade) o alicerce para

⁸² Desenvolvida por Heinrich Hubmann e constantemente referida, tal teoria “utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação do sentimento de privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (Intimsphäre); a esfera privada (Privatsphäre) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (Öffentlichkeit). Tal teoria, que hoje

diferenciar intimidade da vida privada. Assim, à esfera privada corresponderiam relações de maior proximidade emocional, enquanto na esfera íntima estaria inserido o mundo intra-psíquico do sujeito. O autor faz coro às críticas constantes à ideia de categorização da privacidade, lembrando que além da “dificuldade em reconduzir conteúdos a cada uma das esferas, existe a possibilidade de, pela sua fluidez, os conteúdos migrarem de uma esfera para outra”. No entanto, ressalta como vantagem dessa teoria, graças aos seus fortes componentes formais, a possibilidade de tentativa de discernimento, de maneira objetiva, das esferas pública e privada. Vieira (2007, p.28) define a vida privada como a “vida pessoal e familiar do indivíduo, que pode ser de conhecimento daqueles que desfrutam de sua convivência”. Alonso (2005, p.24) aponta na mesma direção, também numa postura voltada à categorização, apresentando a vida privada como “o círculo próximo da pessoa, situado entre a *intimidade* e a vida social aberta, onde se situam como em seu habitat próprio os atos jurídicos privados”. Já Robl Filho (2010, p.123) identifica a vida privada como a “principal forma de desenvolvimento da maior parte das relações e dos valores considerados essenciais aos seres humanos”, cujo elemento central seria a intimidade.

Partindo para outra perspectiva, Zanon (2013, p.47) faz menção à ideia da vida privada como contraposição à vida pública. Também trabalhando a vida privada com relação à vida pública, Agostini (2011, p.115) explica que tal forma de conceituação se dá mediante exclusão, sendo que “tudo aquilo que não fizer parte da *vida*

chega a ser referida pela própria doutrina alemã como a teoria da ‘pessoa como uma cebola passiva’, foi desenvolvida e posteriormente perdeu a sua centralidade nesta matéria [...]” (DONEDA, 2008)

pública, que não tenha relevância para a *vida pública*, deve ser relegado à *vida privada* passando então a fazer parte desta”. O autor, no entanto, apresenta como ressalva a tal entendimento o fato de que, com o surgimento da esfera social as barreiras entre público e privado foram diluídas, não deixando mais evidentes as distinções entre ambas. O autor, então, aponta como elemento identificador da vida privada — da mesma forma como ocorre, em sua concepção, na intimidade — a exclusividade, ou seja, nesse espaço “o indivíduo escolhe com quem deseja se relacionar” (2011, p.125). No entanto, ao contrário da intimidade, a vida privada, entende o autor, tem natureza relacional, exigindo comunicabilidade, compondo-se em um “conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento (2011, p.126). Em outras palavras, sendo ambas regidas pela exclusividade, intimidade e vida privada diferenciam-se pela necessidade de comunicação, presente na última e dispensada na primeira.

Vieira (2011, p.126-127) nos lembra que no decorrer da vida cada pessoa irá desenvolver suas próprias concepções de íntimo e de privado, determinando os limites de expressão dos seus desejos, fator esse que torna ainda mais complexa a tarefa de conceituar a ambos. Nesse sentido, é extremamente relevante o papel da *vontade* quando se busca determinar se algo é íntimo ou faz parte da vida privada. Reforça o autor que, embora importantes, os critérios subjetivos não são os únicos com força vinculante na elaboração dos conceitos, havendo também elementos objetivos que auxiliam nessa tarefa, citando como exemplo a casa enquanto componente espacial classificador da vida privada.

Segundo Vasconcelos (2014, p.79-80) o reconhecimento de espaços privados são essenciais à dignidade da pessoa, configurando-se em locais onde ela possa se sentir à vontade, abrigada da curiosidade alheia, citando como espaços notoriamente reconhecidos como tais os da vida doméstica, sexual e afetiva. Assim, opta por valorizar uma delimitação negativa desses espaços, querendo com isso dizer que “em vez de se procurar a determinação de quais as zonas da vida que merecem estar ao abrigo da curiosidade alheia, se deve antes acertar em que condições, matérias da vida das pessoas podem ficar fora dessa esfera de protecção”. O autor enfatiza que conceitos relacionados à privacidade não podem ser graduados e rigidamente distribuídos em “prateleiras fixas”, sendo fundamental para sua compreensão a análise dos relacionamentos humanos.

Diante de tantas possibilidades de significados para vida privada, a nós nos parece que o que se deseja proteger, quando nos é apresentado um *direito à vida privada*, é um *dado bruto*⁸³, não trabalhado. Se a intimidade é a expressão, compartilhada ou não, do sujeito, a vida privada é o espaço que a pessoa tem para expor a intimidade. Tomemos como exemplo um casal. Cada um,

⁸³ Fazemos uso da expressão que já utilizamos em outra oportunidade, quando desenvolvemos estudo sobre a tecnologia de sensoriamento remoto, importante ferramenta para aquisição de dados da Terra, via satélite. Naquela ocasião, explicamos: “Com o passar do tempo e o desenvolvimento de novas tecnologias, também as câmeras fotográficas sofreram inúmeras mudanças e um dos caminhos dessa inovação as levou aos atuais sensores instalados em satélites. Esses sensores são programados pra levantarem, constantemente, dados da Terra, sendo esse um processo altamente mecanizado, gerador de um dado bruto, sem a participação preponderante da criatividade humana [...]. São diversas as etapas percorridas para que o dado bruto seja transformado em informação útil, sendo vários os níveis de análise demandada”. (CANCELIER, 2015, p. 61)

individualmente, mantém sua intimidade e, conjuntamente, desenvolvem a intimidade de ambos. Ao mesmo tempo, relacionam-se e comunicam-se com diversas outras pessoas, na medida em que optam por fazê-lo, construindo (também tanto individual como conjuntamente) sua vida privada. A vida privada pode manifestar-se tanto na esfera privada, como na pública, a depender do tipo de relação traçada.

Há informações que, mesmo não sendo íntimas, estão inseridas na vida privada. O endereço de uma pessoa, por exemplo, dificilmente poderia ser classificado como informação íntima sendo, no entanto, parte da vida privada. A casa em si pode ser classificada como um espaço — no caso físico — representante da vida privada; ao ser violada, viola-se a vida privada de seu dono e não necessariamente a intimidade do mesmo. Da mesma forma, um funcionário que conhece os horários do dia a dia de sua chefia detém importantes informações sobre sua vida privada, mas não obrigatoriamente sobre sua intimidade. Em outras palavras, diferente do direito à intimidade, cujo objeto é a manifestação pessoal do sujeito, o direito à vida privada protege o *contexto*. Quando uma empresa telefônica fornece metadados (como a hora e o local da ligação) sobre as ligações que alguém efetua sem, contudo, expor o conteúdo, a violação é à vida privada; se o conteúdo também for divulgado, estaremos diante de dano à intimidade (caso o conteúdo seja íntimo, evidentemente). De toda forma, em qualquer dos casos relacionados há dano à privacidade.

Com frequência, intimidade e vida privada são violadas conjuntamente, tornando o dano ainda mais grave. Exemplo é o caso recentemente publicado pelo jornal Folha de São Paulo, que divulgou a notícia de que um homem que tomava café em um posto de gasolina,

prestando atenção na conversa do casal da mesa ao lado, descobriu que a mulher estava naquele momento com seu amante. Imediatamente, o rapaz resolveu fazer, segundo seu depoimento, uma “boa ação” e postou em sua página do *Facebook* o ocorrido. O texto postado detalhava a conversa e foi direcionado ao marido “traído”, cujo nome o rapaz também escutou no diálogo dos concubinos⁸⁴. Não satisfeito, ele fotografou o carro da mulher e divulgou o número da placa. Em pouco tempo a postagem teve 14 mil curtidas e 6 mil compartilhamentos. Resultado: à velocidade de um click, três pessoas (o marido, a esposa e o amante) tiveram suas privacidades brutalmente violentadas. Personagem de uma sociedade patologicamente interessada na privacidade alheia, o agressor foi chamado de herói por diversos internautas. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016)

Acreditamos que determinar camadas de expressão da personalidade humana não é tarefa viável juridicamente — e tampouco compete ao direito tal regulamentação. Retomando o artigo *The right to privacy*, consideramos que o direito à intimidade, assim como o direito à vida privada, estão presentes na figura originalmente destrinchada por Warren e Brandeis. Ao fazer referência ao *direito de ser deixado em paz* ou ao *direito de estar só* (não no sentido literal da solidão, visto que a intimidade e a vida privada podem ser exercidas coletivamente) os autores buscavam reforçar a ideia de necessidade de proteção da vida íntima e da vida privada do ser humano, espaços nos quais cada um

⁸⁴ “[...] se sua mulher tem por volta de 40 anos, foi ao trabalho esta manhã vestindo uma saia preta, meias pretas e camisa azul clara, e te disse que estaria em reunião o dia todo... Ela não está. Ela está aqui na minha frente, na máquina de café do posto Shell, contando essa história a outro homem enquanto os dois riem de tudo. Ah, ela também dirige um Ford Fiesta preto com a placa XXX. Pegue suas coisas e caia fora [...]”

pode agir e expressar-se da forma como lhe aprouver, livre do olhar dos outros.

Embora menos importantes ao estudo aqui desenvolvido, há outras manifestações do direito à privacidade que recebem as luzes da doutrina especializada e contribuem para sua evolução. Sem nos atermos ao detalhamento de todos, visto que cada um deles suscita questões dignas de trabalhos autônomos, apresentaremos brevemente alguns, apontando suas principais características e possibilidades de exercício.

Iniciamos pelo *direito ao esquecimento*, que ganhou destaque em 2014, com o embate entre a empresa Google e o Tribunal de Justiça da União Europeia. De acordo com o jornal Le Monde (UNTERSINGER, 2014, tradução nossa⁸⁵), um internauta espanhol demandou à Justiça de seu país a remoção de artigos *online* que faziam referência às suas dívidas, alegando que o conteúdo dos mesmos não eram relevantes à sociedade. A autoridade espanhola responsável pelo caso não acatou o pedido e, em sede de recurso, solicitou ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronunciasse sobre o assunto (UNTERSINGER, 2014, tradução nossa⁸⁶). O TJUE, entendendo que a

⁸⁵ Trecho original: “L’affaire a débuté lorsqu’un internaute espagnol a réclamé auprès de l’Autorité espagnole de protection des données la suppression de deux articles de presse évoquant ses dettes. Il demandait aussi à ce qu’ils ne soient plus indexés par Google, au motif que ces dernières n’étaient plus d’actualité. L’Autorité espagnole n’a pas ordonné la suppression des articles de presse, mais lui a donné raison concernant Google. Saisie en appel, la justice espagnole a ensuite demandé à la Cour de justice de l’Union européenne de se prononcer sur ce point de droit.”

⁸⁶ Trecho original: “L’Autorité espagnole n’a pas ordonné la suppression des articles de presse, mais lui a donné raison concernant Google. Saisie en appel, la

quantidade de dados pessoais circulando na web cresceram consideravelmente permitindo, não raramente, o conhecimento amplo por parte de terceiros da vida privada dos indivíduos, defendeu a possibilidade de que um internauta demandasse a supressão de referências a textos que expusessem seus dados pessoais ao *Google*, ou qualquer outra empresa responsável por ferramentas de busca *online*, quando esses dados não forem pertinentes, sempre tendo em vista a promoção do equilíbrio entre privacidade e liberdade de expressão (UNTERSINGER, 2014, tradução nossa⁸⁷).

Comentando o caso, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, frisou que a “discussão que ocorreu na Corte de Justiça europeia foi a de retirar a referência em site de busca. A referência era movida contra o *Google*”, sendo que “o pedido não era para retirar matéria”, movimento que, para Barroso, corresponderia à censura (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2016). Sem legislação específica que regulamente o assunto, no Brasil a maior parte das

justice espagnole a ensuite demandé à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur ce point de droit.”

⁸⁷ Trecho original: “En reconnaissant la possibilité pour un internaute de faire supprimer des pages de Google, la Cour européenne de justice consolide le droit à l'oubli. Plus précisément, les juges expliquent que même si des informations personnelles ont été agrégées dans un premier temps en toute légalité par un moteur de recherche, un internaute peut demander à un moteur de recherche de ne plus les utiliser si ces informations se révélaient dans un second temps « *inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives* ». Les juges européens précisent cependant que cette possibilité ne doit pas être systématique. Un équilibre entre la liberté d'expression et d'information et le droit à la vie privée doit être trouvé.

demandas não tem êxito, permanecendo inesquecíveis os seus fundamentos fáticos (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2016⁸⁸).

Bastante controverso, o direito ao esquecimento é entendido por Schreiber (2013, p.170-171) como o reconhecimento de que “nem todas as pegadas que deixei da minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência”. Para o autor, considerando que as pessoas têm o direito ao controle da coleta e uso de seus dados pessoais — como veremos em breve —, também deve ser admitida a possibilidade de que o mau uso desses dados seja impedido, evitando a descontextualização dos mesmos, o que poderia gerar danos consideráveis. Ainda registra que “direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História”, mas assegura “a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. Sempre tendo como premissa a consideração de que não há como definir uma regra geral para esses casos, e que cada um deles deve ser analisado individualmente, tendemos a concordar com o autor.

Principalmente quando analisada no contexto digital, a privacidade é relacionada à proteção de dados pessoais⁸⁹ objetivando,

⁸⁸ “Até o momento, na maioria dos casos, os tribunais têm negado o pedido de quem deseja “ser esquecido”, mas o assunto está longe de ser pacífico. Segundo levantamento feito pelo Estado, de 94 processos já analisados por desembargadores no País, 27 obtiveram êxito.”

⁸⁹ “A utilização massiva de dados pessoais a partir da segunda metade do século XX pode ser associada a duas características principais do Estado pós-industrial: a burocratização (dos setores público e privado) e o desenvolvimento da tecnologia da informação. Ambos os fenômenos, que podem ser considerados transnacionais, suscitaram o processamento dos dados pessoais por governos das mais variadas ideologias políticas e por grandes corporações

nesse movimento, proteger a pessoa titular dos dados (MENDES, 2014, p.32). Se os primeiros passos em direção à proteção de dados pessoais tinham no Estado a figura que gerava preocupação, com o passar do tempo ficou evidente que também os entes privados faziam intenso uso da circulação de informações pessoais para sua manutenção e crescimento (DONEDA, 2006, p.206; 210). A ideia que passou a ser defendida foi a do controle, pelo indivíduo, sobre suas informações pessoais, a *autodeterminação informativa*.

Embora frequentemente utilizados como sinônimos, os termos *dado* e *informação* apresentam diferenças. *Dado* apresenta conotação primitiva à informação. *Informação* vai além do que está representado no dado, “chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para o seu receptor (DONEDA, 2006, p.152). Dentre toda uma gama de informações, as informações pessoais⁹⁰ diferem das outras por possuírem “vínculo objetivo com a pessoa, isto é, por revelar aspectos que lhe dizem respeito” (MENDES, 2014, 56), constituindo manifestação de sua personalidade. Vale frisar, contudo, que nem todas as informações pessoais são íntimas, porém continuam sendo privadas.

Uma das formas de exercício da autodeterminação informativa é o consentimento do uso dos dados pessoais, em uma

empresariais, com finalidades estatísticas, administrativas, negociais e investigativas.” (MENDES, 2014, p.33)

⁹⁰ “É possível também que os dados se refiram a pessoas indeterminadas. Nessa hipótese, são considerados dados anônimos e podem ser utilizados para fins estatísticos. O anonimato dos dados é uma forma de proteger a pessoa que teve os seus dados coletados e armazenados. [...]. Após adquirirem a característica de anônimos, os dados não estão mais sujeitos à disciplina da proteção de dados pessoais, se tiverem sido tratados de modo a impossibilitar toda e qualquer identificação pessoal.” (MENDES, 2014, p.56-57)

situação de comércio *online*, por exemplo, expressando o sujeito sua “vontade em autorizar ou não o processamento de seus dados” (MENDES, 2014, p.60). No entanto, é importante observar que mesmo sendo válido⁹¹ o consentimento, tal ato não pode ser confundido com a ausência de interesse na proteção dos dados, sendo que o mau uso dos mesmos enseja demanda por violação à privacidade. Ademais, tem-se o consentimento como ato jurídico unilateral e revogável (DONEDA, 2006, p.380), possibilidade de revogação essa essencial para “fazer valer a autodeterminação do indivíduo e o livre desenvolvimento de sua personalidade” (MENDES, 2014, p.63).

Subscrevendo corrente doutrinária que defende a autonomia do direito à proteção dos dados pessoais em relação ao direito à privacidade, Zanon (2013, p.146) justifica tal posicionamento pelos diferentes objetos que os referidos direitos buscam proteger. Dessa forma, enquanto o direito à privacidade ficaria restrito à proteção de informações íntimas ou pertencentes à esfera privada da pessoa, a proteção dos dados pessoais não exige tal categorização da informação presente nos dados, sendo para tanto suficiente que tais informações sejam *pessoais*. Considerando que a proteção à privacidade é vinculada à figura do sigilo, o autor (2013, p.147) entende que bancos de dados construídos com “dados pessoais que não envolvam aspectos da intimidade e da vida privada do indivíduo submetem-se às regras do

⁹¹ “[...] pode-se dizer que os pressupostos de um consentimento válido, no âmbito da proteção de dados pessoais, são os seguintes: i) que o titular dos dados que emita o consentimento o faça por sua livre vontade; ii) que o consentimento seja voltado a uma finalidade específica; iii) que o titular seja informado acerca do objetivo da coleta, do processamento e do uso dos dados, assim como das consequências de não consentir com o tratamento.” (MENDES, 2014, p.65)

direito à proteção dos dados pessoais”, e não do direito à privacidade. Afirma ainda que enquanto a “tutela jurídica da privacidade é acionável depois de sua violação e perante terceiros”, quando se está diante de proteção aos dados pessoais “a faculdade de agir do indivíduo é concomitante e direta sobre os organizadores dos bancos de dados”, possuindo o sujeito maior liberdade de controle, podendo exercer seu direito “desde a fase da coleta, também durante o tratamento e a divulgação dos dados e até o encerramento da atividade, quando do apagamento ou exclusão dos dados” (ZANON, 2013, p.149).

Parece-nos que a concepção de direito à privacidade utilizada pelo autor é bastante restritiva. Como vimos demonstrando, tal direito abrange ampla gama de objetos, cada um com características próprias e exigências diversas. É evidente que dados pessoais fornecidos à uma companhia aérea para a compra de passagens, por exemplo, não são íntimos, não deixando de ser, contudo, privados (e também pessoais, como bem frisa o autor), sendo tutelados, então, pelo direito à privacidade — em sua configuração voltada à autodeterminação informativa. É preciso cortar o vínculo entre privacidade e sigilo. Há diversas informações que são privadas, não sendo sigilosas. “Considera-se que houve violação de privacidade de um indivíduo quando há a revelação pública de uma informação, até então mantida em sigilo” (LEONARDI, 2011, p.62), porém essa é uma dentre tantas possibilidades de dano à privacidade. Privacidade e segredo não são sinônimos.

Preferimos entender o segredo, assim como a autodeterminação informativa, a intimidade e a vida privada como manifestações da privacidade. O sigilo está muito ligado, sim, à

intimidade, mas mesmo quando nos deparamos com esse objeto podemos visualizar situações íntimas que não são sigilosas. Aliás, a própria noção de sigilo deve ser contextualizada. Em outras palavras, determinado ato pode ser praticado perante determinado grupo de pessoas, ficando acordado que deve ser mantido entre elas; não estamos diante de um sigilo absoluto, mas de uma informação compartilhada com um grupo específico. Ou seja, ao “compartilhar certas informações privadas, nem sempre o indivíduo almeja mantê-las em segredo, mas apenas deseja *confidencialidade*” (LEONARDI, 2011, p.65). Por outro lado, “há informações secretas que não são privadas, tais como planos militares” ou operações policiais (LEONARDI, 2011, p.65).

Reconhecendo suas múltiplas facetas, Brunton e Nissenbaum (2015, p.45, tradução nossa⁹²) recordam que a privacidade é vista por alguns como uma ideia ultrapassada, não mais adequada à realidade contemporânea; para outros ela nos permite o livre desenvolvimento do pensamento e a independência individual; há aqueles que a definem como criação de uma sociedade burguesa hipócrita e mal-intencionada; e ainda os que a celebram como necessária à defesa da diversidade social. Nissenbaum, então, ciente de tantas concepções, desenvolve o entendimento do direito à privacidade como direito à *integridade contextual* (*the right to contextual integrity*). Diretamente vinculado aos atores envolvidos, ao cenário apresentado e ao conteúdo transacionado. A ideia tem sua base no fato de que ninguém

⁹² Trecho original: “Privacy is an outmoded idea, some say, a two-century anomaly of Western industrialization, the interregnum between village life and social media; privacy makes it possible for us to develop as free-thinking, independent individuals; privacy is an expression of bourgeois hypocrisy and bad faith; privacy is the defense of social diversity [...]. The house of privacy has many rooms.”

pode ter absoluto controle sobre suas informações, visto que nos relacionamos e nos comunicamos diariamente, interações que por si só geram acesso a nós. Dessa forma, por mais legítimas que sejam as demandas relacionadas à privacidade, por evidente que essas também são suscetíveis à limitações e, ao mesmo tempo, visto que o direito à privacidade impõe obrigações e restrições aos outros, é importante que este direito seja aplicado de maneira não arbitrária (NISSENBAUM, 2010, p.72-73, tradução nossa⁹³).

Aceita essa premissa, o direito à privacidade não pode ser restrito nem ao sigilo e, tampouco, ao controle informacional. É um direito que se relaciona com o manejo do fluxo de informações pessoais, variando de acordo com o contexto analisado (NISSENBAUM, 2010, p.27, tradução nossa⁹⁴). A moldura da integridade contextual não sedimenta a privacidade em compartimentos, deixando-a à margem da vida social e política, sendo eventualmente lembrada com forma de

⁹³ Trecho original: “Since a right to privacy imposes obligations and restrictions on others, it is important that that right be circumscribed in a non-arbitrary manner. [...]. As a starting place, we may all readily agree that no one (except possibly a hermit or someone living in total isolation) can have absolute control over all information about him-or herself. In this regard, we are all at the mercy of those simply passing us by on streets or engaging with us in mundane daily interactions, and more so with others who have virtually unbounded access to us. So, even if we agree that a claim to privacy is morally legitimate, and that privacy is about control or restricted access information about us, it would be singularly unhelpful to circumscribe a right in such a way that it is violates every time a motorist peers at a pedestrian crossing the street. A plausible theory of privacy that includes an account of its moral legitimacy, therefore, will also include a principled account of its limits.”

⁹⁴ Trecho original: “[...] a right to privacy is neither a right to secrecy nor a right to control but a right to *appropriate* flow of personal information. [...]. Privacy may still be posited as an important human right or value worth protecting through law and others means, but what this amounts to is a right to contextual integrity and what *this* amounts to varies from context to context.”

contenção de atos excessivamente intrusivos. A integridade contextual é uma rede que conecta todos os espaços. Atos que causam danos a esse complexo de conexões não podem ser vistos de maneira isolada, pois afetam o conjunto como um todo (NISSENBAUM, 2010, p.128, tradução nossa⁹⁵). O direito à privacidade é um direito de viver em um mundo no qual nossas expectativas sobre o fluxo de informações pessoais sejam, na medida do possível, satisfatórias; expectativas que não são moldadas apenas por imposições externas, mas pelo entendimento geral e mútuo de respeito aos fluxos informacionais, fundamental à organização da vida social. A integridade contextual busca o equilíbrio harmonioso entre regras sociais e normas jurídicas que são formadas não só pela força do hábito e da convenção, mas pela confiança geral no apoio mútuo desses fluxos, de acordo com os princípios fundamentais de organização da vida social, inclusive morais e políticas (NISSENBAUM, 2010, p.231, tradução nossa⁹⁶).

Vivemos um tempo em que interesses públicos e privados justificam a constante violação da privacidade dos cidadãos e,

⁹⁵ Trecho original: “The framework of contextual integrity does not allow privacy to be compartmentalized at the margins of social and political life, to be called on from time to time to merely contain overzealous government intrusion or discipline corporate indiscretion with personal data. By contrast, privacy as contextual integrity is a complex, delicate web of multiple spheres of social and political life. Systems and practices that radically disturb this web of constraints are not merely threatening a marginal newcomer to the stage of values and rights, but potentially tearing at the very fabric of social and political life.”

⁹⁶ Trecho original: “[...] it is a right to live in a world in which our expectations about the flow of personal information are, for the most part, met; expectations that are shaped not only by force of habit and convention but a general confidence in the mutual support these flows accord to key organizing principles of social life, including moral and political ones. This is the right I have called contextual integrity, achieved through the harmonious balance of social rules, or norms, with both local and general values, ends, and purposes.”

simultaneamente, o comportamento individual de cada sujeito torna difícil o respeito à uma presunção geral de respeito à privacidade. No entanto, ressaltar a importância do direito à privacidade, manifestado da maneira que for, é valorizar a liberdade, combater a discriminação e proteger as escolhas pessoais de cada um. Respeitar a privacidade é exercício de cidadania indispensável, afinal, a “poluição das liberdades civis não é menos importante que a poluição do meio ambiente” (RODOTÀ, 2008, p.20). Nessa conexão entre privacidade e cidadania, vislumbra-se a superação do direito à privacidade como forma de proteção exclusivamente individualizada. Sobretudo quando trabalhamos o direito à privacidade como proteção de dados pessoais, “estamos diante de questões que, pelo conjunto de meios empregados e pelo número de sujeitos interessados, podem ser corretamente propostas somente em termos coletivos” (RODOTÀ, 2008, p.38).

[...] o enorme aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas visa sobretudo a dois objetivos: a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, por parte dos poderes públicos, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; e o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevalentes. Evocar a defesa da privacidade assume portanto significados diversos, dependendo de qual seja o objetivo perseguido através da coleta das informações. (RODOTÀ, 2008, p.28-29)

Assim é que o exercício do direito à privacidade direcionado a combater a coleta de informações como forma de controle (seja ele público ou privado), atinge a sociedade como um todo e serve como forma de reação a políticas autoritárias e, por vezes,

discriminatórias (RODOTÀ, 2008, p.29-30). Pode-se, então, compreender que a proteção da privacidade é, também, um fenômeno coletivo, deixando de “dar vazão somente a um imperativo de ordem individualista, mas passa a ser a frente onde irão atuar vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana” (DONEDA, 2006, p.30). Embora não seja nosso foco neste momento, vale a referência a trabalho no qual apresentamos (PILATI; CANCELIER, 2014, p.296) tal possibilidade, ampliando ainda mais os horizontes do direito à privacidade, transferindo a questão para além da perspectiva meramente individual e passando a analisar a privacidade da Sociedade, enquanto sujeito de direitos coletivos. Tal *status* da Sociedade como sujeito de direitos e detentora de bens coletivos encontra fundamento na teoria da pós-modernidade jurídica (PILATI, 2013), a qual propõe a superação da classificação dual público (no sentido de estatal)/privado dos bens, inserindo o coletivo como terceira via, e permite que a Sociedade seja reconhecida como titular efetiva de direitos.

Tomando o artigo de Warren e Brandeis como ponto de partida doutrinário, fica evidente que o direito à privacidade experimentou consideráveis inovações no decorrer de sua recente história. Com o passar do tempo, percebeu-se que mais objetos poderiam repousar sobre sua tutela e que as maneiras de exercitá-lo não estavam restritas à sua original postura passiva. Intimidade, vida privada, sigilo, dados pessoais, seja qual for o âmbito da expressão humana estudada, entendemos que todos fazem parte da privacidade sendo, cada um ao seu jeito, essenciais à construção da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, da sociedade como um todo. Todavia,

não obstante o reconhecimento do alargamento conceitual do direito à privacidade, ao analisarmos a forma como esse vem sendo positivado em nosso ordenamento jurídico, fica claro que o direito pátrio ainda não logrou regulamentar a privacidade de forma consentânea com sua natureza, alcance e importância. É o que demonstraremos a seguir.

2.2 A inserção da privacidade no ordenamento jurídico nacional: direito à intimidade e à vida privada

A construção das bases para a tutela da privacidade e o reconhecimento da essencialidade de seu exercício ganhou força no final do século XIX. Foi, no entanto, a partir da segunda metade do século XX que o direito à privacidade passou a figurar, positivado, com maior frequência na legislação de diversos países. Alcançando lugar entre os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a privacidade é prevista, dentre outros documentos, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que a protege em seu artigo 12, estabelecendo que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”; no art. 8^o⁹⁷ da Convenção sobre os Direitos do Homem (1950); no Pacto da Organização das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigo 17⁹⁸); na Convenção

⁹⁷ Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁹⁸“1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem, Pacto de São José da Costa Rica (artigo 11⁹⁹).

Robl Filho (2010, p.166-167) cita alguns exemplos estrangeiros, como o francês, país no qual o respeito à vida privada foi reforçado pela Lei n. 70.643, que modificou o art. 9º¹⁰⁰ do Código Civil. Em Portugal, vem previsto no art. 80¹⁰¹ do Código Civil, assim como art. 26,1¹⁰², da Constituição de 1976. Em nosso continente, foi em 1975 que a lei n. 21.173 incluiu o art. 1.071 *bis*¹⁰³ no Código Civil argentino;

⁹⁹“1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

¹⁰⁰ “Chacun a droit au respect de sa vie privée.” “Todos têm direito ao respeito de sua vida privada”, em português.

¹⁰¹ Artigo 80.º(Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) 1. “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. 2. “A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

¹⁰² “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

¹⁰³ O referido artigo define que quem se intrometer de maneira arbitrária na vida alheia, publicando relatos, difundindo correspondência, molestando aos outros em seus costumes ou sentimentos, ou perturbando de qualquer modo a sua intimidade, será punido nos termos da norma em análise (tradução nossa): “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado,

no Peru a privacidade é regulamentada pelo art. 14¹⁰⁴, também do Código Civil. É também na década de 1970 que é editado nos Estados Unidos o *Privacy Act* (1974), “com o propósito de proteger a privacidade dos cidadãos americanos, regulamentando o tratamento de dados pessoais nas instituições públicas federais.” (ZANON, 2013, p.28). No Brasil, o grande passo em direção à regulamentação da privacidade foi dado pela Constituição de 1988¹⁰⁵, especialmente com a redação do art. 5º, X, que define como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Em 2002, com o novo Código Civil nacional (Lei n.10.406) repetiu-se o preceito no art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável”.

Assim, previsto tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, o direito à privacidade é direito fundamental e direito da personalidade, sendo uma figura jurídica que supera a dicotomia entre direito público e privado¹⁰⁶. Percebe-se, pelos

ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.”

¹⁰⁴ O qual prescreve que a intimidade da vida privada e familiar não pode ser divulgada sem o consentimento da pessoa (tradução nossa): “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su conyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.”

¹⁰⁵ “Muito antes da promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, a privacidade já era reconhecida entre os direitos de personalidade no sistema jurídico brasileiro. Apesar da inexistência, à época, de previsão legal a respeito desses direitos, os estudos realizados pela doutrina pátria sedimentaram seu reconhecimento pela jurisprudência nacional”. (LEONARDI, 2011, p.91)

¹⁰⁶ “[...] o direito à privacidade começou a ser incluído na legislação civil – enquanto direito da personalidade – sendo, ao final, reconhecido como direito fundamental protegido em sede constitucional. Dentre as constituições atuais,

dispositivos citados, que o constituinte optou pelo uso dos termos *intimidade* e *vida privada*¹⁰⁷, para fazer referência à privacidade, sendo a última expressão também a opção do legislador ao elaborar o Código Civil de 2002. Independentemente da forma como é designada, quando se tutela a privacidade busca-se contemplar “atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica”, ou seja, o que “muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta” (SCHREIBER, 2013, p.13). Sendo a privacidade componente essencial à formação da pessoa, indispensável à construção do indivíduo e de suas fronteiras com os demais (DONEDA, 2008), sua tutela vai ao encontro da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana¹⁰⁸, fundamento

observa-se que algumas Cartas preveem a privacidade apenas de forma genérica; em outras, a privacidade nos meios de comunicação e, por fim, há aquelas que protegem a privacidade sob esses dois aspectos e também a *privacidade informacional*, como as de Portugal, Hungria, Eslovênia e Rússia. Ainda mais inovadora se apresenta a Constituição espanhola que além de garantir o direito à intimidade e à vida privada, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, ainda limita o uso da informática para garantir a intimidade pessoal e familiar (artigo 18). [...]. Hoje, a maior parte dos países democráticos tutela a privacidade na própria Constituição, exceto alguns países da raiz *common law*, como o Reino Unido, que reconhece o direito à privacidade mediante jurisprudência.” (VIEIRA, 2007, p.36)

¹⁰⁷ “Nada obstante a análise gramatical do texto já dê subsídios para que se constate a intenção de diferenciação dos termos *intimidade* de *vida privada*, caso não se reputasse existente tal diferenciação, a conclusão a ser alcançada com isso seria a se que existiriam na Constituição palavras ociosas ou inúteis o que, segundo as lições da boa hermenêutica, não é o mais adequado em se tratando de análise de textos legais. [...]. Daí porque permite-se que a utilização destas duas expressões no enunciado do inciso X, revela a intenção de tutelar dois bens jurídicos diversos.” (AGOSTINI, 2011, p.111)

¹⁰⁸ “A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, ‘uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano’, sendo frequentemente apresentada como ‘o valor próprio que identifica o ser humano como tal’. Seu conceito pode ser

norteador do nosso ordenamento jurídico. Considerando sua “dupla-titulação” (no que tange à forma como foi positivado na legislação nacional), é necessário contemplar aspectos gerais acerca dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

Antes, contudo, cabe o destaque à reflexão suscitada por Mazur, ao frisar que, respeitadas as peculiaridades de cada uma das categorias jurídicas, a unidade do ordenamento permite que alguns direitos da personalidade sejam classificados como direitos fundamentais e, no mesmo sentido, que alguns direitos fundamentais estejam contidos nos direitos da personalidade¹⁰⁹, “numa operação de transposição (e não de sobreposição) de uma espécie a outra” (2012, 26-27). Em outras palavras, “dicotomia entre os direitos fundamentais não os opõem definitivamente, ao invés, enseja uma dogmática incentivadora de relacionamento internormativo capaz de reforçar a

formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade e cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. [...]. Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa ‘sempre como um fim e nunca como um meio’. Nesse sentido é que se revela ‘contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.’” (SCHREIBER, 2013, p.08)

¹⁰⁹ “Nem todos os direitos fundamentais, contudo, são direitos da personalidade, já que o rol constitucional se propõe a assegurar proteção também a outros interesses de cunho patrimonial (v.g., direito de herança e direito de propriedade) ou de cunho coletivo (v.g., como direito de representação das entidades associativas e direito de greve) que, embora também possam encontrar relação indireta com a proteção da pessoa, não são considerados atributos essenciais à condição humana, não se qualificando, tecnicamente, como direitos da personalidade.” (SCHREIBER, 2013, p.14)

tutela da personalidade” (2012, p.61). Diferenciam-se pelo local originário de positivação¹¹⁰, sendo fundamentais os direitos inseridos na Constituição e de personalidade os que têm como fonte o Código Civil. Aproximam-se, por outro lado, pelo objeto, os *bens da personalidade*, nas várias relações jurídicas (2012, p.28).

Schreiber (2013, p.13) encontra diferença sobretudo semântica nos termos direitos fundamentais e direitos da personalidade, adicionando a expressão direitos humanos. Estes seriam assim considerados por serem utilizados no plano internacional, independente da regulamentação interna do mesmo objeto em cada Estado; esses são empregados “na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares; aqueles, finalmente, serviriam como designação de direitos positivados nas Constituições nacionais. O autor entende tratar-se do mesmo fenômeno em perspectivas diferentes. Tutela-se, em todos, a dignidade humana¹¹¹.

Sendo, então, basilar à identificação do sujeito, Rodotà (2008, p.98) entende não ser “mero acaso que o fortalecimento da tutela da privacidade vem acompanhado do reconhecimento ou da

¹¹⁰ “[...] a inegável história da tutela geral da personalidade ao direito civil não pode ser ignorada nem menosprezada numa investigação científica que se pretenda fiável. A origem dos direitos civis de personalidade remonta ao direito antigo grego e romano, enquanto que os direitos fundamentais titulares de bens da personalidade são figuras jurídicas modernas.” (MAZUR, 2012, p.26-27)

¹¹¹ “O ingresso de direitos de personalidade no normativo constitucional gera imediatamente o *reforço* de sua tutela, que supera o âmbito das relações particulares e passa a atuar também contra ofensas ou ameaças provindas dos entes públicos.” (MAZUR, 2012, p.32)

consolidação de outros direitos da personalidade” que “se relacionam precisamente com o modo pelo qual um sujeito é apresentado aos *olhos do público*”. Foi, da mesma forma, importante para o seu fortalecimento a previsão do direito à privacidade como direito fundamental, reconhecendo-se sua essencialidade e tornando-o mais seguro, visto só poder ser limitado por direitos igualmente fundamentais (RODOTÀ, 2008, p.105).

Ferrajoli (2011, p.09), traçando original relação entre as duas categorias jurídicas, define *direitos fundamentais* como “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a *todos* os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”¹¹². O autor (2011, p.10) informa que seu conceito é puramente formal, ou estrutural, não sendo formulado com base em um ordenamento concreto, ou seja, são fundamentais “os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs, ou enquanto capazes de agir”. É a própria positivação do direito a condição de sua existência e vigor no ordenamento, sendo a mesma positivação, sempre em âmbito constitucional, a garantia de observância do direito fundamental pelo legislador ordinário. É também formal por basear-se “no caráter universal de sua imputação”, não se vinculando ao seu conteúdo, natureza dos interesses ou necessidades tuteladas, sendo válida, desse modo, a qualquer ordenamento (2011, p.10-11). Ferrajoli (2011, p.12)

¹¹² Destrinchando o conceito, o autor (2011, p.09) esclarece que entende por direito subjetivo “qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica”, e por *status* “a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que estão em exercício”

propõe algumas classificações de direitos fundamentais, entre elas os *direitos da personalidade*¹¹³, que dizem respeito a todas as pessoas¹¹⁴.

¹¹³ Voltaremos à teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli no próximo capítulo. No entanto, importante registrar que não entendemos os direitos da personalidade como subcategoria dos direitos fundamentais.

¹¹⁴ “É claro, de outra parte, que essa universalidade não é absoluta, mas é relativa aos argumentos com referência aos quais é predicada. O ‘todos’ dos quais tais direitos consentem de predicar a igualdade é, de fato, logicamente relativo às classes dos sujeitos cuja sua titularidade é normativamente reconhecida. [...]. Essas classes de sujeitos foram identificadas, na nossa definição, pelo *status* determinado pela identidade de ‘pessoa’ e/ou de ‘cidadão’ e/ou de ‘capaz de agir’, que, como sabemos, foram objetos, na história, das mais variadas limitações e discriminações. ‘Personalidade’, ‘cidadania’ e ‘capacidade de agir’, enquanto condições de titularidade de todos os (diversos tipos de) direitos fundamentais, são conseqüentemente os parâmetros assim da igualdade como da desigualdade em *droits fondamentaux*. [...]. Hoje a cidadania e a capacidade de agir restaram como as únicas diferenças de *status* que ainda delimitam a igualdade das pessoas humanas. E podem, por isso, ser assumidas como os dois parâmetros – o primeiro superável, o segundo insuperável – sobre os quais podemos fundar duas grandes divisões entre os direitos fundamentais: aquela entre direitos da personalidade e direitos de cidadania, que dizem respeito, respectivamente, a todos ou somente aos cidadãos, e aquela entre os direitos primários (ou substanciais) e os direitos secundários (ou instrumentais de autonomia), que dizem respeito, nessa ordem, a todos ou somente às pessoas capazes de agir. Cruzando as duas distinções, obteremos quatro classes de direitos: os direitos humanos, que são os direitos primários das pessoas, que dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos [...]; os direitos públicos, que são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos [...]; os direitos civis, que são os direitos secundários destinados a todas as pessoas humanas capazes de agir [...]; os direitos políticos, que são, enfim, os direitos secundários reservados somente aos cidadãos capazes de agir. [...]. “Hoje, depois de a capacidade de agir ter sido estendida a todos, com exceção dos menores e dos doentes mentais, a desigualdade passa essencialmente através da estampa estatal da cidadania, cuja definição com base no pertencimento nacional e territorial representa a última grande limitação normativa do princípio da igualdade jurídica. Deste modo, o que mudou com o progresso do direito, afora as garantias oferecidas pelas codificações e constituições, não são os critérios – personalidade, capacidade de agir e cidadania – sobre cuja base são atribuídos os direitos fundamentais, mas unicamente o seu significado, anteriormente restrito e fortemente discriminatório, depois sempre mais ampliado e tendencialmente universal.” (FERRAJOLI, 2011, p.11-14)

Também segundo o autor (2011, p.24), direitos fundamentais são normas de caráter vertical, tutelando relações entre indivíduo e Estado e, como positivados na Constituição, correspondem a proibições e obrigações “por conta do Estado, cuja violação é caso de invalidade das leis e das outras atuações públicas e cuja observação é, ao contrário, condição de legitimidade dos poderes públicos”. São normas indisponíveis, não estando à mercê de decisões políticas ou do mercado. “Daí resulta consolidada nossa noção formal de direito fundamental: a vida, a liberdade pessoal ou o direito de voto são fundamentais, não tanto porque correspondem a valores ou interesses, mas porque universais e indisponíveis” (FERRAJOLI, 2011, p.22).

Gomes (2010, p.13-14) define os *direitos da personalidade* como aqueles direitos *essenciais* à pessoa, cujos objetos são “*bens jurídicos* em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção”. O autor ressalta não ser a personalidade em si o objeto desses direitos, mas suas manifestações. Mais arraigados ao desenvolvimento físico e intelectual dos sujeitos, os direitos da personalidade diferem-se de outras formas mais tradicionais do direito privado, em função de suas características especiais. Assim, Gomes (2010, p.115-116) entende seus objetos como insuscetíveis de avaliação pecuniária (embora ressalte que “possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial”), e os classifica como *necessários*, visto que, ao contrário do que ocorre com qualquer dos outros direitos, os da personalidade não podem faltar. O que consideramos mais interessante aos nossos objetivos, na classificação de Gomes, é o alargamento que o autor proporciona ao conceito jurídico de *bem*, definindo com tal “toda utilidade, material ou

não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como *objeto de relação jurídica*, porque sua noção é histórica e não naturalística” nada impedindo, dessa forma, “que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial” (2010, p.114).

A noção *jurídica* de bem é mais ampla do que a *econômica*. Compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são *materiais* ou não. Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico. Tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o objeto dos direitos; designa as coisas e ações humanas (*comportamento* que as pessoas podem exigir umas das outras). Em acepção mais restrita significa o objeto dos direitos reais, visto que os direitos pessoais consistem no poder de exigir uma prestação. (GOMES, 1998, p.199)

Tepedino (2008, p.26) lembra que a categoria dos direitos da personalidade é construção recente, fruto das doutrinas alemã e francesa da segunda metade do século XIX, conceituando-os como aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”. Reafirma que, ao tratar-se de direitos da personalidade estamos diante, também, de direitos humanos, mas em outro âmbito de proteção; estes são protegidos contra a arbitrariedade do Estado, enquanto aqueles estão no âmbito das relações entre particulares (2008, p.35). O autor adiciona como traços característicos dos direitos da personalidade (2008, p.36-37) a generalidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade. Nesse

sentido, são concedidos a todos que nascerem vivos “pelo só fato de ser”; oponíveis *erga omnes*; irrenunciáveis; a lesão decorrente de dano à personalidade, com o passar do tempo, não convalesce. Sobre o caráter intransmissível ressalta que, mesmo com a morte de seu titular, muitos interesses relacionados à personalidade continuam sendo tutelados.

Tanto Gomes quando Tepedino reconhecem a importância da positivação à afirmação dos direitos da personalidade. O direito positivo deve servir à libertação dessa categoria de incertezas e imprecisões, reconhecendo, ao mesmo tempo, sua natureza plural e heterogênea (GOMES, 2010, p.115). Mesmo que eventualmente justificadas por interesses humanistas, eventuais abusos cometidos com base em valores supralegislativos que violam garantias individuais e coletivas são evitados com o direito positivo podendo, dessa forma, ser chamados de inatos os direitos da personalidade não por prescindirem de positivação, mas por nascerem *junto* com a pessoa (TEPEDINO, 2010, p.45-47).

A personalidade, para Vasconcelos (2014, p.05) é a *qualidade de ser pessoa* (assim como propriedade é a qualidade de ser próprio ou a bondade é a qualidade de ser bom). Logo, “personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no Direito”. O direito da personalidade, para o doutrinador português, relaciona-se com a “posição¹¹⁵ das pessoas humanas no Direito, com a exigência da sua

¹¹⁵ Segundo o autor (2014, p.06) : “O Direito existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no Mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito. [...] A pessoa é autora e actora no Direito. [...]. Autora porque o cria e constitui: organicamente na lei; interpessoalmente no contrato e no negócio; institucionalmente na cultura e no costume jurídico.”

dignidade” (2014, p.06). O autor (2014, p.07) recorda que se acreditava que, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana não seria mais sistematicamente agredida. Com o passar dos anos, restou claro que tal crença não seria concretizada, desenvolvendo-se novas maneiras de massacres, torturas, segregações e perseguições, fazendo da defesa pelo respeito aos direitos da personalidade algo permanente e necessário.

“A tutela da personalidade tem a ver com a coletividade e com a pessoa, com o Estado e com o Cidadão, com o próprio e com os outros” (VASCONCELOS, 2014, p.49), estando ambos os âmbitos intimamente conectados. O direito objetivo impõe a “todos um dever de respeitar a dignidade de cada indivíduo, incluindo a sua própria”, sendo que sua garantia “é desencadeada pela participação à entidade pública competente que assim toma conhecimento da violação e deve reagir para fazer cessar, por mera actuação administrativa ou policial”. Já o direito subjetivo pode ser exercido pelo titular direta e livremente, contra particulares ou contra o Estado, tendo “como fim a realização, o respeito e a protecção da dignidade pessoal e humana do seu titular e tem como meios uma pluralidade de poderes de diversa ordem que são hábeis para assegurar o êxito na realização desse fim” (VASCONCELOS, 2014, p.55;60). É uma posição no Direito, com conteúdo jurídico, individual e concreta; é pessoal, e não objetiva ou abstrata, pois é daquele indivíduo, que tem nome, amigos, família, segredos e amores (VASCONCELOS, 2014, p.56).

Por mais que a iniciativa do legislador de inaugurar um capítulo dedicado aos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 seja digna de aplausos, confirmando o compromisso do direito privado

nacional com a tutela e a promoção da personalidade humana (SCHREIBER, 2013, p.12), ao determo-nos na leitura dos dispositivos, percebe-se que muito pouco eles contribuem para tal objetivo. As redações são truncadas, fechadas e bastantes conservadoras, fazendo uso de expressões como “moral” e “bons costumes”¹¹⁶, “não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos” (SCHREIBER, 2013, p.12). Ao lermos o art. 11, por exemplo, nos deparamos com o seguinte preceito: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

É correto pensar que, considerando a essencialidades dos bens protegidos pelos direitos da personalidade, os mesmos não possam ser alienados ou transmitidos a outrem por ato *inter vivos*, ou *causa mortis*. São da pessoa, a formam, e com ela irão permanecer até que ela deixe de existir e configuram-se, afinal, num “conjunto de direitos imprescindíveis, sem os quais a personalidade seria algo destituído de qualquer conteúdo” (DONEDA, 2000, p.12). No entanto, o fato de seus titulares não poderem deles despir-se com animus definitivo, não significa dizer que não poderão dispor dos mesmos, de maneira voluntária. Não apenas é admitido, como é corriqueiro limitarmos e dispormos, pontualmente, nossos direitos de personalidade. O ator faz uso de sua imagem enquanto ferramenta de trabalho; o participante de um *reality show* expõe sua intimidade durante o período do programa;

¹¹⁶ Art. 13. “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os *bons costumes*”.

diariamente cedemos nossos dados pessoais ao utilizarmos serviços *online*. Concordamos, então, com Schreiber (2012, p.27) quando ele diz que “a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular” devendo, por outro lado, “ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa”.

Analisando os dispositivos nacionais que regulamentam a privacidade, Doneda (2008) chama atenção para o risco em se resumir a tutela da privacidade como uma liberdade puramente negativa, o que não levaria em consideração os avanços tecnológicos que modificaram as formas de expressão da privacidade. Voltaremos ao tema da responsabilidade civil nos danos à privacidade oportunamente, mas por ora destacamos que embora esse instituto — enquanto instrumento remedial típico à tutela dos direitos da personalidade — deva ser utilizado, faltam à responsabilidade civil “os instrumentos adequados à realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana e da atuação da cláusula geral da proteção da personalidade” (SCHREIBER, 2013, p.134). Ocorre que a nossa legislação mantém a crença de que o dano à privacidade se resolve com indenização.

Embora não esteja em nossa alçada, também no âmbito penal a restrição à violação à privacidade é evidente, resumindo-se o tipo à *invasão* da privacidade, não tocando no combate ao mau uso de

informações evadidas¹¹⁷. Apenas como ilustração, a Lei n. 12.737 de 2012, que ficou conhecida por Lei “Carolina Dieckmann” — atriz que teve fotos íntimas obtidas de seu computador pessoal e divulgadas na Internet — dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, destacando-se o artigo 2º, que acrescenta o artigo 154-A no Código Penal, definindo como crime “*invadir* dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores”.

Há, ainda, na Constituição de 1988, enunciados que também acabam por tutelar a privacidade. Como já mencionamos, tal ocorre nos incisos XI, XII e XIV do art. 5º, que preveem, respectivamente, a inviolabilidade da casa do indivíduo, do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” e o acesso a toda informação, “resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Ademais, no mesmo artigo, há a previsão da figura do *habeas data*, concedido para “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

No âmbito infraconstitucional, causou polêmica a entrada em vigor da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet. Tratando sobre o assunto, Sir Tim Berners-Lee, inventor da Internet (*the World Wide Web*), disse que assim como a Web, o Marco

¹¹⁷ Vale a ressalva de alguns projetos, como o PL 5555/2013, que altera a Lei Maria da Penha, assim como o PL 170/2015, tentam uma modificação dessa noção, não fazendo menção à invasão, falando em “violação da intimidade” e/ou “divulgação não autorizada”.

Civil da Internet foi construído via um processo participativo, resultando numa política normativa que equilibra os direitos e responsabilidades dos usuários individuais, governamentais e corporativos da internet. Tim Berners-Lee exprime seu desejo de que com a Lei nº 12.965 o Brasil firme-se como líder mundial garantidor da democracia e do progresso social, inaugurando uma nova era, na qual os cidadãos passem a ter seus direitos garantidos por legislações destinadas a regulamentar o ambiente digital (MANN, 2014, tradução nossa¹¹⁸).

O Marco Civil da Internet foi idealizado como uma carta que definisse os princípios-chave da Internet e as regras de proteção aos seus usuários, estabelecendo condições mínimas e essenciais para tanto. A iniciativa do projeto foi da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Ambos estabeleceram um processo *aberto, colaborativo e*

¹¹⁸ Trecho original: “In this, the Web’s 25th anniversary year, people everywhere are demanding that their human rights are protected online. If Marco Civil is passed, without further delay or amendment, this would be the best possible birthday gift for Brazilian and global Web users. I hope that by passing this Bill, Brazil will cement its proud reputation as a world leader on democracy and social progress and will help to usher in a new era – one where citizens’ rights in every country around the world are protected by digital bills of rights.[...] Like the Web, Marco Civil has been built by its users – the groundbreaking, inclusive and participatory process has resulted in a policy that balances the rights and responsibilities of the individuals, governments and corporations who use the Internet. Of course, there is still discussion around some areas, but ultimately the draft Bill reflects the Internet as it should be: an open, neutral and decentralized network, in which users are the engine for collaboration and innovation.”

*inédito*¹¹⁹ para o desenvolvimento de suas normas, sendo seu principal elemento de inspiração “a Resolução de 2009 do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) intitulada ‘Os princípios para a governança e uso da Internet’ (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P)” (CGI.BR, 2014).

Tal iniciativa gerou repercussão internacional, dando ao Brasil destacado papel por sua organizada governança multissetorial (CGI.BR, 2014). Após anos de debate e aperfeiçoamento, Dilma Rousseff escolheu a abertura da NETmundial para, simbolicamente, sancionar o Marco Civil. A norma, contudo, avançou pouco no que diz respeito à privacidade, carecendo de inovação frente às garantias já oferecidas pela Constituição de 1988, no art. 5º, X e XII.

Nesse sentido tem-se, por exemplo, no art. 7º do Marco Civil da Internet a definição de que o “acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”, sendo asseguradas aos usuários da rede (I) “a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

¹¹⁹ Na primeira fase do processo, foram propostos à sociedade eixos de discussão abrangendo os temas centrais do debate sobre o uso da Internet. Foram registradas, no sítio desenvolvido especialmente para a iniciativa, mais de 800 contribuições entre propostas, comentários e mensagens de apoio oriundas dos mais diversos setores da sociedade brasileira. Na segunda fase, formulou-se a minuta do anteprojeto que foi apresentada à sociedade para apreciação e comentários, por meio de vários debates públicos sempre abertos à participação de toda a sociedade brasileira e que ocorreram entre 8 de abril e 30 de maio de 2010. Após mais de um ano de trabalho e inúmeras interações com a sociedade brasileira, em 24 de agosto de 2011, o projeto de lei (PL) foi finalmente apresentado à Câmara dos Deputados, recebendo o número 2.126/2011. A Câmara formou então Comissão Especial para apreciação do PL e de outros projetos correlatos que passaram a tramitar apensados ao Marco Civil da Internet. O processo que se seguiu incluiu, mais uma vez, uma série de audiências públicas, além de disponibilizar todo o material em discussão no sítio da Câmara para sugestões e consultas de toda a sociedade. (CGI.BR, 2014)

(II) “a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei”;(III) “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. Ao mesmo tempo, os referidos dispositivos constitucionais preceituam a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas e do sigilo da “correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Ou seja, uma norma que poderia ter dado nova roupagem ao tratamento jurídico da privacidade acabou não sendo muito original¹²⁰. Por evidente também vale a recordação de que Marco Civil da Internet serve, nas palavras de Leonardi (2014, p.621), como “arcabouço mínimo” enquanto fonte legislativa da regulamentação da internet sendo que, seguramente, ainda há muito para evoluir nessa seara.

No atual mundo digitalizado, como já ressaltamos anteriormente, o exercício do direito à privacidade será assegurado mesmo “em público”, não sendo mais limitado ao que não é exposto. Como também já destacamos, a privacidade está presente mesmo quando há exposição, mesmo quando há compartilhamento da informação, sendo que o “que mais importa é a natureza da exposição e

¹²⁰ Diverso é o posicionamento de Doneda e Monteiro (2016, p.77) que, defendendo a redação do art. 7º do Marco Civil da Internet explicam que de acordo com entendimento majoritário, “a Constituição protegeria os dados pessoais apenas em curso de uma comunicação (em uma ligação telefônica, por exemplo), mas não os dados que encontram-se armazenados (por exemplo os dados na memória de um computador ou em um data center)”; tal interpretação traria “um concreto risco de permissividade em relação à utilização de informações pessoais, ainda mais quando as comunicações realizadas pela internet, ao contrário de meios de comunicação analógicos, sempre implicam no armazenamento de informações em um ou mais dispositivos - e não meramente na sua comunicação.

o que é feito posteriormente com essa informação”, havendo “uma clara distinção entre uma observação casual de um fato público e o seu registro, de forma indelével, em fotografias e filmes posteriormente veiculados por meio da Internet” (LEONARDI, 2011, p.362). Insistir na manutenção de posicionamento que relaciona privacidade à espaço privado, ou que antagonize privacidade e espaço público, é diminuir o direito à privacidade em extensão e importância. Repetimos: “a exposição em público não pode ser o critério determinante para decidir se uma situação deve ser ou não considerada privada” (LEONARDI, 2011, p.366). Como bem dito por Cachapuz (2006, p.45-46):

A tensão entre os indivíduos que se relacionam socialmente, por consequência, não é originária da circunstância de se reconhecer para cada pessoa a existência de uma esfera de privacidade e o direito de vê-la respeitada, em reciprocidade, num âmbito público. A tensão está propriamente na dificuldade de se compatibilizarem interesses particulares no âmbito público, justamente para tornar operante aquilo que se reconheça como liberdade subjetiva. A dificuldade é viver a privacidade num âmbito público de relacionamento, assim como difícil se apresenta viver qualquer liberdade num espaço público de convivência. Como se exige um sacrifício no âmbito privado — em relação às necessidades individuais — para justificar a obtenção de iguais possibilidades de felicidade ou de bem-estar no âmbito público, é imprescindível analisar que forma se passa a exigir uma proporcional medida de sacrifício a todos e a qualquer um para que possam viver, em liberdade, num espaço de interesses compartilhados. [...]. O Direito, portanto, só atinge sua função efetiva quando, identificadas as liberdades individuais, consegue integrá-las de forma a compatibilizá-las no agir social, gerando estabilidade aos relacionamentos no âmbito público.

Ademais, é imprescindível o reconhecimento do caráter preventivo¹²¹ do direito à privacidade. O mesmo torna-se essencial à completeza da tutela do referido bem visto ser o dano causado ao mesmo irreparável devendo, desse modo e quando possível, ser protegido de antemão. Ora, a partir do momento que determinada informação deixa de ser privada, não há mais como devolvê-la a esse plano; do mesmo modo, quando uma informação que não deveria ser compartilhada é divulgada, é impossível reverter o movimento, sobretudo quando se faz uso de ferramentas digitais para proceder com a divulgação. Assim, é importantíssima a autorização concedida pelo art. 21 do CC de 2002 ao juiz para *evitar o dano*. Define a norma que, a requerimento do interessado, o juiz adotará as providências necessárias para impedir ato contrário à inviolabilidade da privacidade. Com tal previsão, é reconhecida a “possibilidade de uma ação protetiva não orientada exclusivamente pela ideia de indenizabilidade, e sim por um conceito de prevenção à própria esfera de privacidade” (CACHAPUZ, 2006, 214-215).

¹²¹ Expondo as diversas funções dos direitos da personalidade, Schreiber (2013, p.224, grifo nosso) destaca sua função preventiva: “A categoria dos direitos da personalidade não tem como escopo cristalizar o rol dos atributos essenciais ao ser humano. Suas funções jurídicas são outras, como, por exemplo: (i) *evidenciar as diferentes ameaças que cada um desses atributos pode sofrer, facilitando a prevenção de danos (função preventiva)*; (ii) permitir, por meio do desenvolvimento de instrumentos específicos, a mais plena reparação das lesões que venham a atingi-los (função reparatória); (iii) auxiliar a formulação de parâmetros próprios para a ponderação nas hipóteses de colisão entre os próprios direitos da personalidade ou entre eles e outros direitos fundamentais (função pacificadora); (iv) estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e iniciativas sociais adequadas (função promocional).”

Nos parece claro que ainda há muito a ser feito para a construção de uma tutela mais adequada à privacidade contemporânea, sobretudo quando analisada enquanto autodeterminação informativa no ambiente digital. Mais longo ainda é o caminho quando vislumbramos a possibilidade de uma privacidade coletiva. Contudo, focando na leitura dos principais dispositivos do ordenamento jurídico nacional que tutelam a privacidade (direito expressamente classificado como *fundamental* e da *personalidade*) e nos atendo às expressões *vida privada* e *intimidade* (por terem sido essas as escolhidas pelo legislador e as que mais nos interessam para o desenvolvimento deste trabalho), temos que a privacidade do sujeito é considerada, de pronto, como *inviolável*. Havendo dano à privacidade, é assegurada à vítima indenização. Mais que isso, o juiz pode tomar providências com o fito de *impedir* que o dano ocorra. Ao mesmo tempo, percebe-se que o direito à privacidade é limitado por outros direitos da personalidade e fundamentais, sendo autorizada sua violação quando reconhecida a preponderância destes em relação àquele. Passaremos, então, à análise desses limites.

2.3 Limites do direito à privacidade e censura

Por mais essencial que seja à formação do ser humano, não se pode conceber o direito à privacidade como absoluto. Se assim o fosse, de fato a individualidade seria elevada a patamar perigoso, incompatível com a vida em sociedade. Inclusive, em *The Right to Privacy*, Warren e Brandeis (1890) já mencionavam limites à privacidade, fazendo referência a publicações legais ou informações utilizadas — e restritas — por órgãos públicos em geral, à liberdade de expressão e à diferenciação entre discursos proferidos oralmente ou por escrito, sendo estes causadores de danos à privacidade mais graves que aqueles devendo, dessa forma, haver maior liberdade, frente à privacidade, às manifestações orais.

Justificativa frequentemente utilizada para a restrição do direito à privacidade, o *interesse público* também pode ser apontado como uma das possibilidades de ferramentas limitadoras do referido direito. No entanto, não se pode esquecer que regimes totalitários não poucas vezes lançaram mão de tal artifício para legitimar seus atos (ZANON, p.55). Nesse sentido, mesmo que analisado numa perspectiva puramente individual, a inviolabilidade da privacidade de uma pessoa “não pode ser afastada inadvertidamente pela ideia de supremacia do interesse público sobre o privado”; é de vital importância, ademais, não confundir *interesse público* com *interesse do público* (ZANON, p.55-56). Trabalharemos melhor a análise de casos de violação da privacidade no próximo capítulo, mas, por ora, quedamos com a ideia de que sendo verificado, no caso concreto, a real necessidade de divulgação

de determinada informação ao público, mesmo sendo essa informação, em sua origem, privada, entende-se possível a valorização do interesse público frente à privacidade; tal fórmula, no entanto, não pode ser aplicada indiscriminadamente. Devem ser “separadas as esferas de troca de informações de “interesse público” sobre temas de pertinência coletiva da simples intromissão em interesses particulares ou na esfera íntima de indivíduos”. Tal distinção, inclusive, “é pertinente para diferenciar um caráter próprio da censura tradicionalmente adotada por regimes autoritários dos modelos de controle comunicacional no Estado de Direito” (PAGANOTTI, 2015, p.41).

A notícia que veicula a informação, aliás, deve preocupar-se em desvendar a menor quantidade possível de informações privadas. É o critério chamado por Jabur (2005, p.99) do *mínimo desnudamento para a compreensão da notícia de interesse público* inequívoco, segundo o qual a revelação dos mínimos aspectos privados será lícita “se, em atendimento à motivação divulgadora de indisputável interesse público, forem exteriorizados dados da reserva pessoal sem os quais a notícia não oferece a necessária e devida compreensão”. O autor ainda apresenta alguns critérios que servem à identificação do *interesse público genuíno*. Assim deve existir *necessidade* e *utilidade* na divulgação da informação, ambos medidos pela *adequação* no divulgar (JABUR, 2005, p.99). Não é raro, no entanto, constatar-se que com o intuito de despertar a atenção do público, o veículo de notícia pouco se preocupe com tais critérios ou com a qualidade e seriedade do que é divulgado. Como ressaltado por Tavares (2005, p.238) criam-se “heróis tão rápido quanto se promovem caças às bruxas. Explora-se,

impiedosamente, a tragédia humana ou a privacidade de determinado homem público”.

Vítimas mais constantes de *interesse do público*, as chamadas *peçoas públicas*, se deparam frequentemente com a confusão supracitada, vendo suas informações privadas serem tratadas como públicas, em função da profissão que exercem. Sobre essas pessoas cabe, em primeiro lugar, definir que concordamos com Schreiber (2013, p.111-112) quando diz que deve ser completamente rejeitada a qualificação de qualquer ser humano como “público”, já que “pessoas são privadas por definição”, sendo que a “expressão pessoa pública é empregada com o propósito de sugerir que o uso da imagem de celebridades dispensa autorização, pelo simples fato de que vivem de sua exposição na mídia”. Também em concordância com o autor, acreditamos que tais pessoas mais do que terem seus direitos da personalidade protegidos como os de qualquer um, têm reforçada essa proteção, justamente pelo fato de viverem do uso de sua imagem. Mais adequado, em nossa opinião, é a expressão utilizada por Vasconcelos (2014, p.82), que chama de *figuras públicas* aquelas pessoas com maior notoriedade em decorrência de suas posições profissionais e sociais ou da titularidade de cargos públicos ou políticos, reiterando que essas “têm o mesmo direito à privacidade que todas as pessoas”.

Rodrigues Junior (2013, p.114) define que há duas formas de classificação das figuras públicas¹²². Existiria, segundo o autor, o grupo das celebridades em sentido estrito — representadas por artistas e músicos, por exemplo — e o grupo das celebridades em sentido amplo

¹²² Conforme já expusemos em trabalho anterior (OLIVO; CANCELIER; 2016, p.14).

que, além daquele, englobaria também a classe política. Sobre elas, ele argumenta que:

Essas pessoas têm em comum algumas características: a) a aquisição de vantagens políticas ou econômicas advindas de sua exposição ao público, mesmo em níveis que normalmente se revelariam invasivos de sua vida privada e de sua intimidade, bem assim de sua imagem; b) a notoriedade do cargo que ocupam, seu poder de influência nos destinos políticos, econômicos, culturais ou comportamentais são fatores que determinam interesse dos meios de comunicação superiormente intenso sobre seu procedimento público ou privado; c) a assunção dos riscos pela superexposição, como algo inerente à atividade exercida. (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p.114)

O desrespeito à privacidade de figuras públicas não é novidade. No final do Século XIX, por exemplo, alguns jornalistas invadiram a câmara funerária do Príncipe Otto von Bismarck (personagem de extremo apelo popular na época) e fotografaram seu corpo, objetivando vender as imagens obtidas. Os herdeiros do falecido monarca “processaram os fotógrafos e obtiveram uma injunção para impedir a divulgação das imagens, além da apreensão das chapas, dos negativos e das impressões” (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p.115-116). As possibilidades de invasão intensificam-se com as inovações tecnológicas que atingem a privacidade de todos, em maior ou menor nível, e acabam servindo como algo ainda mais severo para esse nicho da população. Essas pessoas são constantemente expostas como animais em zoológicos, movimentando toda uma indústria que sobrevive, basicamente, da invasão à privacidade.

É inegável o fato de que boa parte dessas celebridades comemora tal interesse obsessivo, até mesmo incentivando essa “invasão”. Não raramente o desejo de exposição leva o indivíduo a escancarar sua vida privada a todos, mesmo para aqueles que não apresentam o menor interesse em presenciá-la. Aqui, contudo, é precisa a colocação de Leonardi (2011, p.371): “Essa não é, porém, uma situação que possa ou deva ser tutelada pelo Direito, mas sim um problema a ser enfrentado pela Psicologia” — ou pela Psicanálise, acrescentamos —, “o Direito nunca será capaz de forçar alguém a ter bom senso”. No entanto, seria equivocado dizer que todos que assumem a característica de figuras públicas automaticamente optam por compartilhar tudo com todos. Não sendo essa a opção e, independentemente da fonte da notoriedade, não se retira dessas pessoas “o direito à manutenção de seu isolamento, de conter ou refrear o conhecimento alheio daquilo que participa de seu universo concêntrico e reservado” (JABUR, 2005, p.99).

Compreende-se, então, “a referência pública ao passado, ao modo de se portar e de ser de alguém que almeja ocupar cargo público sem o que, afinal, o que estará limitando é a própria formação da livre opção de escolha ou de fiscalização do cidadão” (GODOY, 2015, p.73¹²³). É absolutamente necessário, contudo, cautela. Cautela para evitar-se a profusão de um moralismo exacerbado, tão presente em nossa sociedade, que acusa, investiga e julga o sujeito em função de atos

¹²³ O autor também afirma que a notoriedade também restringe a esfera privada das pessoas ligadas à figura pública, como seus familiares. Nos posicionamos de maneira contrária (2015, p.74). A restrição ao direito à privacidade, quando ocorrer, não pode ultrapassar os limites da pessoa que motiva, da maneira que for, tal restrição.

que em nada se relacionam com a posição que ocupam. Se determinado Deputado é homossexual e opta por não compartilhar sua orientação com o público, não haveria motivo algum, a princípio, para revelá-la. Por outro lado, se o mesmo Deputado professa discursos ofendendo e trabalha de modo a restringir direitos da comunidade LGBT, entendemos por bem que seja demonstrada ao eleitor sua postura contraditória; a exposição de uma informação privada, aqui, assume importância pública. A maneira como a informação é veiculada, contudo, também é fundamental para a análise de cada caso¹²⁴. Moderação e sensatez, no entanto, nem sempre são qualidades presentes nos que veiculam notícias.

Em agosto de 2016, durante os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, um dos editores do americano *The Daily Beast* achou por bem fazer uma reportagem expondo atletas homossexuais. A ideia do jornalista foi a de usar o aplicativo *Grinder*, na Vila Olímpica e verificar com quantos esportistas ele conseguiria se encontrar. Embora a matéria oculte os nomes dos atletas, ela informa a nacionalidade e a prática esportiva dos mesmos, não sendo muito difícil, após sua leitura, identificá-los. Como resultado, diversos participantes das Olimpíadas tiveram sua privacidade violentada, inclusive aqueles de países onde ser homossexual ainda é considerado ilegal. Após diversas críticas recebidas, inclusive de lideranças do movimento LGBT, a publicação

¹²⁴ Vide exemplo do documentário *Outrage*: <http://oglobo.globo.com/mundo/eua-documentario-tira-do-armario-politicos-homossexuais-que-votam-contras-os-gays-3155937>

online achou por bem retirar o texto do ar¹²⁵. O dano, todavia, já havia sido causado.

Felizmente, após anos de ditadura militar¹²⁶, logramos alcançar um estágio de desenvolvimento tal, no que se refere às liberdades¹²⁷ individuais, que podemos dizer que vivemos em um país que valoriza amplamente, por exemplo, a liberdade de imprensa e o acesso à informação. É justamente embasado nessa liberdade, que frequentemente são divulgados fatos ligados à intimidade de pessoas notórias — em sentido amplo — com a justificativa de informar à população acerca dessas pessoas. Nesse sentido, Schreiber (2013, p.149) defende que o “direito incontestável do público à informação limita-se aos aspectos públicos da vida” da figura pública, sendo que aquilo que ultrapassar essa fronteira, e assumir utilidade informativa relevante, deve ser cuidadosamente ponderado “em face da proteção à privacidade do retratado”. Rodrigues Junior (2013, p.122) acrescenta que a liberdade de imprensa “pode ser restringida se a exposição implicar danos

¹²⁵ <<http://brasileiros.com.br/2016/08/reportagem-expoe-atletas-gays-da-olimpiada/>>

¹²⁶ Período que vai de 1964 a 1985. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

¹²⁷ “Em sentido jurídico, a liberdade corresponde à ausência de obrigação de conduta ou, em termos mais rigorosos, à ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento. [...]. A norma que proíbe uma ação não autoriza a sua prática; a norma que ordena uma ação não autoriza a sua omissão. Nas duas situações, verifica-se que não existe autorização para adoção de uma conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) contrária à imposta, isto é, não existe liberdade, em sentido jurídico, para agir de modo diverso ao imposto. [...]. A liberdade, portanto, em sentido jurídico, apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos.” (MARTINS NETO, 2008, p.25)

econômicos irrazoáveis” ou se não houver qualquer interesse público comprovado na divulgação da notícia.

Notório ou não, o sujeito está inserido num contexto coletivo e cabe ao direito tutelar o desenvolvimento individual da pessoa e, ao mesmo tempo, da sociedade onde ela vive. Nessa esfera social nos comunicamos constantemente, mesmo sem nos darmos conta. Seja física ou virtualmente, o ato de comunicar é valorizado e protegido. Novas tecnologias surgem com frequência surpreendente com o objetivo de facilitar a comunicação; redes sociais expandem a capacidade de comunicação¹²⁸; os aparelhos celulares — ou *smartphones* — já se configuram em membros extras de nosso corpo. O ser humano vive a *Era da Comunicação*, na qual o isolamento não é bem-vindo.

É bastante sintomático o lançamento do game *Pokémon Go* pelas empresas *Niantic, Inc.* e *Nintendo*. As companhias ressuscitaram o desenho animado japonês que fez sucesso na década de 1990 e, com a tecnologia de realidade aumentada¹²⁹, promoveram a comunicação entre milhões de pessoas ao redor do mundo — a última atualização registra mais de 100 milhões de *downloads* (MOON, 2016, tradução nossa¹³⁰). O objetivo do jogo é pegar as criaturas que estão a solta pela cidade. O jogador deve sair de casa em uma caçada, comunicando-se; encontrará

¹²⁸ Não obstante tal expansão, Bauman (2016) nos lembra que muitas pessoas usam as redes sociais não para ampliar os horizontes, mas para se fechar ainda mais em suas zonas de conforto, nas quais o único som que escutam é o eco de suas próprias vozes.

¹²⁹ Enquanto a realidade virtual coloca o usuário em um local totalmente fictício, a realidade aumentada visa unir, em tempo real, os mundos real e virtual por meio de um software. Basicamente, o jogo funciona por meio da câmera que coloca, na imagem que você vê através dela, criaturas que não estão lá — como um Pokémon. (AGRELA, 2016)

¹³⁰ “Pokémon Go' hits 100 million downloads”, em inglês.

outros jogadores, que irão se comunicar; eventualmente batalhará por melhores posições no jogo, mais uma vez a comunicação se faz presente. Dessa forma, os jogos virtuais, por bastante tempo vinculados ao isolamento ganham as ruas e impõem a interação — não apenas intelectual, mas também física. O jogo gera muitas controvérsias¹³¹, justamente, em torno do direito à privacidade, visto que “ao instalar o jogo, o usuário dá à empresa acesso a uma infinidade de dados; além de executar, por ela, o mapeamento de espaços até então inexplorados” (VALENTE, 2016). No entanto, a despeito das críticas relacionadas à coleta e uso das informações de seus usuários, as pessoas optam pelo jogo, restringem parcela considerável de sua privacidade e *comunicam-se*.

Da mesma forma, conforme já ressaltamos, mesmo tratando-se de direito tão fundamental ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, a captação de informações privadas do sujeito pode ser efetuada, assim como seu conteúdo pode ser divulgado, se a pessoa assim desejar. As restrições à divulgação também passam pela autonomia das pessoas envolvidas na relação concreta, devendo-se sempre ter em vista o interesse da pessoa-fonte das informações. No caso de filmagens de cenas da intimidade sexual de um casal, por

¹³¹ Segundo Leonardi (2011, p.368-369): “Diversos Web sites têm como modelo de negócio a formação de comunidades online, com o objetivo de aproximar pessoas que compartilham interesses comuns. Normalmente, todo o conteúdo veiculado em tais Web sites é produzido pelos próprios usuários: o fornecedor desses serviços apenas disponibiliza as ferramentas e o espaço necessário para a veiculação de informações e obtém, como remuneração indireta, acesso aos dados pessoais fornecidos pelos usuários. Esses serviços têm sua utilidade – possibilitam reencontros, auxiliam a formação de grupos, fomentam debates e outras atividades úteis. Entretanto também se pode afirmar, cingidamente, que sua principal função é servir de veículo para que indivíduos façam propaganda de si próprios.”

exemplo, nos parece bastante claro não ser “possível alegar a propriedade de um vídeo sexual para divulgá-lo sem o consentimento das pessoas envolvidas na cena, mesmo que tivesse havido o consentimento no momento da filmagem” (BEDÊ JÚNIOR, p.89); quem consentiu em ser filmado, fez o consentimento dentro de determinado contexto e para determinadas pessoas. Os limites são definidos à luz do caso concreto.

Para além da autonomia da vontade¹³², o direito à privacidade pode ser limitado por outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito à informação e pela liberdade de comunicação. É o que se apreende da leitura dos arts. 5º, IX e XIV (respectivamente: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”) e do 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”), todos da Constituição de 1988. O mesmo art. 220, em seu §2º, veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Ademais, também pode ser restringido se as informações privadas forem “necessárias à

¹³² Vasconcelos (2014, p.153) explica que “o titular do direito de personalidade pode auto-vincular-se à limitação ou à compreensão do seu direito. Pode negocialmente sujeitar-se a sofrer agressões à sua integridade física ou moral, por exemplo, através de experiências com novas drogas farmacêuticas, equipamentos médicos, experiências psicológicas, testes de máquinas perigosas, e outros riscos assumidos voluntariamente. Pode também contratar com terceiros a concessão de autorizações para o uso, por exemplo, da sua imagem, para a invasão da sua privacidade”.

administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”, conforme disposto no art. 20 do Código Civil de 2002.

Começando pelo direito à liberdade de expressão, esse é reconhecido como um dos fundamentos da democracia, como o direito que permite a liberdade de pensar, verdadeiro construtor da história, configurando-se na própria comunicação entre as pessoas (BRASIL, 2015, p.29). Exercita-se para criticar, para denunciar, para contar, para dizer. É essencial à condição humana. Há pouco tempo nosso Estado cometeu atrocidades com esse direito fundamental, e legislou com o objetivo de sufocá-lo, como se percebe da leitura de uma das normas em vigor durante o período ditatorial:

DECRETO-LEI Nº 1.077, DE 26 DE JANEIRO DE 1970

Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 55, inciso I da Constituição e

CONSIDERANDO que a Constituição da República, no artigo 153, § 8º dispõe que não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos costumes;

CONSIDERANDO que essa norma visa a proteger a instituição da família, preserva-lhe os valores (sic.) éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade;

CONSIDERANDO, todavia, que algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes;

CONSIDERANDO que se tem generalizado a divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum;

CONSIDERANDO que tais publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira;

CONSIDERANDO que o emprêgo (sic.) dêsses (sic.) meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional.

DECRETA:

Art. 1º Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação.

[...]

Brasília, 26 de janeiro de 1970; 149º da Independência e 82º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI Alfredo Buzaid

Tavares (2005, p.220; 225) aponta duas dimensões à liberdade de expressão, uma substantiva, compreendendo “atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la” e outra instrumental, representada pela “possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”. O autor posiciona a liberdade de expressão como direito garantidor da formação do indivíduo, de sua autenticidade e, também, da sociedade, em sua dimensão coletiva, “ligada à opinião pública e ao funcionamento do Estado democrático” (2005, p.222). É o mesmo caminho traçado por Ossola (2012, p.200, tradução nossa¹³³), ao ensinar que a liberdade de expressão pode ser analisada individualmente, coletivamente e politicamente, sendo direito individual do sujeito, facilitando o descobrimento da verdade,

¹³³ Trecho original: “La libertad expresiva se fundamenta en por lo menos tres tipos de razones: fundamento individual: constituye un derecho individual y sustantivo de la persona; fundamento social: facilita el descubrimiento de la verdad; fundamento político: favorece al debido processo democrático.”

favorecendo o processo democrático. Já Weingartner Neto (2002, p.85-86) entende que o direito à liberdade de expressão é direito “à livre comunicação espiritual, de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento”, referindo-se à *expressão* em si e não ao ato de comunicar, atrelado à liberdade de imprensa.

Para Martins Neto (2008, p. 27-28) a liberdade constitucional¹³⁴ de expressão consiste “no direito de comunicar-se ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”, realizada por meio “da linguagem oral e escrita, de gestos simbólicos e imagens”, sendo titulares do direito indivíduos e instituições (sobretudo a imprensa). O autor (2008, p.47) levanta um ponto fundamental à compreensão desse direito, ao vinculá-lo aos *atos comunicativos com valor expressivo*, devendo a expressão protegida postular a verdade ou aperfeiçoar o conhecimento, promover o funcionamento da democracia, valorizar a autonomia e a dignidade da pessoa e não propagar a intolerância. Sendo o valor expressivo requisito

¹³⁴ “A Constituição do Brasil exprime essa ideia ao estipular que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei’. A norma regula o direito geral de liberdade e pode ser assim traduzida: qualquer ação ou omissão é permitida, a menos que esteja proibida por lei. [...] nas democracias constitucionais, a definição quanto à porção de liberdade assegurada às pessoas não pode ser deixada inteiramente à disposição do legislador ordinário e na dependência da ausência de regulação. [...] Para evitar esse risco, as constituições democráticas, na condição de diplomas normativos com validade superior à da lei infraconstitucional, elegem e garantem algumas liberdades que, por uma ou outra razão, são consideradas muito valiosas. [...]. Nesses casos, a liberdade de praticar determinadas ações não é uma consequência indireta da ausência de proibições e mandamentos no nível da lei infraconstitucional, mas de permissões constitucionais especiais que dão lugar às liberdades constitucionais. [...]. Dentre elas constam na Constituição do Brasil, entre outras, as de locomoção, religião, expressão, reunião, associação, profissão e iniciativa econômica.” (MARTINS NETO, 2008, p.27)

básico da comunicação digna de proteção, a liberdade de expressão torna-se elemento essencial à democracia e imperativo da condição humana, permitindo aos cidadãos “o direito de falar e ouvir livremente”, promovendo “suas faculdades racionais em plenitude” (MARTINS NETO, 2008, p.59).

Assim como a *expressão*, a *informação* também tem sua liberdade constitucionalmente garantida. Dessa forma, todo cidadão tem o direito a ser informado e a informar. Também o direito à informação apresenta contornos coletivos, visto promover uma sociedade bem informada. Inserido no âmbito de direitos que protegem a comunicação, o direito à informação, assim como a liberdade de expressão e de pensamento — que pode ser traduzida como a formação livre, autônoma e íntima das concepções existenciais da pessoa (OSSOLA, 2012, p.199, tradução nossa¹³⁵) — tendo em vista a repercussão dos atos comunicativos configuram-se, também, num poder informacional (SOUZA, 2005, p.243), exercidos pelos mais variados veículos de comunicação, cada qual com suas particularidades. Para além de jornais, revistas e da televisão, a popularização da internet modificou significativamente o intercâmbio comunicacional, tornando-o mais amplo, sobretudo porque na internet a população não resta estagnada como mera espectadora e participa ativamente do ato de comunicar. Não apenas assistem ou escutam, como ocorre na televisão ou no rádio, mas assumem postura ativa na produção e divulgação da informação (MARTINS NETO, 2008, p.51).

¹³⁵ Trecho original: “La libertad de pensamiento se traduce en la autodeterminación, con relación a la formación libre, autónoma e íntima de las concepciones existenciales del ser humano.”

Além das pessoas físicas que alimentam diariamente bancos de informações virtuais, Souza (2005, p.224) conceitua os meios de comunicação como empresas que objetivam o lucro, dependem do mercado e, como tal, associam-se para expandir seus domínios. Para Paganotti (2014, p.03), a “imprensa engloba a produção jornalística de conteúdos predominantemente informativos em suportes que superam o papel impresso” além de “produtos informativos em mídias eletrônicas e digitais como o rádio, a TV e sites informativos na internet – além, obviamente, de jornais e revistas”. Sim, “o jornalismo cumpre uma função social”, a de “investigar a verdade dos fatos que ocorrem em sociedade, com objetividade e equilíbrio”, levando ao público informação de qualidade; não se pode perder de vista, contudo, que as empresas de comunicação incorporam-se em grandes empreendimentos privados com finalidade econômica e são financiados por contratos publicitários¹³⁶, “o que os faz dependentes de anunciantes e das regras de mercado” (SOUZA, 2005, p.249). Conforme bem frisado por Fruet (2012, p.172): “A mídia é uma indústria e seu produto é a informação”.

¹³⁶ Jayme Weingarter Neto acrescenta: “A manipulação é um conceito político-ideológico determinado pelo caráter mercantil da notícia, e o processo de concentração de capital pulveriza as formas concorrenciais — o cidadão só participa na qualidade de público consumidor de uma mercadoria proveniente de centros de produção crescentemente reduzidos. [...]. Como derradeira circunstância, convém assinalar o evidente e primordial papel que a publicidade, por meio dos anunciantes, desempenha. Hoje o jornal ou a revista são grandes empresas que veiculam propaganda de empresas médias (ainda) e grandes (preponderantemente), e ao preservar e realçar os valores dos anunciantes, reforça seus valores. Por fim, o ‘papel da imprensa [escrita] hoje é muito menos importante do que o papel dos meios de massa’, rádio e televisão. [...] o problema da concentração empresarial da imprensa gera um dever do Estado de rechaçar os perigos dos monopólios de opinião. Mesmo porque o ‘poder econômico, que permite dispor da informação, é um privilégio não-democrático, com tendência a converter-se num novo tipo de soberania’.” (p.81-83)

Ao mesmo tempo, reconhecendo a indispensabilidade informacional promovida pela imprensa contribuindo, também, para o crescimento e fortalecimento da coletividade, destacamos o trecho do texto de Godoy (2015, p.54-55):

[...] tem-se hoje a liberdade de imprensa como a de informação por qualquer meio jornalístico, aí compreendida a comunicação e o acesso ao que se informa. Ou seja, preservando-se, de um lado, a perspectiva individual do direito à informação, que dá à liberdade de imprensa ainda uma dimensão de direito de manifestação do pensamento assegurado ao indivíduo. Mas, de outro, garantindo-se um direito, que é verdadeiramente coletivo, de acesso à informação. [...]. É certo que, sem o acesso à informação, em dias atuais globalizada, rápida, o indivíduo, isolado, alheio aos acontecimentos, não tem como eficazmente desenvolver-se, desenvolver sua personalidade e sua cidadania.

Não se pode olvidar, contudo que, como citado por Freud em *A interpretação dos sonhos* (2001, p.39, tradução nossa¹³⁷), todas as impressões, mesmo aquelas que parecem mais insignificantes, deixam um rastro inalterável, uma marca que sempre pode ser lembrada e revivida. Com a digitalização da notícia, tal frase apresenta-se como dogma absoluto: atualmente não há como apagar, em definitivo, uma notícia divulgada. Sobretudo quando confrontamos liberdade de comunicação, em suas mais variadas manifestações, com o direito à privacidade, aqui de forma mais acentuada enquanto direito à vida privada e direito à intimidade, é necessário não conceber nenhum deles como absolutos. Como nos lembra Martins Neto (2008, p.29-30), “em nenhum sistema legal a liberdade de expressão é concebida em termos

¹³⁷ “Como exprime Delboeuf, ‘que toute impression, même la plus insignifiante, laisse une trace inaltérable, indéfiniment susceptible de reparaître au jour’.”

tais que signifiquem conferir proteção e imunidade a toda e qualquer comunicação”, sendo que “nem tudo o que seja dito pode ser dito por quem quer que seja” e, eventualmente, há aquilo que *não pode ser dito*. Logo, mesmo sendo a liberdade de expressão constitucionalmente garantida, “a possibilidade de o legislador ordinário pretender validamente reprimir determinadas comunicações não pode nunca ser totalmente afastada” (MARTINS NETO, 2008, p.35).

Assim como as liberdades aqui analisadas servem como limites ao direito à privacidade, este também tem como função *limitar a comunicação*, no sentido de exercício da privacidade. Sendo inegável que o desenvolvimento dos meios de comunicação intensificou as invasões, nas mais diversas formas e intensidades, à privacidade alheia (BITELLI, 2005, p.275), por evidente que se demonstram necessárias as ferramentas criadas pelo constituinte e pelo legislador ordinário pra proteger o cidadão desses movimentos invasivos. Ao privilegiar-se a privacidade frente à comunicação, *cala-se*. E se por um lado, muito em virtude de nossa história recente, o *calar* “provoca o terror social e a ausência de imagem, crise de identidade/transparência curto-circuito no regime democrático e no próprio autodesenvolvimento da personalidade individual”, por outro, quando a *fala* (ou a escrita, ou a imagem) é utilizada negligentemente como meio de distorção ou de desrespeito à privacidade, configurando-se em verdadeira ferramenta manipuladora da vida das pessoas (WEINGARTNER NETO, 2002, 109), nos parece legítima a demanda pelo *silêncio*.

Se a proteção da privacidade pode ser vista como a tutela do “interesse do cidadão em manter inviolável sua própria intimidade e vida privada, preservando-as das indiscrições alheias”, cuidando da sua

integridade pessoal (SOUZA, 2005, p.259), a presença de limites à comunicação objetiva a manutenção do desenvolvimento da personalidade do sujeito, visto que seria “no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua auto-determinação individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade” (TAVARES, 2005, p.227). Por isso repetimos: silenciar, eventualmente (sempre considerando-se as situações apresentadas concretamente), será preciso.

A ditadura militar deixou cicatrizes profundas no Brasil e é importante que essas marcas permaneçam, para que não sejam esquecidas. Dentre tantos pavores, a fobia à censura¹³⁸ é um dos mais enfatizados, sendo que tal concepção estritamente negativa é “fruto de um processo de longa duração, em que camadas descontínuas de desgaste do termo foram se sedimentando até formar, só muito

¹³⁸ Desde muito antes, contudo, a censura já era praticada no Brasil. Fausto (2009, p. 125) nos informa que a “vinda da família real deslocou definitivamente o eixo da vida administrativa da Colônia para o Rio de Janeiro, mudando também a fisionomia da cidade. Entre outros aspectos, esboçou-se aí uma vida cultural”. De acordo com Mattos (2005, p.100) “[...] data de 1706 a adoção de uma política sistemática do governo português para restringir a liberdade de imprensa no Brasil, começando pelo confisco de uma tipografia que funciona ‘clandestinamente’ no Recife, imprimindo ‘letras de câmbio e orações’. [...]. Uma das mais graves consequências dessa censura, que tinha o objetivo de manter incontestado o absolutismo dos reis portugueses, foi a total inexistência de órgãos de imprensa no Brasil colônia. Só com a chegada de dom João foi iniciada a imprensa, mas, mesmo assim, oficial: a Imprensa Régia, e com ela o primeiro ato oficial sobre a censura no Brasil. Ao estabelecê-la, em 27 de setembro de 1808, dom João nomeou também os primeiros censores régios com o objetivo de impedir qualquer publicação contra a religião, o governo e os bons costumes. A partir de 14 de outubro de 1808 a alfândega também já não permitia a entrada de livros sem a autorização do Desembargo do Paço. [...]. O *Correio Braziliense* foi o primeiro jornal brasileiro publicado por brasileiro sem o jugo da censura portuguesa. Esse periódico circulou de junho de 1808 a dezembro de 1822.”

recentemente, uma quase homogeneidade do rechaço” amplo ao ato de censurar (NODARI, 2012, p.21). Naquela época, a censura foi praticada pelo Estado¹³⁹, de forma legal e perversa. Para além do Estado, contudo, também pode haver censura entre particulares. Quando alguém, que não o autor do que se expressa, impossibilita a divulgação dessa expressão, pratica censura. “Pode-se afirmar que se controla o outro. Alguém – o censor – faz-se senhor não apenas da expressão do pensamento ou do sentimento de alguém, mas – o que é mais – controla-se o acervo de informação que se pode passar a outros” (BRASIL, 2015, p.45).

A censura¹⁴⁰ nesse formato deve ser combatida e assim o é. A postura do constituinte, nesse sentido, foi precisa. Não apenas inseriu o seu repúdio no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, IX) como dedicou todo um artigo (art. 220) a evitar sua manifestação. Assim vivemos, hoje, em um país com ampla liberdade de informação, com imprensa livre, onde todos podem dizer o que pensam o ouvir o que querem. É preciso, contudo, despir a expressão de seu manto totalitário e

¹³⁹ “[...] para que uma pessoa pudesse exercer o trabalho censório, ela tinha que possuir nível superior em uma das seguintes áreas: ciências sociais, direito, filosofia, jornalismo, psicologia. A segunda exigência era ser aprovada por concurso para o Departamento de Polícia Federal e submeter-se a um curso de quatro meses, em regime de internato, na Academia Nacional de Brasília. Durante esse período, o futuro censor aprendia noções básicas sobre o direito aplicado à censura, estatuto policial, história da arte, comunicação, psicologia, teatro, literatura, cinema e televisão. Isso porque o censor tinha de ser polivalente. Antes de entrar em ação os ‘treinados’ ainda eram submetidos a testes psicotécnicos.” (MATTOS, 2005, p.125)

¹⁴⁰ “Na verdade, o ato de censurar é tão antigo quanto a divulgação de ideias. O controle dos meios de difusão de ideias sempre existiu e a história registra, ao longo dos séculos, sob a tutela de regimes totalitários ou democráticos, como os governantes têm tentado sufocar, por meio da censura, o esforço de comunicação. [...]. Na sociedade grega, Platão, entre outros filósofos de sua época, destacava, como virtude, a supressão ‘das ideias contrárias ao que é permitido pelo Estado’.” (MATTOS, 2005, p.46)

trabalhá-la sob outras perspectivas. Se nas novelas e série televisivas percebe-se que a figura do vilão como personagem representante do mau e do mocinho como aquele que representa o bem não funcionam mais¹⁴¹, no Direito precisamos ter a mesma postura com alguns conceitos. Por exemplo: discriminar é reprovável; é ilícito; é imoral. Ações afirmativas¹⁴², contudo, “discriminam” de forma benéfica e fundamental ao desenvolvimento de nossa sociedade.

¹⁴¹ Sobre o personagem Félix, da novela *Amor à Vida*, exibida pela Rede Globo em 2014, Maia (2014) escreve: “Praticamente certa, a regeneração do antagonista da principal novela da Globo confirma não apenas a popularidade do personagem que roubou, traiu e quase matou diversas vezes na trama, mas caiu no gosto do público, mas também a dos malvados que vêm tomando a frente de folhetins, filmes e séries de TV”.

¹⁴² “Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura ‘[...] um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual’. Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são ‘[...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais’. É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada: ‘Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas’. Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados”. (LEWANDOWSKI, 2012, p.08-09)

A palavra censura é definida pelo dicionário Houaiss, também, como a “restrição à publicitação de informações; juízo desfavorável; desaprovação, discordância”. Ora, quando um processo corre em segredo de justiça, o conteúdo presente nele é “censurado”; só diz respeito aos envolvidos e a ninguém mais. Quando o rosto de um menor é desfocado pela produção de um jornal que transmite sua entrevista, há “censura” à imagem, com finalidade protetiva desse menor. Com isso quer-se dizer que é evidente que a censura repressora, que tolhe e que impossibilita o público de ter acesso a informações importantes à formação de sua opinião, é atroz e condenável. Tentar fazer com que determinada informação, de cunho estritamente individual e íntimo, não seja divulgada, contudo, não configura o mesmo movimento, pelo menos em intenção.

Ossola (2012, p.208, tradução nossa) conceitua censura como a submissão de algo que se deseja difundir à revisão de alguém que pode ou não autorizar tal difusão. Para Nodari (2012, p.21), a censura é o poder excepcional criador de servidão, é o movimento de submeter algo a uma forma determinada. A censura, nesse formato, é violenta, servindo à manutenção da hierarquia pela coerção, moral e física, e a adaptação a um ideal (NODARI, 2012, p.223-224). Paganotti (2015, p.17) acrescenta que a interdição censória age com o objetivo de estabilizar ideias, arbitrando acerca de seus significados e buscando “garantir a supremacia na arena do simbólico, controlando a luta entre pontos de vista conflitantes ao suprimir representações desautorizadas”. Ao mesmo tempo, o autor observa que é legítimo o reposicionamento da censura quando essa visa ao controle de temas de interesse particular, objetivando preservar a privacidade dos indivíduos, sendo que “mesmo

em situações que envolvem figuras públicas e ligadas ao aparelho estatal, exige-se o silêncio devido a fatores particulares, como o sigilo da justiça ou a preservação da intimidade” (PAGANOTTI, 2015, p.43-44).

Reprender a fala por razões ideológicas vai de encontro aos valores democráticos e ao respeito à dignidade da pessoa humana, promovendo intolerância e discriminação, e nesse sentido é direcionada a proibição constitucional à censura, determinando que de modo algum e “em nenhuma circunstância, é permitido ao Estado¹⁴³ impedir ou reprimir uma mensagem quando a única razão da autonomia política for a preferência ideológica por concepções distintas” (MARTINS NETO, 2008, p.93). A nós, nos parecem bastante distintos os movimentos de censurar (em sua forma danosa, proibida pela Constituição de 1988) e de exercer o direito à privacidade. A censura vem de fora, é externa, determinando aquilo que pode ou não ser dito, independentemente da fonte da informação; causa dano à sociedade, ferindo o direito à informação e à comunicação e impedindo a formação de opinião. Exercer a privacidade é movimento interno, executado pelo sujeito que busca controlar suas próprias informações, impedindo que essas sejam divulgadas sem a sua autorização. Tratando-se da vida privada e da intimidade das pessoas, a sociedade não é violentada ao não ter acesso a

¹⁴³ “O Estado não está apenas impedido de silenciar a ideologia em sentido estrito, ou seja, como sistema de ideias políticas, por exemplo, o marxismo, o anarquismo, o liberalismo. A proibição se refere a quaisquer ideias, desde opiniões pessoais a informações jornalísticas, mensagens artísticas, proposições científicas, interpretações da história, juízos morais, doutrinas religiosas, dados estatísticos, etc. Segundo nosso direito constitucional, nenhuma espécie de comunicação pode ser coibida por nenhuma autoridade por razões de mera discordâncias ou contrariedade.” (MARTINS NETO, 2008, p.88)

esse espaço; o caminho inverso, no sentido de impedir que o sujeito tenha o poder de controlar suas informações, aí sim possibilita a ocorrência de danos, irreversíveis.

É importante que tal fator seja ressaltado: o dano causado à privacidade é absolutamente irreversível, visto que a partir do momento em que determinada informação — independentemente da forma que assumir — deixa o âmbito privado, não há como retomar essa posição. Quando analisamos casos de violação à intimidade e à vida privada, tal constatação materializa-se de maneira bastante clara. Uma carta íntima ao ser publicada na matéria de um jornal, não poderá, jamais, ter seu conteúdo resguardado; uma cena de sexo disponibilizada na internet, não poderá, jamais, ser definitivamente apagada; um caso extraconjugal revelado em biografia não autorizada, nunca retomarà sua ambientação sigilosa. Assumir a defesa da tutela preventiva com relação ao direito à privacidade não pode ser confundido com a promoção da censura rechaçada pela Constituição de 1988. Não se trata de tentativa de obstar, de forma injustificada, o exercício da liberdade de expressão ou comunicação, mas de promover a *legítima defesa da privacidade*, na forma como está previsto em nosso ordenamento jurídico.

Previsão essa que faz referência expressa à intimidade e à vida privada, duas formas de manifestação do direito à privacidade. No entanto, como vimos suas possibilidades de conceituação são múltiplas, podendo ser individual ou coletivo; sigiloso ou não; manifestar-se ativa ou passivamente; permitir o controle informativo da pessoa. Para aquilo que nos propomos, contudo, formulamos uma definição que pode ser aplicada ao contexto apresentado neste trabalho sendo, então, o direito à privacidade um direito fundamental e um direito da personalidade,

aplicado tanto nas relações entre Estado e cidadão quanto nas relações entre particulares, limitado por direitos igualmente fundamentais (como a liberdade de expressão) e limitador dos mesmos. O direito à privacidade é exercido pelo sujeito-fonte das informações que se busca proteger, diferenciando-se da censura, proibida pela Constituição de 1988, por ser ato interno, ou seja, busca-se privar os outros de informações próprias, ao contrário da censura, que vem de fora, de um sujeito ativo (estatal ou particular) que age no sentido de impossibilitar a expressão do pensamento (quando não o pensamento em si) de alguém. A extensão do alcance do direito à privacidade deve ser analisada, sempre, à luz do caso concreto, verificando-se como a pessoa lidou com suas informações privadas, o contexto no qual a comunicação ocorreu e a expectativa de maior ou menor divulgação. O dano à privacidade não é passível de conserto (uma vez divulgada, a informação nunca voltará a ser privada) devendo, dessa forma, evitar-se a sua ocorrência.

Com frequência analisam-se os excessos da imprensa frente à privacidade das pessoas noticiadas. Nós, inclusive, apresentamos alguns casos que exemplificam tais situações. Normalmente são casos de invasão à intimidade e à vida privada de figuras públicas, levados à tona em nome da necessidade de informar a população. Já manifestamos nossas restrições a tal movimento efetuado, não raramente, de forma irresponsável e inconsequente. Há outro veículo informativo, contudo, que embora menos presente no cotidiano da população, com igual frequência faz uso da intimidade e da vida privada de terceiros para ser elaborado, e comercializado. Trata-se das obras biográficas. Esse gênero da literatura desperta o interesse do leitor, justamente em virtude do tipo de informação veiculada, permitindo a

todos o descobrimento de fatos privados da vida de figuras célebres. Ciente da necessidade de impor algum tipo de proteção à privacidade dessas pessoas, o legislador ordinário elaborou os arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002 (que regulamentam a divulgação de informações por meio de biografias), exigindo a autorização prévia do biografado para que a obra que retrate sua vida seja comercializada.

Em 2015, no entanto, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, o Supremo Tribunal Federal, atendendo ao pedido da Autora — de declaração parcial da inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, sem redução de texto —, mudou o entendimento dos dispositivos mencionados, reinterpretao os mesmos. Com a decisão, a redação dos enunciados normativos deve ser interpretada no sentido de declarar “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes”. Além disso, o STF reafirmou o “direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”.

Assim, atualmente, qualquer pessoa que deseje escrever qualquer coisa sobre qualquer um poderá fazê-lo e lucrar com isso sem haver qualquer possibilidade de proteção prévia daquele sobre quem se escreve. Apenas será possível, para esse personagem, mover ação de dano moral contra quem sobre ele escreveu, exigindo indenização. Ou seja, a ordem inverteu-se: ao invés de proteger o sujeito impedindo que o dano ocorra, a lógica é de deixar o dano ocorrer e resolver a questão

posteriormente, com indenização. No voto proferido pela relatora da ADI nº 4815, ministra Cármen Lúcia, o direito à privacidade é conflitado com os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de comunicação e à liberdade de pensamento, além de ser equivalido à censura. Para Cármen Lúcia, é necessário estabelecer a exceção à privacidade resultante da decisão, sob o risco de promoção da censura prévia, proibida pelo §2º, do art. 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para a Ministra, mesmo seguindo a nova interpretação dos dispositivos, não se extingue o direito à inviolabilidade da intimidade ou da vida privada. O que ocorre é o fim do juízo prévio de censura ou a possibilidade de se afirmar a censura prévia, de natureza legislativa, política, administrativa ou judicial. Sobre esse caso nos debruçaremos a seguir.

3 O caso: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, o método e a alteração do entendimento sobre a privacidade contemporânea

“Deixa que eu seja eu.”

(de Marisa Monte, Arnaldo Antunes e Arto Lindsay)

No ano de 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetivando a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002. A Autora formulou pedido no sentido de que fosse afastado “do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada [...] para a publicação ou veiculação de obras biográficas¹⁴⁴, literárias ou audiovisuais”. Argumentou a Autora que os referidos artigos do Código Civil de 2002, na forma em que estão postos, violam “as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)” (BRASIL, 2015, p.02-03). A Ação foi julgada em 2015 e, em seu voto, a ministra Cármen Lúcia abordou os conceitos de direito à liberdade de expressão, censura e

¹⁴⁴ Biografia é “a escrita (ou o escrito) sobre a vida de alguém, relatando-se o que se apura e se interpreta sobre a sua experiência mostrada e que, não sendo mostrada voluntariamente, não foi autorizado pelo sujeito ou por seus familiares a passarem para a coletividade” (BRASIL, 2015, p.98). Bruck (2009, p.196) entende biografias como aquelas obras “em que há a preponderância do exercício e constituição de uma narrativa instituída sobre elementos literalmente estilizados e como sendo o resultado do trabalho, reconhecidamente artístico de um autor crítico, cuja obra narrativa prioriza a si mesma como presença no mundo e se vale do mote biográfico, em geral, como oportunidade de exercício da literalidade.”

privacidade, dentre outros, discorrendo sobre a evolução histórica dos mesmos e suas formas de aplicabilidade contemporâneas. A ministra julgou procedente a ADI nº 4815, dando interpretação aos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, conforme a Constituição de 1988, para:

- a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas);
- b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização. (BRASIL, 2015, p.118-119)

Segundo Cármen Lúcia, mesmo seguindo a nova interpretação dos dispositivos, não há extinção do direito “à inviolabilidade da intimidade ou da vida privada”, mantendo-se afastado o juízo prévio de censura e, dessa forma, combatendo “a censura prévia ou a posteriori, de natureza legislativa, política, administrativa ou judicial, deixando-se em relevo e resguardo o que a Constituição fixou como inerente à dignidade humana” (BRASIL, 2015, p.118). A ministra relatora, ao iniciar seu voto, tomando por base os arts. 5º, IV, IX, X e XIV e 220, da Constituição de 1988¹⁴⁵ — em conjunto com os artigos

¹⁴⁵ 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:
[...]

20 e 21 do Código Civil de 2002¹⁴⁶ —, formula questionamentos acerca desses dispositivos. Assim pergunta se (a) seria possível considerar que a necessária autorização do biografado, nos termos do art. 20, sem qualquer tipo de exceção, seria exorbitante, ferindo a liberdade constitucional de outrem, ou se, por outro lado, (b) seriam constitucionais as regras da lei civil que “desdobram aqueles princípios com realce a direitos individuais, sem conflito substantivo, pelo que poderia ser ultrapassado mantendo-se o espaço de decisão particular do

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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;

[...]

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

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

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

¹⁴⁶ Art. 20. “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

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”.

interessado?” (BRASIL, 2015, p.24-25). No decorrer do voto e, sobretudo, em sua conclusão, trabalhando a ponderação e a harmonização dos princípios e preceitos constitucionais, a resposta da ministra tende a ser positiva para a pergunta “a” e negativa para a pergunta “b”.

Nossa Tese oferece uma perspectiva diversa e, nesse sentido, vimos nos encaminhando até este momento. É então que, com base na fundamentação já apresentada, nos debruçaremos à análise do voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, em seus questionamentos e posicionamentos. Este terceiro e último capítulo apresentará diversos trechos do referido voto, tendo em vista a importância da reprodução dos mesmos para a melhor compreensão daquilo que buscamos demonstrar. O caso em voga é de suma importância ao debate da privacidade no século XXI, visto ter alterado os (poucos) dispositivos infraconstitucionais que regulamentam o direito à privacidade. Acrescentamos, ainda, que mesmo tratando-se de caso com objeto bem delimitado — é direcionado a sujeitos que despertam o interesse da sociedade e a editoras que produzem obras biográficas — seu resultado é muito mais amplo e, ao nosso ver caro, do que possa parecer, atingindo o exercício do direito à privacidade em sua manifestação mais tradicional e representando o atual entendimento acerca desse direito pela mais importante instância do Judiciário brasileiro.

Iniciaremos o capítulo retratando fatos prévios ao julgamento da ADI nº 4815, como manifestações ocorridas na audiência pública que a antecedeu e relatos da opinião pública acerca do caso. Em seguida, analisaremos a metodologia utilizada pela ministra Cármen Lúcia para a construção de seu voto e passaremos pelos pontos

fundamentais da teoria argumentativa de Alexy e, também, enquanto contraponto, da teoria garantista de Ferrajoli. Finalmente, analisaremos o resultado proferido no voto, oferecendo nossa perspectiva sobre o mesmo e, desse modo, exporemos nossa resposta ao problema apresentado.

Ademais, é fundamental ressaltar que mesmo que venhamos a tecer críticas e nos posicionarmos em sentido diverso do defendido no voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, destacamos o valor doutrinário desse documento, sendo texto que contribui de maneira expressiva para o enriquecimento da produção teórica nacional sobre o direito à privacidade e sem o qual nosso trabalho não seria possível.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815: fundamentação

Em 21 de novembro de 2013, antes do julgamento da Ação, foi realizada audiência pública para que a sociedade fosse ouvida sobre a temática discutida. José Murilo de Carvalho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, disse que “a censura prévia de biografias por extensão da escrita da História priva o leitor e o cidadão de acesso ao conhecimento de sua própria sociedade” e que a “Constituição garante aos que se julguem ofendidos o direito de resposta e de indenização (BRASIL, 2015, p.14). Newton Lima, autor do Projeto de Lei 393/2011¹⁴⁷, defendeu que fatos “conhecidos ou públicos, de uma forma ou de outra, não deveriam ser impedidos de serem divulgados, sob pena de se tolher a liberdade de expressão” (BRASIL, 2015, p.16).

¹⁴⁷ O então Projeto de Lei nº 393/2011, de autoria do deputado Newton Lima (PT/SP), propunha a alteração do art. 20 do CC/2002. Originalmente, aprovada a modificação, o parágrafo único seria renumerado para §1º, sendo adicionado um §2º, com o seguinte teor:

§ 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.

Após sofrer algumas emendas, o projeto foi aprovado pela Câmara e enviado para o Senado, onde passou a ser identificado como PLC n. 42/2014 e encontra-se em tramitação. Nos termos do referido PLC, o art. 20 do CC/2002 passaria a contar com três parágrafos. O §1º, a exemplo do projeto inicial, repetiria o atual parágrafo único, sendo transcrita abaixo a redação dos §§ 2º e 3º:

§ 2º A 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 que esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio.

Cláudio Lins de Vasconcelos, representando o Sindicato Interestadual da Indústria Audio Visual, asseverou que o eventual julgamento no sentido de tornar desnecessária a autorização prévia do biografado não significaria defender aquilo que chamou de “jusfundamentalidade da fofoca” ou “jusfundamentalidade da mentira”, lembrando que “para esses e outros abusos há muitos remédios: uma segunda versão dos fatos, por exemplo, o direito de resposta, a busca de indenização financeira na Justiça, ou mesmo a busca de reparação na esfera criminal”, mas que todos devem ser “medidas a posteriori, que dependem da consumação do ato ilícito”; que “sejam severas, mas jamais prévias (BRASIL, 2015, p.17). A Ordem dos Advogados do Brasil levantou a importância do exemplo dado pelos “ídolos”, citando que tais exemplos, mesmo quando negativos, podem servir de influência positiva ao País (BRASIL, 2015, p.22). Finalmente, apenas para ficarmos com algumas das manifestações, Sônia da Cruz Machado de Moraes, representando o Sindicato Nacional dos Editores de Livros, informou que a “vida de figuras públicas é parte da historiografia social” (BRASIL, 2015, p.19).

Subscrevendo o posicionamento supracitado, Cármen Lúcia disse que ao mesmo tempo que a “vida do outro há de ser preservada”, “a curiosidade de todos há de ser satisfeita”, cabendo ao biógrafo cumprir o segundo papel, sendo esse “espaço de quase segredo que parece mais interessar ao pesquisador, ao biógrafo, que atende necessidades da história e também à curiosidade das pessoas” (BRASIL, 2015, 2015, p.98-99). No seu entendimento (BRASIL, 2015, p.81-82), o direito à privacidade deve ser relativizado para algumas pessoas, em função da profissão que escolherem e/ou de seus comportamentos. Para

a Ministra, ao interpretarem-se as normas civis à luz da Constituição de 1988, deve-se ter em mente que a noção de privacidade não é a mesma para todos, pois “o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros se altera segundo escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se” a determinadas atividades, destacando algumas delas: a) fazer parte dos “quadros de agentes das instituições estatais”; b) promover “as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal”; c) extrair ou retirar dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido”, já que, para Cármen Lúcia, “quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra”.

Trabalhando as biografias enquanto gênero literário, Vilas Boas (2002, p.37) afirma que os leitores desse tipo de obra busca projetar-se em “outras vidas, diferentes tempos, outros destinos e de retornarem ao presente após a viagem”, adentrando no universo particular de outro indivíduo. “Como se o leitor se deliciasasse com o fato ‘de não estar sozinho no mundo’, de poder compartilhar sua própria história com outra pessoa, não importando a época”. O autor classifica biografias *autorizadas* como aquelas “escritas e publicadas com o aval e eventualmente com a cooperação do biografado e/ou de seus familiares e amigos” e como biografias *independentes* (ou *não-autorizadas*) aquelas “em que o biógrafo investiga sem o consentimento formal do biografado ou de seus descendentes” (2002, p.48). Definindo como condição “inevitável do trabalho do biógrafo” o *revolver da intimidade* da pessoa biografada (2002, p.49), Vilas Boas (2002, p.49) entende que as biografias não-autorizadas são mais acuradas por não haver

interferência direta dos guardiões de personagem” lembrando que, por outro lado, “eventuais resistências de familiares, amigos, instituições ou do próprio biografado podem comprometer o equilíbrio da história”.

O Código Civil de 2002, no já citado art. 20, numa tentativa de impedir a ocorrência do dano — dano esse irreparável, já que algo que é retirado do local do segredo não tem como para lá ser devolvido — determina a necessidade de autorização prévia, por parte do biografado (ou do cônjuge, dos ascendentes ou dos descendentes), para que biografias sejam publicadas. Pode-se dizer que *sempre* a não autorização deverá impedir a publicação? Acreditamos que não. Por outro lado, pode-se dizer que *nunca* deverá ser exigida autorização prévia? De forma alguma. A solução não é evidente, sendo fundamental a análise do caso concreto. Nesse sentido, é importante verificar determinados aspectos na obra analisada. Schreiber (2013, p.150) nos apresenta alguns desses pontos:

São circunstâncias relevantes: (i) a repercussão emocional do fato sobre o biografado; (ii) a atitude mais ou menos reservada do biografado em relação ao fato; (iii) a importância daquele fato para a formação da personalidade do biografado (e, portanto, a necessidade da sua divulgação no âmbito da biografia); (iv) o eventual envolvimento de terceiros e seu grau de identificação no relato; (v) o formato da apresentação do fato, que pode ser mais ou menos sensacionalista; (vi) os riscos para outros direitos do biografado, como o seu direito à honra [...].

Ou seja, embora medidas restritivas a editoras e seus biógrafos possam gerar algum tipo de inconveniente aos mesmos (ou ao leitor que busca uma aventura abstrata) é imperioso ter em mente que qualquer pessoa, célebre ou não, tem direito à privacidade, podendo

desejar manter em segredo fatos sobre sua vida íntima. Certamente, o movimento de não permitir que determinada obra seja comercializada em função de seu conteúdo deve ser, de maneira geral, combatido. Contudo, permitir que essa obra, na mesma acepção generalista, circule a despeito da evidente lesão à privacidade que perpetra seria o equivalente à atribuição de “um preço à intimidade do biografado, com efeitos bem mais nefastos do que se pode perceber a princípio” (SCHREIBER, 2013, p.151).

Constantemente expostas à exaustão, as figuras públicas acabam, deliberada ou impositivamente, lidando de uma forma muito especial com a própria privacidade. Em 2013 a questão ganhou destaque em virtude do posicionamento assumido pelo “Procure Saber”, — grupo formado por importantes nomes da música brasileira, como Caetano Veloso, Chico Buarque e Gilberto Gil — que defendeu a necessidade de autorização prévia, para a comercialização de biografias¹⁴⁸. Em outubro daquele ano¹⁴⁹ a então presidente do grupo, Paula Lavigne, enfatizou que o “Procure Saber” não via problemas na publicação das biografias, mas na comercialização sem autorização. Ainda segundo Lavigne, os fundamentos da liberdade de expressão ou do acesso à informação seriam formas de justificar o lucro com a vida alheia (GRAGNANI, 2015). Também sobre o assunto, o cantor Djavan declarou que “a liberdade de expressão pode causar injustiças” já que “editores e

¹⁴⁸ Após debates acirrados entre o grupo, a imprensa e representantes das editoras, o grupo optou por não levar adiante a discussão, se dedicando, principalmente a questões relacionadas aos direitos de autor. Disponível em: <<http://g1.globo.com/musica/noticia/2014/09/caetano-veloso-diz-que-polemica-das-biografias-traumatizou-procure-saber.html>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

¹⁴⁹ Conforme já expusemos em trabalho anterior (OLIVO; CANCELIER; 2016, p.12).

biógrafos ganham fortunas enquanto aos biografados resta o ônus do sofrimento e da indignação”. A Associação Nacional de Editores de Livros, por outro lado, declarou à época que a necessidade de autorização prévia ensejaria censura, ferindo a liberdade de expressão e o direito à informação.

A imprensa, de maneira geral, foi impiedosa. Em reportagem intitulada “Página infeliz da nossa história: Gilberto Gil, Roberto Carlos, Chico Buarque e Caetano Veloso dizem querer resguardar a privacidade, mas as propostas do grupo resumem-se a apenas uma infame palavra: censura”, Teixeira (2013, p.82-83) disse que o que estava em jogo no debate era o democrático princípio da liberdade de expressão, sendo que “no tangente a figuras públicas — políticas, autoridades, artistas —, a liberdade de biografar não pode ser tolhida” (TEIXEIRA, 2013, p.86); sem poupar críticas aos artistas, o jornalista escreveu:

Embora seja vital para todo e qualquer cidadão, a liberdade de expressão deveria ser especialmente cara a quem tem na arte seu ofício, e talvez ainda mais aos músicos da geração que, nos anos 60 e 70, sofreram com a censura do regime militar. No entanto, foram estes que se mobilizaram para solapar esse fundamento do Estado de Direito. No grupo ridiculamente chamado Procure Saber, capitaneado pela hábil empresária Paula Lavigne, estão Chico, Caetano Veloso, Gilberto Gil, Djavan, Milton Nascimento, Erasmo Carlos e Roberto Carlos. (2013, p.84)

É evidente que o exercício de determinadas profissões exige a publicização maior de alguns atos, que normalmente deveriam restar íntimos, justamente, em função da atividade executada. Para tanto, mesmo antes do atual Código Civil, a legislação infraconstitucional já

regulamentava tais exceções ao privado, como é o caso da Lei nº 8.730/1993, que estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, mais recente, da Lei nº 12.527/2011, que busca assegurar o acesso à informação com relação a dados pessoais de agentes públicos. Diferente é o caso das figuras públicas que despertam grande interesse da população — e incentivam tal interesse, visto que sem ele não lograriam sucesso profissional — e se deparam com uma série de restrições à privacidade, que seriam possivelmente impensáveis para aqueles que não são “famosos”. É essencial, contudo, notar que tais limites à privacidade apenas podem ser considerados como tais quando restritos ao exercício profissional que os deu causa. Caso contrário, poderiam configurar violação ao direito à privacidade.

Cármen Lúcia, contudo, encaminhou-se noutra direção, defendendo que, ao optar por determinada profissão que envolva exposição, o sujeito subscreve um termo tácito de renúncia à privacidade:

Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; [...] Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra [...] A notoriedade tem preço: ele é fixado pela extensão da fama. E essa é quase sempre buscada. E quando não é, mas ainda assim é obtida, cobra pedágio: é o bilhete do reconhecimento público que se traduz em exposição do espaço particular, no qual querem adentrar todos (BRASIL, 2015, p.81-82).

Verdade é que o exercício da privacidade sofre uma série de autolimitações; as redes sociais e os *reality shows* (sobre tudo e sobre todos) são a prova disso. No entanto, o direito à privacidade estará presente, independentemente da profissão do seu titular. É evidente que ao exercer ofício público a pessoa terá que lidar com assédios e ingerências próprios do trabalho que escolheu. Além disso, é implícita às atividades laborais que tornam seus trabalhadores célebres, a publicitação de toda uma gama informativa acerca dessas pessoas. A liberdade de acesso a tais informações, contudo, deve ser restrita aos seus aspectos verdadeiramente públicos.

Retirar o direito à privacidade dessas pessoas e permitir que qualquer um escreva qualquer coisa (desde que indenize o objeto da escrita posteriormente) sobre elas, e ainda lucre com isso, a nosso ver é agir de forma tão autoritária e indigna quanto os censores do regime militar. Voltando ao exemplo da sociedade ficcional do *1984* de Orwell, temos uma comunidade desprovida do íntimo e do privado; é uma sociedade altamente oprimida. Há opressão à liberdade, há opressão à individualidade, há opressão ao segredo. Uma realidade onde não haja como impedir a invasão à privacidade é tão opressora quanto aquela dominada pela censura autoritária.

Por vezes a honra, a imagem (também direitos fundamentais tutelados pela Constituição de 1988) ou a família não resistem à informação divulgada, seja ela verdadeira ou não. Sim, como bem ressalta Cármen Lúcia, “temem-se enganos e fraudes”. Mas, ao contrário do defendido pela relatora, nem sempre tais enganos são de possível reparação. A ministra acredita que o risco é compreensível e concreto, mas que viver é arriscar. Define que erros “corrigem-se

segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas” (BRASIL, 2015, p.107).

Sim, a liberdade de informação ou o direito à liberdade de expressão são conquistas advindas de árduas batalhas (físicas e ideológicas) e merecem toda a proteção possível. O mesmo se pode dizer do direito à privacidade. Deixar o mesmo à mercê das desventuras da vida, no sentido de aceitar que sim, “viver é arriscar” e a privacidade deve se submeter ao risco da invasão, é desmerecer um direito que é, positivamente, tão fundamental quanto os demais. Cármen Lúcia, no entanto, é categórica: “Não adianta chorar. Sorria, você está sendo filmado” (BRASIL, 2015,p.96). De fato, vivemos em uma sociedade que exige o compartilhamento. A divulgação de informações pessoais é a regra. Restringir o acesso ao que quer que seja é uma atitude quase condenável. Essa é a realidade. Adaptamo-nos a ela socialmente e precisamos trabalhar o Direito para também promover uma adaptação jurídica que nos proporcione mais segurança aos “riscos próprios do viver” (BRASIL, 2015, p.107). Não adiante chorar e, tampouco, se resignar. No embate entre liberdade de expressão e privacidade, a resposta não pode ser única, e tornar desnecessária a autorização prévia prevista no artigo 20 do Código Civil de 2002 é, no mínimo, generalizar um problema não generalizável.

Atentamos, ainda, para o fato de não ser suficiente para o seu efetivo exercício a simples defesa-posterior da privacidade (indenizável monetariamente), é preciso ser proativo e impedir a sua violação. É preciso, quando possível, não permitir que o dano ocorra. Como já afirmamos, uma informação que deixa o espaço da privacidade

— e aqui não há a menor relevância ser a informação verdadeira ou mentirosa — nunca retornará para seu local de origem. Leonardi (2011, p.220) entende que a tutela reparatória de danos não é suficiente para lidar com violações, dentre outros, de direitos fundamentais e direitos da personalidade, visto serem casos nos quais o dano não pode ser reparado especificamente. Por outro lado, seguindo na lógica da responsabilização pelo dano causado, Cármen Lúcia (2015, p.66) define que quem “informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro”, acrescentando que a “informação, a exposição, a divulgação de dado pode gerar dano como qualquer outro agir humano”.

Trabalhando a reparação civil por danos morais, Bittar (2015, p.37) define que danos morais são “turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”, são danos ocorridos por conta “do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana” (2015, p.45). Segundo Gomes (2011, p.51; 76) haverá danos imateriais quando lesados direitos personalíssimos, observando que tais danos não são *indenizáveis* (não sendo possível, com uma indenização, eliminar o prejuízo causado pela violação do direito), mas *compensáveis*. Moraes (2003, p.131) nos lembra que o ordenamento jurídico deve concretizar a proteção humana, não admitindo “que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas”.

Mesmo não sendo nosso objetivo o aprofundamento das teorias da responsabilidade civil, repetimos que a manutenção da lógica da exclusiva aplicação do dano moral (e/ou patrimonial) aos casos de violação da privacidade, num movimento de compensação do dano causado é prejudicial ao completo exercício desse direito. Na senda de Leonardi, vislumbramos como tutela mais adequada à privacidade (manifestada enquanto intimidade e/ou vida privada) a *inibitória*, conceituada por Marinoni (2006, p.36) como configuração de tutela preventiva que “visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória”. A tutela *inibitória* não é dirigida à reparação do dano, mas ao impedimento da prática danosa. Seu objetivo é a prevenção da prática¹⁵⁰. Voltada para o futuro, é tutela que “objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir¹⁵¹” (MARINONI, 2006, p.38).

Fica bastante claro que, no atual entendimento do STF, figuras públicas têm seu direito à privacidade drasticamente reduzido e

¹⁵⁰ Como consta no voto do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2015, p.03), ao relatar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 823.936: “O objetivo da tutela *inibitória* é impedir, inibir e coibir o ato ilícito de modo que este não cause sequer lesão ao direito de seu titular ou, se já ocorreu o dano, que ele não se alastre ou amplie”.

¹⁵¹ Tanto na CRFB/88 como no CC/2002 há menções expressas à possibilidade de combate à ameaça a direito. Vide o art. 5º, XXXV, da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e o art. 12 do CC/2002: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

que, havendo dano ao mesmo, a compensação por indenização é adequada e suficiente. Percebe-se, também, que a definição do termo censura é bastante ampla aos olhos de nossa Corte Suprema, havendo, ao nosso ver, o nascimento de uma predisposição à valorização da liberdade de expressão frente à privacidade, de maneira geral. Destacados neste primeiro ponto do presente capítulo alguns dos principais argumentos utilizados pela ministra Cármen Lúcia para fundamentar seu voto pela inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, passaremos à análise da metodologia por ela utilizada no desenvolvimento de sua decisão.

3.2 Entre regras e princípios: metodologia

Outro ponto merecedor de atenção é a metodologia utilizada para chegar à conclusão da inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002. Assim, para resolver a aparente colisão entre princípios constitucionais (Privacidade Vs. Liberdade de Expressão), a relatora fez uso da técnica jurídica da ponderação, tendo como base a teoria argumentativa desenvolvida por Alexy. Cármen Lúcia (2015, p.114) explica que para a correta leitura constitucional dos artigos citados, deve-se considerar que (a) “as normas constitucionais de direitos fundamentais garantem a vida digna, para o que se assegura, expressamente, a liberdade de pensamento e de sua expressão, liberdade de informação e de criação intelectual, artística e científica”; (b) consequência lógica daquelas liberdades, está vedada qualquer forma de censura, estatal ou particular; (c) consectário lógico da dignidade da vida, a Constituição de 1988 também garante, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, impondo-se, na norma, a forma pela qual se repara o descumprimento desse direito, a saber, mediante indenização. Segundo a ministra relatora, para a melhor solução possível ao caso analisado deve ser acolhido o “balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias” (BRASIL, 2015, p.115).

Necessária, então, breve revisão da teoria de Alexy, e o primeiro ponto a ser ressaltado é a sua distinção entre *regras* e

princípios, estando ambos inseridos no conceito de norma, já que dizem o que *deve ser*. Para evitar a imprecisão no uso de cada termo, Alexy (2008, p.86) propõe uma caracterização precisa de cada um, “possibilitando a utilização sistemática dessa distinção”. Sua proposta toma como referência o caráter *qualitativo* das normas, levando-o à conclusão de que princípios são normas que ordenam a realização de algo “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, podendo ser satisfeitos em diversos graus. São, então, *mandamentos de otimização* (2008, p.90). As regras, por outro lado, serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas, devendo ser realizado exatamente o que elas exigem. São, assim, *determinações* (2008, p.91). Enquanto mandamentos de otimização, os princípios teriam apenas *prima facie* um mandamento definitivo, sendo que os princípios “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas” (ALEXY, 2008, p.103-104). Já as regras exigem que aquilo determinado pelo seu conteúdo seja executado (ALEXY, 2008, p.104).

Alexy explica que enquanto as regras entram em *conflito*, os princípios *colidem*. Assim, um conflito entre duas regras torna necessário para sua solução que uma delas seja declarada inválida — e, conseqüentemente, retirada do ordenamento jurídico — ou que se introduza em uma das duas cláusula de exceção que elimine o conflito (2008, p.92). A decisão reside na *validade* (ou invalidade) da norma¹⁵².

¹⁵² “Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com

Por seu turno, os princípios, ao colidirem, demandam solução distinta. Se conforme o “Princípio 1” algo é permitido e conforme o “Princípio 2” algo é proibido, ambos podem conviver, desde que um deles ceda; “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p.93); neste caso, a decisão reside no *peso*.

O objetivo de Alexy não é deixar as possibilidades e formulações de colisão à mercê das intenções dos juízes e, por isso, estabelece uma *Lei da Colisão*¹⁵³. A ideia é oferecer uma solução para cada caso concreto, ou seja, aceitar que todos os princípios, de maneira abstrata, estão no mesmo nível, mas que, a depender do caso, serão pesados de maneiras diferentes. Alexy, então, determina que é necessário estabelecer condições de acordo com as quais um princípio prevalecerá sobre o outro, condições essas que irão variar conforme as características de cada caso (ALEXY, 2008, p.96). Chega-se, num primeiro momento, à seguinte fórmula: em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver

consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras dever (sic.) ser declarada inválida. [...]A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma.” (ALEXY, 2008, p.92-93)

¹⁵³ “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível* - tem maior peso no caso concreto.” (ALEXY, 2008, p.95)

razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições “C” [(P1 P¹⁵⁴ P2) C], presentes nesse caso concreto (ALEXY, 2008, p.97). Dessa forma, são “indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental. Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”, o que possibilita a criação de uma regra (ALEXY, 2008, p.97-98). Em outras palavras:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Essa lei, que será chamada de lei da colisão, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a *inexistência de relação absoluta de precedência*¹⁵⁵ e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são qualificáveis. (ALEXY, 2008, p.99) (grifo nosso)

Finalmente, embora diferencie *valores* de *princípios*, Alexy (2008, p.144) reconhece que ambos os conceitos “estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos

¹⁵⁴ O sinal P é usado como símbolo para a relação de precedência. (ALEXY, 2008, p.96)

¹⁵⁵ “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (ALEXY, 2008, p.93)

princípios corresponde à realização gradual dos valores”. A diferença reside no grupo ao qual pertencem; enquanto os princípios fazem parte do grupo de conceitos *deontológicos* (“conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo”), os valores estão inseridos no grupo de conceitos *axiológicos* (relacionados ao “bom”).

Ocorre que, ao ser incorporado ao processo decisório dos Tribunais brasileiros, num movimento inserido no contexto “neoconstitucionalista¹⁵⁶”, tal teoria adquiriu traços próprios, fortemente voltados à discricionariedade do juiz. Autores como Trindade (2012, p.110;114;117) e Streck (61;71;73) explicam que ao ser “importado” para o Brasil, na década de 1980¹⁵⁷, o neoconstitucionalismo

¹⁵⁶“Apesar das diferenças que podem ser identificadas no pensamento dos autores (auto)declarados neoconstitucionalistas, ou mesmo aqueles que, sem saber, compartilham esta denominação, pode-se arriscar a afirmação que, dentre diferenças e peculiaridades, o ponto comum concentra-se na consideração da abertura do sistema constitucional, notadamente no seu aspecto substancial, na aproximação entre direito e moral, na distinção das normas em regras e princípios e na ponderação, como método da interpretação para os inevitáveis conflitos entre os direitos fundamentais, o que traz como corolário, a ideia de uma interpretação moral da Constituição.” (CADEMARTORI; PINHEIRO, 2013, p.156-157). “O constitucionalismo é a orientação que hoje prevalece na teoria e na filosofia do direito. Ele se afirmou sobre a base da profunda inovação na estrutura dos ordenamentos jurídicos da Europa continental que foi a introdução, após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária e dotadas de controle jurisprudencial de constitucionalidade. Disso decorreu uma mudança das condições de validade das leis, ligadas não mais apenas às formas e aos procedimentos relativos à sua produção, mas também aos seus conteúdos, isto é, à coerência dos seus significados com os princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, primordialmente o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, 2015, p.11)

¹⁵⁷ Trindade (2012, p.115) traça o histórico da inserção do neoconstitucionalismo no Brasil: “1) a *fase da ressaca*, que se inicia ainda em 1988 — com a instalação de uma crise de modelo de direito, sobretudo no âmbito da dogmática jurídica, em face da necessidade de se operar um filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico [...]. 2) *fase da*

(movimento de fundamental importância ao desenvolvimento jurídico-democrático de países europeus no período pós-segunda guerra mundial), promoveu o incentivo da subjetividade nas decisões e a incorporação jurídica de valores, institucionalizando o ativismo judicial. Na busca do expurgo do positivismo clássico — ilustrado pela figura de um juiz “boca-de-lei”, que só faz aplicar normas, sem refletir sobre elas — os neoconstitucionalistas acabaram por impor o *justo* contra a *lei* (TRINDADE, 2012, p.121-122), sendo que a definição dessa justiça é, igualmente, por eles definida; o novo desenho é do *juiz que pondera princípios*.

O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, *no Brasil*, os pressupostos formais — racionalizadores — são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às suas últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da *teoria da argumentação jurídica*. [...] no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um ‘princípio’ [...]. Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação

constitucionalização, que começa ainda no final da década de 90, é marcada pelo *descobrimto* da Constituição de seus princípios, o que possibilita que ocorra, efetivamente, o processo de constitucionalização do(s) direito(s), na medida em que os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicador de leis [...].” 3) a *fase ativista*, cujo marco inicial pode ser considerado, simbolicamente, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, caracteriza-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringem à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais.” E é precisamente nesta terceira fase — marcada pela instituição de um *ativismo judicial à brasileira* — em que nos encontramos”.

conduz a formação de uma regra — que será aplicada ao caso por subsunção —, os tribunais brasileiros passaram a utilizar esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. (STRECK, 2012, p.73-74)

No julgamento da ADI nº 4815 (2015, p.35-36) a ponderação é feita de maneira não condizente com a metodologia alexyana, já que (a) determina que a liberdade de expressão, considerando sua relevância para a democracia, pode ser colocada, de maneira geral, em posição preferencial à privacidade; (b) não utiliza a Lei da ponderação, aplicando o protagonismo da liberdade de expressão de forma geral, independente das características do caso concreto e, com isso; (c) não oferece a solução apenas para aquele determinado caso, inclusive, promovendo a reinterpretção — a nosso ver, desfiguração — dos artigos do Código Civil de 2002 que tutelam a privacidade.

Analisando a ponderação em casos de colisão de direitos fundamentais (em um caso de Liberdade de Expressão Vs. Privacidade), Leonardi (2011, p.111-112) lembra ser indispensável a demonstração “sistemática e racional” de que, para aquele caso, é justificável o prejuízo de um determinado direito em detrimento de outro, ressaltando que “mesmo após a solução da colisão, os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade continuam tão válidos quanto antes” (2011, p.104). Não sendo possível, segundo o autor (2011, p.113) determinar, “em abstrato, uma relação de precedência entre dois princípios”, aplicável em qualquer contexto, é “preciso racionalizar o

que justifica sua proteção¹⁵⁸, principalmente para que se possam efetuar sopesamentos que reflitam sua verdadeira valia em face de outros princípios igualmente relevantes” (2011, p.112-113).

Mais do que apenas analisar a forma como o método de Alexy foi aplicado pelo STF, contudo, acreditamos interessante aventar a possibilidade de imaginar uma via alternativa para a mesma decisão e, para tanto, buscamos refúgio na teoria garantista de Ferrajoli. Criticando não a ponderação em si, mas o seu excesso (característicos da “Era da Ponderação¹⁵⁹”), Ferrajoli desenvolve sua teoria em defesa de um

¹⁵⁸ Especificamente sobre o direito à privacidade, Leonardi (2011, p.115-116, grifo nosso) aponta elementos geralmente utilizados para sua valoração: “Entre os *benefícios* da privacidade, costuma-se destacar: a) promoção do bem-estar [...]; b) criação de espaços para relações de intimidade [...]; c) livre desenvolvimento da personalidade [...]. [...] Em outras palavras, o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. [...] d) manutenção do Estado democrático de direito. [...] Entre os *malefícios* da privacidade, costuma-se apontar: a) isolamento social [...]; b) proteção do indivíduo em detrimento da coletividade [...]; c) dificuldade do controle social. [...] Recentemente, em nome da defesa da segurança nacional e do combate ao terrorismo, argumenta-se ser uma necessidade estatal ‘coletar, combinar, analisar cuidadosamente e buscar vastas quantidades de informação, muitas das quais pessoais’; d) embaraçamento das relações sociais [...]; e) embaraçamento das relações comerciais: a privacidade interfere com a coleta, organização e armazenamento de informações necessárias para que empresas possam tomar decisões rápidas e relevantes, tais como conceder crédito, aceitar cheques ou celebrar contratos, podendo assim reduzir a produtividade e elevar os preços de produtos e serviços; [...] f) interferência na livre circulação de informações: a privacidade restringe a liberdade de coletar e disseminar informações verdadeiras, colidindo com a liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa; interfere com o direito de as pessoas falarem a respeito de si mesmas e de outras, dificultando ao indivíduo tomar decisões a respeito de como se comportar e em quem confiar; dificulta conhecer eventos históricos e detalhes da biografia de pessoas públicas.”

¹⁵⁹ “Entramos, como se diz, na ‘era da ponderação’ [...]. Obviamente, não teria sentido negar ou desconsiderar o papel da ponderação e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa: em primeiro lugar, a ponderação legislativa, que é fisiológica na esfera das decisões

constitucionalismo juspositivista ou garantista¹⁶⁰. Juspositivista, pois baseado em uma “concepção [...] de direito que reconhece como

políticas, desde que não estejam em contraste — por comissão e por omissão — com as normas constitucionais [...]” (FERRAJOLI, 2012, p.46)

¹⁶⁰ “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico de *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales cuanto sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el “ser” o la “existencia” del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, puesto” o “hecho” por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el “deber ser” del derecho positivo, o sea, sus condiciones de “validez”, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos — igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales — por los que se acuerda que aquellas deben ser informadas. En suma, no los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes — su “deber ser”, y no sólo su “ser” — los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos. [...]. Podemos llamar “modelo” o “sistema garantista”, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad [...]. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía [...]” (FERRAJOLI, 2004, p.19-20). Traduzimos: Essa função de garantia do direito resulta possível, atualmente, em virtude de sua específica e complexa estrutura formal, a qual, nos ordenamentos embasados em Constituições rígidas, é caracterizada por uma artificialidade dupla; ou seja, não apenas pelo caráter positivo das normas produzidas, que é o traço específico do *positivismo jurídico*, mas, também, pela sua sujeição ao direito, que é o traço específico do *Estado constitucional de direito*, no qual a mesma produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais quanto substanciais,

‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça” (2012, p.13-14); garantista, visto que:

[...] caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias. (FERRAJOLI, 2012, p.18-19)

Defende, sobretudo, a separação entre direito e moral¹⁶¹, lembrando que, por evidente, ao reafirmar tal separação, não busca

de direito positivo. Se, em virtude da primeira característica, o “ser” ou a “existência” do direito não pode ser derivado da moral e nem ser encontrado na natureza, sendo, precisamente, “posto” ou “feito” por pessoas e como elas querem e, antes ainda, o concebem; em virtude da segunda característica também o “dever ser” do direito positivo, ou seja, suas condições de “validade”, resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções presentes desde a sua concepção e projeção, mediante o estabelecimento de valores éticos-políticos — igualdade, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais — que determinam sua formação. Resumindo, não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito encontram-se incorporados ao ordenamento do Estado constitucional de direito, como um *direito sobre o direito*, na forma de vínculos e limites jurídicos à produção jurídica. Disso resulta uma inovação na própria estrutura de legalidade, que é, talvez, a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulamentação jurídica do direito positivo em si, não apenas formal, mas também de seu conteúdo. Podemos chamar de “modelo” ou “sistema garantista”, em contraste com o paleopositivista, esse sistema de legalidade. Graças a ele, o direito contemporâneo não programa somente sua *forma* de produção (por meio de normas de procedimento sobre a formação de leis e demais disposições). Programa, também, seu *conteúdo* substancial, vinculando-o normativamente aos princípios e aos valores inscritos em suas Constituições, mediante técnicas de garantia.

¹⁶¹“Os direitos fundamentais e, em geral, todos os princípios estabelecidos nas hodiernas constituições, consistem claramente em valores morais e políticos de

proclamar que normas jurídicas estejam despidas de conteúdo moral, afinal “mesmo as normas e os juízos (a nosso entender) mais imorais e mais injustos são considerados ‘justos’ por quem os produziu e exprimem, portanto, conteúdos ‘morais’ que, mesmo se (nos) parecem desvalores, são considerados ‘valores’ por quem os compartilha” (FERRAJOLI, 2012, p.27). Ademais, não se rechaça a ponderação ou a argumentação na atividade decisional do juiz ou na produção normativa, já que há espaços para a interpretação da norma, espaços esses mais amplos quando as normas vêm formatadas como princípios (FERRAJOLI, 2012, p.46). O problema é a ponderação utilizada como ferramenta de incentivo à discricionariedade judicial¹⁶², que via “*metáfora do peso*” possibilita ao Poder Judiciário a escolha “em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração,

justiça altamente compartilháveis. Disso decorre, segundo muitos autores, a ideia de que a sua constitucionalização tenha tornado insustentável o princípio juspositivista da separação entre direito e moral e restabelecido a conexão entre as duas esferas. [...] Digamos, desde já, o que *não se deve entender* por ‘conexão’, isto é, quais significados de tal expressão não estão em questão, considerando que nenhuma pessoa de bom senso, e certamente nenhum defensor da separação, jamais pensou em negar. Não se entende por tal fórmula nenhuma destas teses, todas bastante banais e óbvias: que as leis tenham conteúdos morais (ou mesmo imorais), isto é, suscetíveis de valoração moral, e que grande parte dos nossos princípios constitucionais possuam conteúdos morais (para nós) altamente valoráveis; que estes sejam acompanhados por uma pretensão subjetiva de justiça, sendo óbvio que qualquer legislador considera e portanto pretende que suas leis sejam consideradas justas; que, por fim, na interpretação dos textos legais e, sobretudo da Constituição, intervenham inevitavelmente, para sustentá-las, escolhas orientadas por opções morais ou ético-políticas, cuja conformidade aos princípios constitucionais deve ser argumentada racionalmente.” (FERRAJOLI, 2015, p.104-105)

“[A CRFB/88] promoveu uma expansão do papel do Poder Judiciário que, se não for acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do Estado de direito.” (FERRAJOLI, 2012, p.232)

inevitavelmente discricionária, a partir de sua diversa importância” (FERRAJOLI, 2012, p.49).

Para o autor, em primeiro lugar, a distinção entre princípios e regras deve ser relativizada, pois a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, “se comportam como regras, já que implicam a existência ou impõem a introdução de regras que consistem em proibições de lesão ou em obrigações de prestação que constituem as suas respectivas garantias” (FERRAJOLI, 2015, p.30). Em segundo lugar, quando se busca a solução de conflito em um caso concreto, a ponderação recairá sobre os *fatos*, e não sobre as *normas*¹⁶³:

Tenho a impressão de que na base desta concepção da ponderação como escolha do princípio mais pesado, isto é, mais justo ou mais importante, a ser aplicado o lugar do outro, exista um equívoco no que se refere ao objeto da própria ponderação. Esta escolha, afirma-se, é sempre operada, a cada vez, em relação ao *caso concreto* submetido a juízo. [...]. Devemos, então, perguntar-nos se isto que os juízes ponderam nos ‘casos concretos’ são os princípios ou as circunstâncias de fato que, em tais casos, justificam a sua aplicação.” (FERRAJOLI, 2012, p.50)

E responde:

Aqui estamos na presença de uma confusão entre fatos e normas. Em concreto, de fato, o que

“[...] o juiz [...] tampouco, como afirma Alexy, extrai as regras que irá aplicar da ponderação dos diversos princípios que estão por trás delas. Ele pondera, porém, as diversas circunstâncias fáticas que justificam a prevalência das agravantes ou das atenuantes, ou mesmo as características do fato que justificam, ou não, a aplicação de uma excludente, ou ainda se o fato constitui um legítimo exercício da liberdade de imprensa ou uma violação da intimidade de outrem.” (FERRAJOLI, 2015, p.135)

mudam não são as normas, que são sempre iguais, mas os casos julgados, que são sempre irrepetivelmente distintos uns dos outros, mesmo que subsumíveis às mesmas normas que serão aplicadas, mas sobre as características singulares e irrepetíveis dos fatos submetidos a julgamento. [...] pois o juízo não versa sobre fatos em abstrato, mas sobre fatos concretos e sobre suas irrepetíveis circunstâncias e características.” (FERRAJOLI, 2015, p.132-133)

Com base na teoria de Ferrajoli, Cademartori e Pinheiro (2013, p.177-178) reforçam a possibilidade de eventuais indeterminações conceituais e de abrangência quando se está a tratar de direitos fundamentais. No entanto, quanto à liberdade de expressão e à privacidade, os autores destacam que, para além do positivado na Constituição de 1988, há normas ordinárias que tutelam a ambos, afastando-se da ideia de conflito entre princípios e direcionando-se ao entendimento de que, por exemplo, havendo lesão à privacidade “não há liberdade de expressão a ser tutelada, pois somente há um direito a ser protegido”; a solução, de cada caso, “não passa pela ponderação, mas pela busca da determinação e definição da esfera de abrangência dos direitos”. O que se aventa, assim, é o reconhecimento de que, considerando os dados oferecidos em um caso concreto, como o aqui analisado, a investigação dos fatos e a interpretação do direito que os tutela, chegue-se a determinada conclusão, para aquele caso. Conclusão essa que, mesmo em tratando-se de direitos fundamentais, não passa, necessariamente, pelo sopesamento de direitos, visto que nem sempre haverá conflito, mas, tão somente, a maior ou menor abrangência de determinado direito, em função dos fatos apresentados. Para Cademartori e Pinheiro (2013, p.181), a aproximação entre direito e moral promovida pelo neoconstitucionalismo, assim como sua

qualificação principiológica dos direitos fundamentais, destinados à colisão, abre espaço para a criação de “conflitos imaginários e, de conseguinte, a se resumir o processo hermenêutico, muitas vezes, a uma escolha de acordo com os ideais de justiça do magistrado”.

Sobre o movimento de ativismo judicial, Trindade (2012, p.117-118) alerta para a *institucionalização* dessa forma de atuação do Judiciário na realidade nacional, o que proporciona aos juízes enorme discricionariedade, buscando “suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social”. Os princípios, nesse sentido, acabam por serem transformados em uma *máscara da subjetividade*, sendo aplicados conforme a disposição do intérprete. O STF, de acordo com o autor (2012, p.120), também atuando dessa forma, acaba por redefinir “os limites da sua própria competência jurisdicional”.

Cármen Lúcia, em seu voto (2015, p.80) recorda que a positivação constitucional do direito à privacidade é recente havendo, por esse motivo, “ainda a pendência de dificuldades apontadas em sua aceitação como direitos fundamentais opostos não apenas ao agir estatal, mas por igual em relação aos particulares”. Podemos ir além e reconhecer, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a constitucionalização do direito de maneira geral e, desse modo, também do direito civil. Com este fenômeno quer-se identificar a irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos outros ramos do direito, sendo que uma das consequências mais marcantes da dita irradiação “revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais” (SILVA, 2011, p.18), reconhecendo-se que, além do Estado, também os

cidadãos ameaçam seus direitos fundamentais reciprocamente (SILVA, 2011, p.51).

Canaris (2012, p.129), mesmo assumindo maneira diversa de compreender a vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, reforça o entendimento, afirmando que os “direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de direito privado como direitos imediatamente vigentes”. No entanto, quando analisada a *relação entre particulares*, e não a norma de direito privado que regulamenta essa relação, Canaris (2012, p.54) é mais cauteloso, considerando que aplicar o mesmo entendimento (da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas) “conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado” acabariam transmutadas “ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia¹⁶⁴”. O autor (2012, p.55), entende que, originalmente, “são destinatários das normas dos direitos fundamentais apenas o Estado e os seus órgãos” atingindo, por outro lado, os particulares de maneira indireta (ou mediata). Canaris (2012, p.133) explica que, no tocante às relações entre cidadãos, os direitos fundamentais neles exercerão efeitos enquanto *imperativos de tutela*, “dever do Estado proteger um cidadão perante outro cidadão, contra uma lesão de seus bens garantidos por direitos fundamentais”, inclusive “ao nível do direito privado”. O direito fundamental enquanto imperativo de tutela necessita de complementação infraconstitucional, cabendo ao legislador ordinário

“Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria — tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais — teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade” (CANARIS, 2012, p.54).

(imediatamente vinculado aos direitos fundamentais) o desenvolvimento dos referidos instrumentos de proteção no âmbito privado (2012, p.116).

Mazur (2012, p.40) acrescenta outro ponto ao debate, destacando que também nas relações privadas pode haver desigualdade entre os sujeitos. Assim se os sujeitos das relações jurídicas privadas estão em pé de igualdade, o que significa dizer que “não há um contingenciamento da vontade de um pelo poder exercido pelo outro”, a autonomia prevalece, não devendo ser afastada “pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais”; por outro lado, em relações jurídicas privadas estabelecidas entre desiguais, ou seja, quando “a supremacia de partida de um deles pode afetar substancialmente as condições de liberdade e a autonomia do outro”, torna-se justificável a aplicação imediata de “certos preceitos constitucionais de direito, liberdades e garantias e de realidades a eles análogos (como o princípio da igualdade)”.

Assumindo tom mais crítico, o autor (2012, p.41) argumenta que a “aceitação de uma simples equiparação de entidades públicas e particulares na aplicação imediata dos direitos fundamentais implicaria a transformação global da Constituição no *estatuto imediato das relações entre particulares*”. A crítica é estendida à metodologia de constitucionalização do direito civil, definida pelo autor como “uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição” (MAZUR, 2012, p.42), e continua:

É verdade que a positivação constitucional de alguns direitos de personalidade tenciona justamente salvaguardá-los de sua **livre**

disponibilidade infraconstitucional. Mas isso não significa que desde logo os direitos fundamentais estão aptos a regular as relações privadas e que são intocáveis pelo legislador ordinário, muito menos que este atue sistematicamente como seu inimigo. Ao invés, atua como indispensável **concretizador, harmonizador e ponderador** dentro de uma ordem jurídica unitária, na busca por **concordância, densificação e ponderação** otimizadoras de direitos, não raro em rota de colisão com a autodeterminação individual. [...]. Quando necessário, alguns princípios constitucionais devem **ceder** perante outros de Direito privado, que também são conformes à Constituição [...]. (MAZUR, 2012, p.42-43)

Schreiber posiciona-se de modo diverso. Fazendo uso do termo *direito civil constitucional*¹⁶⁵, o autor (2016, p.01-02) o apresenta como uma “corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito à luz da Constituição”, frisando que não se trata, apenas, de interpretação das normas ordinárias com auxílio da

“[...] são três os pressupostos teóricos fundamentais da metodologia do direito civil constitucional: (a) a natureza normativa da Constituição; (b) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito; e (c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos. [Natureza normativa da Constituição:] O direito civil constitucional ancora-se, em primeiro lugar, na eficácia normativa da Constituição. O reconhecimento de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis (indireta ou diretamente) às relações privadas é indispensável para compreender que o direito civil não representa um mundo à parte, um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno do projeto constitucional. [Unidade e complexidade do ordenamento jurídico:] [...] o ordenamento, por mais que se diversifiquem as suas fontes, por mais que se multipliquem suas normas, por mais que se especializem os seus setores, permanece único, unitário, centrado sobre os valores constitucionais. [Interpretação com fins aplicativos:] O direito civil constitucional representa, em larga medida, um novo modo de interpretar o direito civil. A ‘reinserção’ do direito civil em um ordenamento jurídico unitário, irradiado da Constituição, exige que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados.” (SCHREIBER, 2016, p.09-10;13)

Constituição, mas do reconhecimento de que as normas “constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares”. Ao constituir precedente doutrinal e jurisprudencial, munido de sua autoridade, o intérprete “julga a compatibilidade da norma ao caso concreto”, exercendo espécie de atividade criativa, limitada e vinculada, contudo, “à realização dos valores constitucionais¹⁶⁶” (2016, p.13-14)

Diante da percepção de que nem mesmo a intensa produção legislativa é capaz de dar conta de todas as novas situações sociais, o legislador se vale cada vez mais de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras normas de conteúdo aberto, que permitem atribuir alguma disciplina normativa às situações novas e imprevistas. Isso sem falar no recurso cada vez mais frequente aos princípios. Nesse cenário, compete ao civilista evitar que essas normas de enunciado aberto sejam convertidas em argumentos de ocasião, para justificar de modo puramente retórico as convicções pessoais das partes ou do julgador. O resultado disso seriam decisões incoerentes e um clima generalizado de insegurança e descrédito em relação ao sistema jurídico.” (SCHREIBER, 2016, p.21)

A nosso ver, é fundamental que a leitura do direito civil seja iluminada com as luzes da Constituição. Considerando a realidade jurídica brasileira e o modo como a Constituição 1988 foi redigida, tendo como base a dignidade da pessoa humana e sua inserção na sociedade, visualizamos nessa metodologia uma ferramenta de

“O que a metodologia civil constitucional enfatiza, nessa seara, é justamente a necessidade de que os institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial à realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.” (SCHREIBER, 2016, p.19)

atualização e desenvolvimento do direito privado. Contudo, concordamos também com a importância da autonomia da vontade nas relações entre particulares, devendo essa ser respeitada e privilegiada, desde que constitucional. No que diz respeito ao tema ora abordado, fato é que, sendo o direito à privacidade positivado em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental e como direito da personalidade, dúvida não há quanto a necessidade de respeito e possibilidade de exercício do mesmo tanto em relações entre particulares como entre cidadão e Estado.

Tendo em vista a forma como a privacidade foi tutelada pela Constituição de 1988, ao analisarmos os poucos artigos dedicados à proteção deste bem no âmbito infraconstitucional, não nos parece haver qualquer forma de incompatibilidade entre os dispositivos do Código Civil de 2002 e as previsões constitucionais. De fato, felizmente, nossa Constituição veda a censura e enaltece a liberdade de expressão; ao mesmo tempo, declara inviolável a intimidade. O legislador ordinário tentou proteger a privacidade no âmbito privado, positivando limite à liberdade de expressão quando em confronto com a intimidade e/ou a vida privada, buscando impedir, num primeiro momento, que o dano à privacidade ocorra, visto ser esse absolutamente incorrigível. Resta a dúvida se tal atitude equivale à tenebrosa censura, tão combatida (como deve ser) por cidadãos e pelo Estado. Na opinião do STF sim, acrescentando que a manifestação da privacidade enquanto direito à intimidade e à vida privada é de difícil manutenção na sociedade contemporânea e que, entre privacidade e liberdade de expressão esta deve, de modo geral, prevalecer, sendo o dano àquela passível de compensação indenizatória.

Sim, ante a censura que impede que o conhecimento chegue à sociedade, que tolhe a manifestação político-ideológica, que violenta o cidadão que fala, o Estado, agindo em benefício da população que tutela, deve valorizar a liberdade de expressão. Contudo, diante de uma pessoa que deseja manter intocável aspectos de sua vida íntima, a postura não pode ser a mesma. Exercício do direito à privacidade e censura não são movimentos que coincidem. Ao igualá-los cria-se regra que desvaloriza amplamente a privacidade e impossibilita sua tutela. Como já dissemos em trabalho anterior (OLIVO; CANCELIER, 2016, p.28) que também versou sobre o direito à privacidade de figuras públicas, os biógrafos que nos perdoem, mas segredo é *fundamental*.

3.3 Podemos *estar sós* (?): o resultado

Conforme já ressaltado, o Código Civil de 2002, regulamentando a produção de obras biográficas — gênero literário que tem como base a intimidade e vida privada das pessoas biografadas — exige autorização da pessoa sobre a qual se escreve para que os escritos sejam utilizados com finalidade comercial. Além disso, a mesma lei define como inviolável a vida privada da pessoa natural. Fazemos coro aos doutrinadores que demandam a atualização de tais dispositivos. Não apenas no que diz respeito ao direito à privacidade, mas todo o capítulo que trata dos direitos da personalidade necessita, com urgência, de maior proximidade com a realidade social. O mundo digital trouxe uma nova forma de interação pessoal e, junto com ela, a velocidade com que as informações circulam cresceram exponencialmente. Se por um lado alimentamos constantemente — e de forma deliberada — os bancos de dados virtuais, por outro, mesmo sem nos darmos conta, nossos passos são monitorados, com a mesma frequência. Basta uma busca sobre passagens aéreas para determinado destino que, imediatamente, somos bombardeados em todos os demais sites que visitamos com publicidades que fazem referência ao mesmo local, à melhor companhia aérea e ao melhor hotel. Aí reside a necessidade de adequação legislativa. É forçoso que a proteção à privacidade se torne mais efetiva e, para isso, é preciso entender toda a rede complexa que forma a privacidade nos dias de hoje.

É notório que a privacidade, tanto na relação entre particulares, como na relação entre Estado e cidadão, vem sendo

devassada (muitas vezes pelo próprio detentor da informação que o direito à privacidade tutela), sendo esse um sintoma do mundo contemporâneo. Aliás, querer manter algo em segredo, hoje, é visto como confissão de culpa; não raramente, considera-se que o sujeito que opta por *não mostrar* está fazendo algo condenável. Evidentemente que, a depender das características de cada caso, a liberdade de expressão ou o direito à informação encontrarão fundamentos que levem à sua aplicação. No entanto, impor estes em detrimento daquela, sempre, como estabelece a nova interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, é temerário. A ministra Cármem Lúcia no seu voto escreve que “o risco de se ter informações íntimas divulgadas é compreensível e concreto, mas que *viver é arriscar*”. Preferimos acreditar que em se tratando de um direito tão fundamental e imprescindível à concretização da individualidade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como é o direito à privacidade, não é possível estabelecer o *risco* como regra.

O direito à liberdade de expressão é forma de afirmação da “liberdade do pensar”, protetor da comunicação, independentemente de dizer-se o bem ou o mal, permitindo elogios, mas também críticas e denúncias. O atual contexto tecnológico amplia o alcance a as maneiras de comunicarmo-nos, multiplicando a transmissão da palavra e da imagem, e altera as definições tradicionais de expressão, impondo “novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade” (BRASIL, 2015, p.30). Este é o desafio: manter a coexistência entre liberdade de expressão e intimidade no mundo contemporâneo. Ambos nos são essenciais e determinar o desmerecimento de qualquer um deles, enquanto regra, é não reconhecer sua real importância.

O voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, e seguido pelos demais membros do Supremo Tribunal Federal, sem divergência, alterou a interpretação dada aos artigos 20 e 21 do Código Civil, não mais exigindo a autorização prévia para a publicação de biografias. Tal decisão altera o entendimento e não resolve o problema *privacidade Vs. liberdade de expressão*. Problema que, aliás, repetimos, não possibilita resposta única e geral. Mesmo tratando-se de caso destinado exclusivamente a obras biográficas¹⁶⁷, o resultado do caso objeto de análise desta Tese acaba por refletir o entendimento da importância que o direito à privacidade tem atualmente. Acabou, também, por equiparar os artigos do Código Civil de 2002, que regulamentam a privacidade, como dispositivos chanceladores da censura, comparando-os aos textos normativos restritivos do regime militar, o que não só é inadequado como desrespeitoso com aqueles que de fato sofreram com a real censura praticada durante o período ditatorial.

A ministra (BRASIL, 2015, p.98) apresenta *biografia* como obra que faz uso da vida de uma pessoa para ilustrar o registro de um período histórico e, dessa forma, ingressa na intimidade “sem que o biografado sequer precise se manifestar”. Para Cármen Lúcia (BRASIL, 2015, p.100), finalmente, a “casa é plural” e, embora “seja espaço de sossego, a toca do ser humano, os que ali comparecem observam, contam histórias, pluralizam a experiência do que nela acontece”, não podendo tais acontecimentos sofrer cerceamento, já que “a expressão é

“De se anotar, assim, ser objeto da presente ação a interpretação das normas civis proibitivas de divulgação de escritos, transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa sem sua autorização segundo os princípios constitucionais, que resguardem as liberdades de expressão do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação, no exercício das quais são produzidas obras biográficas.” (BRASIL, 2015, p.02-03)

livre” e qualquer “censura prévia é vedada no sistema”. Em seu entender a necessidade de autorização prévia caracteriza censura particular e o eventual “recolhimento de obras após a sua divulgação é censura judicial” (2015, p.100) e acrescenta: “entre a história de todos e a narrativa de um, opta-se pelo interesse de todos” (2015, p.100).

Censura¹⁶⁸, como também dito por Cármen Lúcia (BRASIL, 2015, p.44, grifo nosso), é forma de controle da informação, ocorrendo quando alguém “*que não o autor do pensamento e do que quer se expressar*, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística, do sentimento”. E aqui está um ponto fundamental à compreensão dos dispositivos do código civil que regulamentam a privacidade: apenas a pessoa biografada (ou, em sua falta, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes) podem demandar a restrição à divulgação da informação. Ora, trata-se, justamente, da pessoa que *pensa* e que *se expressa*. Parece-nos que a pessoa biografada pode ser considerada como autora do pensamento e da expressão possuindo, dessa forma, controle sobre os mesmos. O censor, ainda de acordo com Cármen Lúcia (BRASIL, 2015, p.44, grifo nosso) busca impedir a expressão do *outro*, fazendo-se senhor do pensamento ou do

“Pode-se adotar uma definição estrita de censura, ou preferir conceitos mais amplos. Em sentido estrito, censura é a restrição prévia à liberdade de expressão realizada por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo. Este é o significado mais tradicional do termo. (...)Em sentido um pouco mais amplo, a censura abrange também as restrições administrativas posteriores à manifestação ou à obra, que impliquem vedação à continuidade da sua circulação. A censura posterior pode envolver, por exemplo, a apreensão de livros após o seu lançamento, ou a proibição de exibição de filmes ou de encenação de peças teatrais depois de sua estreia. Ela também é inaceitável, por ofender gravemente a Constituição” (BRASIL, 2015, p.46); nenhuma das ações referidas coincide com a não autorização da pessoa biografada para a divulgações de informações sobre sua vida privada.

sentimento de alguém *que não ele próprio*. Ou seja, tratando-se de informações sobre a própria pessoa, a mesma não pode ser caracterizada como censura, visto estar controlando expressão originalmente sua.

Em seu voto, a própria ministra destaca que “*não sendo a liberdade de expressão um direito absoluto*, em algumas hipóteses extremas pode ser admissível a proibição de manifestações que atentem gravemente contra outros bens jurídicos constitucionalmente protegido” (BRASIL, 2015, p.46, grifo nosso). Concordamos. A exemplo do direito à privacidade, que pode ser limitado pelas liberdades de expressão e pensamento, também essas podem ser limitadas pela privacidade, todos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Também concordamos com Cármen Lúcia quando ela destaca que o dever estatal de proteção da liberdade de expressão e combate a censura volta-se não apenas contra o próprio Estado, mas também contra ação de particulares, sendo que um sujeito de direito não pode, como regra, “praticar a limitação ou a extinção do direito à liberdade de expressão do outro em relação ao pensar sobre alguém” (BRASIL, 2015, p.47). Ou seja, o ordenamento jurídico nacional define taxativamente a proibição da censura, valendo tal vedação para o Estado e para os cidadãos, sendo esse entendimento assentado na aceitação da “horizontalidade”¹⁶⁹ da principiologia

“É, atualmente, de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial pouco contestado que a eficácia dos direitos fundamentais espraia-se nas relações entre particulares. Diversamente dos primeiros momentos do Estado moderno, no qual sendo o ente estatal o princípio agressor a direitos fundamentais contra ele se opunham as normas garantidoras desses direitos, tem-se hoje que não é permitido pensar que somente o Estado é fonte de ofensa ao acervo jurídico essencial de alguém. O particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de lhe cercear ou anular direitos fundamentais.” (BRASIL, 2015, p.58)

constitucional, aplicável a entes estatais ou a particulares” (BRASIL, 2015, p.57).

Cármen Lúcia, no entanto, estabelece que a “censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa”, restringindo informação e limitando o acesso ao conhecimento (BRASIL, 2015, p.47), devendo, assim, ser combatida. Aqui, não podemos fazer coro à opinião. *Explicitar a vida* de uma pessoa sem sua autorização é *violentá-la*. É forma de agressão que não comporta ressarcimento ou compensação. Entendemos que, como regra, quem decide aquilo que pode ou não pode ser explicitado é a própria pessoa e, não desejando que o seja, essa pode, sim, *restringir a informação* e limitar o *acesso ao conhecimento* sem, de forma alguma, ser equiparada à figura do censor totalitário.

A expressão é livre, serve para divulgar o pensamento e informar, enaltecendo “a produção intelectual, artística, científica e de comunicação fonte de conhecimento e de novas ideias e ações” (BRASIL, 2015, p.65). Como já visto, civilmente, o autor da lesão poderá ser responsabilizado, respondendo pelo dano moral e/ou patrimonial causado. Mesmo sendo o autor da ação danosa detentor do direito fundamental à liberdade de expressão, ao exorbitar no exercício de seu direito, invadindo a esfera de direitos de terceiro, “de igual natureza e idêntico resguardo” (BRASIL, 2015, p.65), haverá responsabilização. No que tange à privacidade, contudo, repetimos, não se pode abandonar sua tutela à mera indenização (ou compensação). Quanto às biografias, entendemos que é preciso averiguar, *antes da ocorrência do dano*, se aquilo que se pretende publicar é, de fato,

relevante à formação da opinião da sociedade, sendo esse o caminho escolhido pelo legislador. A autorização pode partir do próprio sujeito sobre quem se escreve ou do Estado, ao julgar que a não autorização é injustificada. Independentemente do caso evita-se, *a priori*, o dano. Dano esse que, configurado, não poderá ser desfeito de modo algum.

O código em momento algum proíbe a divulgação dos escritos, tão somente exige que, para que sejam comercializados — ou seja, gerem lucro — é necessário que o “objeto” da obra (ou seus herdeiros) autorize a transação comercial. Além disso a lei protege a honra e a imagem do noticiado/biografado, possibilitando indenização por danos morais caso tais direitos sejam lesionados. Privar terceiros de informações sobre fatos estritamente pessoais que dizem respeito somente aos que os vivenciaram não é censurar, é exercer o direito fundamental à privacidade. Direito este expresso na Constituição de 1988, no art. 5º, X, ao lado da manifestação do pensamento, da livre expressão da atividade intelectual e do acesso à informação. Todos direitos igualmente fundamentais; sem qualquer hierarquia ou privilégio. Por vezes, há que se privilegiar o acesso à informação: se um agente público é flagrado praticando ato ilegal, por exemplo, é de se esperar que os jornais noticiem tal fato, em benefício da população. Se o mesmo sujeito, todavia, é flagrado “traindo” sua esposa, não há qualquer tipo de interesse público nessa informação, o assunto diz respeito única e exclusivamente ao casal; vigora a privacidade. São casos diferentes, que devem ser analisados e julgados individualmente.

O temor não é restrito à divulgação de enganos ou fraudes, visto que pouco importa se os fatos publicados são verdadeiros ou falsos. Teme-se, sim, a impossibilidade de defesa da privacidade. No

entanto, este não é o posicionamento da ministra relatora. Para Cármen Lúcia, mesmo tornando inexigível a autorização prévia da pessoa biografada para publicações de fatos relacionados à sua vida privada, não há extinção do direito à privacidade. “Respeita-se, no direito, o que prevalece no caso posto em juízo, sem juízo prévio de censura” e deixa-se em “relevo e resguardo o que a Constituição fixou como inerente à dignidade humana e a ser solucionado em casos nos quais se patenteie desobediência aos princípios fundamentais do sistema” (BRASIL, 2015, p.109). Insiste-se na via reparatória para danos à privacidade:

[...] não há como compatibilizar o que o direito garante como liberdades, assegura a sua plena expressão, proíbe expressa e taxativamente qualquer forma de censura, define como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da privacidade e, para descumprimento desta norma, prescreve a forma indenizatória de reparação e norma de hierarquia inferior sobrevém fixar regra para o exercício da liberdade, iniciando-se, em seu ditame, com a ressalva: “salvo se autorizadas...”. (BRASIL, 2015, p.103)

A Autora da ADI nº 4815 pede que o afastamento da necessidade de autorização prévia seja efetuado mediante interpretação *conforme a Constituição* e Cármen Lúcia ressalta que o controle de constitucionalidade executado “atenta à máxima efetividade das normas fundamentais e ao aproveitamento compatível do direito infraconstitucional com as diretrizes principiológicas do sistema” (BRASIL, 2015, p.03; 25). Buscando fundamentação na doutrina de Paulo Bonavides para explicar o referido método hermenêutico, a ministra lembra que a interpretação *conforme a Constituição* “contém um princípio conservador da norma, uma determinação de fazê-la

sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo” as suas possibilidades e que um dos pontos positivos do método é fazer “com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acordãos, mas tão-somente controlá-lo” (BONAVIDES, 2015, p.519;520).

De fato, ao examinar a interpretação da lei ordinária *conforme a Constituição*, Bonavides (518-519;523-524) ensina que a mesma tem lugar em decorrência “da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais” e “do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta”. O autor lembra também que o reconhecimento de que uma lei está em conformidade com a Constituição consiste na verificação formal da lei estar de acordo com a regra suprema e na determinação da sua compatibilidade material¹⁷⁰ com aquela, “por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional”. Ele adverte, contudo, que fazendo uso de tal método corre “o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la”, sendo fundamental ter em mente que “o fim da lei também não deve ser desprezado, de sorte que da intenção do legislador há de conservar-se o máximo possível de acordo com a Constituição”. Ou seja, o intérprete ao adotar esse método não pode distanciar-se, a ponto de perder de vista, do fim contemplado pelo legislador. Dito de outro modo, a interpretação

“O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.” (BONAVIDES, 2005, p.299)

conforme a Constituição não “deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador”.

No entanto, o resultado firmado pelo STF ignora que o legislador, ao elaborar a norma de hierarquia inferior, no caso o Código Civil de 2002, no exercício de sua função típica, ponderou liberdade de expressão e privacidade e, a nosso ver, respeitando os preceitos constitucionais, desenvolveu dispositivo que permite a efetiva inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A nova interpretação acaba por desfigurar completamente o texto original e, mais do que interpretar a norma infraconstitucional *conforme a Constituição*, promove verdadeira alteração normativa, impondo movimento oposto ao previsto pelo legislador ordinário.

Destacamos ainda o fator da finalidade comercial das obras biográficas. Neste ponto Cármen Lúcia é taxativa, não concebendo que o argumento seja levantado, pois em nada altera na interpretação do direito “a circunstância de a proteção da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem ser agravada pela circunstância de se buscarem fins comerciais com a comercialização da obra biográfica” já que, em suas palavras, o livro é escrito para ser lido, sendo, dessa forma, produto destinado ao comércio, logo “o que se está a obter para desimporta para o deslinde da questão relativa à interpretação da matéria” (BRASIL, 2015, p.106).

Por evidente que livros são bens destinados ao comércio, fato que não impede, contudo, que seja questionada a comercialização do conteúdo que transmitem. Mais uma vez, não nos parecem produtos similares os livros que expõem, indiscriminadamente e à revelia de seu

personagem principal, a vida de uma pessoa a qualquer interessado e os livros que, por exemplo, apresentam fatos reais de um movimento político ocorrido em determinado período histórico. Ilustrando a comparação, entendemos ser plenamente possível a construção de obra sobre a luta de artistas que, no período da ditadura militar, se opuseram ao regime totalitário que vigorava, fazendo uso de sua arte para transmitir a mensagem de liberdade e democracia, sem adentrar na vida íntima desses artistas, de forma exagerada e irresponsável. A história será contada, a sociedade terá acesso à informação, o posicionamento do autor será transmitido e a privacidade respeitada. Sempre lembrando que, quando autorizadas, as informações acerca da vida privada também poderão fazer parte do documento.

Há fatos públicos e notórios sobre a vida de figuras públicas, que normalmente fazem referência às suas carreiras ou a questões divulgadas por elas mesmas. A divulgação dessas informações não causa dano a ninguém. No entanto há que ser respeitado um limite. Não é por exercer uma profissão que faz com que milhares de pessoas se tornem admiradores e consumidores do seu trabalho que esses indivíduos abrem mão de um direito que demanda tutela expressiva; como bem colocado por Cármen Lúcia: “Direitos fundamentais são de titularidade de toda pessoa, como são de responsabilidade de todos com todos, de cumprimento obrigatório em relação ao outro, *independente de sua condição e natureza* (BRASIL, 2015, p.34). Afinal, não querer que todos saibam de fatos em nada relacionados com os aspectos públicos de sua carreira e, indo além, não permitir que terceiros lucrem com a divulgação desses fatos, não pode ser confundido com censura, em sua conotação negativa. Qual seria o interesse público em publicizar a

intimidade dessas pessoas? Qual a função que essas informações exercem na formação da sociedade? Qual o interesse do biógrafo com a divulgação desses fatos?

Cármen Lúcia frisa que “qualquer limitação ao exercício dos direitos fundamentais deve conduzir-se pela conclusão de serem os danos produzidos maiores que aqueles causados ao interesse público se a informação fosse retida¹⁷¹” (BRASIL, 2015, p.59). Aplicando esse raciocínio, uma informação íntima presente em obra biográfica que não recebeu o aval de seu personagem principal para divulgação, ao ser divulgada ensejará dano, sobretudo, ao próprio personagem e não à população de maneira geral que, de fato, será privada daquela informação, mas de forma alguma agredida em seu direito fundamental a ser informada, tendo em vista a irrelevância social do fato omitido.

A sociedade tem direito à informação, sendo esse constitucionalmente garantido, contemplando a liberdade de informar e de ser informado. O exercício da liberdade de informação permite que cada cidadão, individualmente, tenha acesso a dados “sobre assuntos que sejam de interesse da coletividade” e aprenda sobre temas variados, que passarão a compor um leque de informações múltiplas, formando e

“Em Estudo especial sobre o direito de acesso à informação, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da OEA (2007) reitera não ser absoluto o direito de acesso à informação. Ele pode ser submetido a regime de restrição, entendida como ‘a conduta definida legalmente como geradora de responsabilidade pelo abuso da liberdade de expressão’ (Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, Estudo especial sobre o direito de acesso à informação, 2007, p. 47.) [...]. Esse estudo reconhece a possibilidade de limitações ao exercício do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação pautadas na proteção dos direitos ou reputação de outras pessoas, da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e moral públicas.” (BRASIL, 2015, p.59).

construindo a *opinião pública*. Temas que se revelem de interesse do cidadão, já que fundamentais à formação da opinião pública, não podem ser censurados, visto que “coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões” (BRASIL, 2015, p.64). É essa a limitação vedada pela nossa Constituição. A restrição ao acesso ao saber, à informação importante à construção da cidadania, fundamental ao indivíduo e à sociedade como um todo. Por óbvio que, eventualmente, aspectos íntimos sobre determinadas pessoas irão compor esse conjunto de informações, mas para que haja a descaracterização de uma informação como privada, permitindo-se a abertura da mesma, é necessário autorização.

Pode-se dizer que a “notoriedade tem um preço” que será pago conforme a “extensão da fama”, quando essa for buscada (BRASIL, 2015, p.87). Tal preço é cobrado diariamente, traduzido na exposição da vida privada de figuras públicas, na qual “querem adentrar todos” (BRASIL, 2015, p.87). Da mesma forma, é sabido que há aqueles que buscam a exposição e fazem dessa sua fonte de renda. Nesses casos, a exposição em si é o *produto*, a privacidade tem valor e é constantemente comercializada. Por outro lado, não são poucos os que, a despeito da atividade exercida, “buscam o direito de se manterem em sossego e no controle das informações a seu respeito” (BRASIL, 2015, p.73). São movimentos distintos mas que permanecem sobre a proteção do direito à privacidade. Como já visto, tanto aqueles que promovem a evasão da privacidade podem recorrer a tal direito, verificando excesso na exposição originalmente protegida, como esses que exercitam comportamento mais comedido, por evidente, também estão

resguardados. Cada padrão comportamental expande ou restringe o alcance da privacidade e, conseqüentemente, do que terceiros dirão sobre quem está exposto, ou seja, também há uma expansão ou restrição da liberdade de expressão.

No embate entre ambos não há um protagonista fixo; a depender das circunstâncias um cederá lugar ao outro, revezando-se e permanecendo, dessa forma, igualmente fundamentais. Não obstante a necessidade de análise do caso concreto para averiguação de qual direito prevalecerá entendemos que, de maneira geral, a apenação do autor da lesão à privacidade em forma de indenização pelo dano moral e/ou material causado é mais facilmente vinculada aos casos onde o sujeito exposto colaborou, originalmente, com a exposição, autorizando ou divulgando, ele mesmo, as informações privadas. Nesses casos, visto não ser possível impedir a divulgação *a priori*, resta a compensação financeira como forma de penalização aos excessos. Bastante diferente, contudo, são os casos onde não há o impulso inicial de expor-se, sendo tal exposição forçada por terceiros. Aqui, não enxergamos dificuldades em proceder-se com a tentativa de restrição *a priori* da divulgação das respectivas informações.

Cármem Lúcia (BRASIL, 2015, p.110-111) julgou que a exigibilidade de autorização prévia para divulgação de escritos, transmissão da palavra, ou publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, de modo a proibir a exposição pretendida, “não pode ser adotada relativamente à produção de obra biográfica” pois, se assim o fosse, estaria comprometendo-se a liberdade de expressão e pensamento, assim como a produção cultural e artística, abrindo-se espaço à censura particular, impondo-se “o silêncio à história da

comunidade e, em algumas ocasiões, a história dos fatos que ultrapassam fronteiras e gerações”. Sendo a norma que exige a autorização prévia hierarquicamente inferior (lei civil) à Constituição pátria, e assegurando essa as liberdades de maneira ampla, não deve permanecer aquela, mesmo que “sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado” (BRASIL, 2015, p.113), estando dentre eles o da inviolabilidade à privacidade. Também define que:

As normas constitucionais de direitos fundamentais são de cumprimento incontornável, impondo-se aos cidadãos e, mais ainda, ao Estado. Pelo que não pode o legislador restringir ou abolir o que estatuído como garantia maior. Mas as normas civis consideradas pretensamente estariam a servir ao comando da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem constitucionalmente asseguradas, submetendo a produção biográfica ao consentimento ou à autorização prévia do interessado. (BRASIL, 2015, p.114)

Assim, o que ocorreria, na manutenção da constitucionalidade da redação dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, seria a determinação, por ordem infraconstitucional, do protagonismo do direito fundamental à privacidade frente ao direito fundamental à liberdade de expressão. Considerando que as regras civis referidas formam “arcabouço de proteção de alguns direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados”, especialmente o direito à privacidade, e configuram-se em normas “de conteúdo proibitivo em relação de horizontalidade (dimensão horizontal dos direitos fundamentais aplicados e a serem respeitados nas relações civis)”

(BRASIL, 2015, p.24), estipulando proibição genérica, sem excepcionar obras biográficas, Cármen Lúcia (BRASIL, 2015, p.24) questiona:

Poder-se-ia concluir serem inconstitucionais as regras do Código Civil por proibirem divulgação de escritos, transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa sem exceção a obras biográficas, exorbitando, no caso, de conteúdo que pode cercear ou até mesmo esvaziar liberdade constitucional de outrem? Ou, diversamente, haveria de se concluir serem constitucionais aquelas regras exatamente por serem regras que desdobram aqueles princípios com realce a direitos individuais, sem conflito substantivo, pelo que poderia ser ultrapassado mantendo-se o espaço de decisão particular do interessado?

Como já adiantamos, o resultado da ponderação efetuada pela ministra relatora em seu voto, dirigiu-se à resposta afirmativa à primeira pergunta, tendo sido declarada a inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, sendo essa a interpretação dos dispositivos que vigora atualmente. A nosso ver ao proceder dessa maneira, ao contrário do que manifesta Cármen Lúcia, determinou-se, com a mesma generalização combatida, que a liberdade de expressão é espécie de *super direito fundamental*, mais importante que o direito à privacidade, dentre outros. Ainda, com a decisão, firmou-se o entendimento de que danos à privacidade são, sempre, solucionados com indenização e que a tentativa de exercer o direito à privacidade antes da ocorrência do dano equivale à censura. Em nossa opinião, tal forma de interpretar os dispositivos retira dos mesmos sua eficácia e inibem a tutela da privacidade, impossibilitando seu exercício.

Fechamos, assim, o último capítulo desta Tese, no qual analisamos o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca

do direito à privacidade, utilizando o julgamento da ADI nº 4815 como vetor ilustrativo. Entendemos que a solução da dúvida entre a necessidade ou não de autorização para a publicação de biografias, num primeiro momento, não passa pela necessidade de ponderação judicial, mas sim pela aplicação de norma pelo intérprete. A regra posta é resultado da ponderação já efetuada pelo legislador, ao elaborá-la. Como resultado da atividade legislativa e respeitando os princípios constitucionais, o Código Civil de 2002, em seus artigos 20 e 21, ao regulamentar manifestações específicas do direito à privacidade, reconhece a gravidade e o alcance do dano à privacidade e a absoluta impossibilidade de retorno à situação anterior à divulgação do fato até então restrito à vida privada/intimidade da pessoa. Não há desrespeito à liberdade de expressão e tampouco permissão de censura particular. No caso específico apenas o detentor (ou, em sua falta, seu cônjuge, seus ascendentes ou descendentes) podem obstar a divulgação de informações que dizem respeito à sua vida. Não concordando com a restrição, o biógrafo pode acionar o Judiciário que verificará, no caso concreto, a informação que se pretende divulgar, a importância da mesma para a formação da sociedade e o dano que sua publicitação irá causar à pessoa sobre quem se escreve, aí sim exercitando ponderação entre os fatos relacionados à privacidade e à liberdade de expressão, nos limites de seu poder e da legislação posta.

Nos posicionamos de modo diverso àquele do STF, sustentando a aderência da referida regulamentação civil às previsões constitucionais, defendendo que a privacidade, quando tutelada por meio do direito à intimidade ou do direito à vida privada, ou seja, em sua formatação mais tradicional (próxima ao *direito de estar só*) não

equivale ao exercício de censura, devendo ser protegida. Da mesma forma, procuramos demonstrar que a impossibilidade geral de impedir que informações privadas sejam divulgadas tolhe de forma brusca o exercício do direito à privacidade, abrindo espaço para a ocorrência de danos irreversíveis. Bem escreve Cármen Lúcia (BRASIL, 2015, p.80), constatando que *estar só*, hoje, enquanto possibilidade de ser *deixado em paz*, “esbarra na quase ganância pelos dados que circulam, como fatos, fotos, versões e até inversões sem controle”. A mudança interpretativa das regras infraconstitucionais analisadas oferece subterfúgio legal a tal ganância.

Conclusão

“[...] tinha suspirado, tinha beijado o papel devotamente! Era a primeira vez que lhe escreviam aquelas sentimentalidades, e o seu orgulho dilatava-se ao calor amoroso que saía delas, como um corpo ressequido que se estira num banho tépido; sentia um acréscimo de estima por si mesma, e parecia-lhe que entrava enfim numa existência superiormente interessante, onde cada hora tinha o seu encanto diferente, cada passo conduzia a um êxtase, e a alma se cobria de um luxo radioso de sensações!”

(de Carlinhos Brown e Marisa Monte)

O trecho acima reproduzido foi inserido na letra de *Amor I Love you* e colhido por seus compositores na obra de Eça de Queirós, autor que trabalha a intimidade de suas personagens de forma notável e por meio de suas vidas privadas nos permite mergulhar nas profundezas do caráter humano. Em livros como *O Primo Basílio* e *Os Maias*, ele explora, sobretudo, a privacidade. São histórias sobre pessoas e suas relações amorosas e familiares que têm como cenário o cotidiano da sociedade portuguesa do século XIX. Suas personagens comunicam-se e interagem e, dessa forma, surgem romances que nos fazem enfrentar questões internas, nossas e delas, suscitando dúvidas e questionamentos morais, apresentando o ser humano em toda sua crueza e esplendor. Utilizando outro veículo de manifestação artística, Marisa Monte canta, também, a privacidade e, com sua música, nos transporta para nossos

abismos mais íntimos, despertando sentimentos antigos e embalando novos.

Em *O Primo Basílio*, o autor português nos conta um caso clássico de violação da privacidade e, dentro das restrições técnicas da época, nos mostra o alcance do dano decorrente dessa violação. Na história há um triângulo amoroso entre Jorge, Luísa e Basílio. Casada com Jorge, Luísa percebe-se apaixonada por seu primo, Basílio, e permite-se experimentar essa paixão. Como fazia-se à época, os amantes trocam correspondências e, uma delas, cai nas mãos de Juliana, personagem repleta de complexidade e sentimentos controversos, que faz uso da informação descoberta e torpemente adquirida, para chantagear Luísa, sua patroa. A história segue seu rumo e suas consequências são trágicas. Marisa Monte relê o romance cantando e conta apenas para as paredes as tais coisas do coração, conseguindo evitar a divulgação daquilo que não deveria ter sido descoberto e revelado. E há muito a não ser revelado. Sempre haverá um lugar nosso, inviolável. Podemos expandi-lo ou retraí-lo, mas ele sempre estará lá, presente. Cabe apenas a nós seu conteúdo e somente nosso é o poder de compartilhar aquilo que lá é criado. Frequentemente, inclusive, compartilhamos e permitimos que outras pessoas participem desse mundo e, ao mesmo tempo, nos inserimos em seus universos.

Intimidade e vida privada fazem parte de um conceito mais amplo, o de privacidade sendo, todos, tutelados pelo Estado. Temos, desse modo, direito à intimidade e direito à vida privada. Temos direito à privacidade. Esse direito é considerado como fundamental e regulamentado como direito da personalidade. Assim é que a privacidade é juridicamente reconhecida como essencial à formação da

pessoa humana, é manifestação da personalidade é, como regra, inviolável. Vivemos, contudo, em uma sociedade que vem tratando a privacidade de forma displicente, ignorando-a e dispensando-a. Desejar exercer a privacidade em nosso século levanta suspeitas e causa surpresa. É a lógica do “quem não deve não teme” e da “vida é um livro aberto”. Assumimos uma postura julgadora que, em nome de determinados valores, define que a exposição deve servir de repreensão ou de exemplo para que aquele comportamento não seja repetido. “Traições” conjugais são reveladas, cenas sexuais são divulgadas, pessoas em situações vexatórias são filmadas e viralizadas. A exposição, voluntária ou não, é o novo padrão.

Na sociedade burguesa norte-americana do final do século XIX, contemporânea àquela de Luísa, Jorge e Basílio, ao ver divulgadas informações privadas sobre sua família, Samuel Warren juntou-se com Louis Brandeis para tecer comentários acerca de uma nova possibilidade de direito. Um direito que permitisse a imposição de fronteiras ao olhar alheio. Um direito que possibilitasse *estar só*, não de forma necessariamente solitária ou isolacionista, mas um estar só no sentido de *estar apenas com quem se quer estar*; de compartilhar apenas com quem se quer compartilhar. O direito de privar.

Defender essa forma de exercício do direito à privacidade nos dias de hoje gera tanta surpresa quanto optar por não assistir e/ou propagar a última *sex tape* do momento. Uma ideia que a nós parece bastante simples, a de que devemos ter o direito de restringir o acesso de terceiros a informações privadas, não parece mais ser adequada à sociedade contemporânea e a mais importante instância do Poder Judiciário nacional subscreveu essa não adequação. No ano de 2015,

julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, permitindo que qualquer um devasse a privacidade de qualquer pessoa e a exponha ao público, contando sua vida, seu comportamento, sua história; criando obra biográfica e comercializando-a, independentemente de qualquer autorização. O *privar* foi igualado ao *censurar* e rechaçado de nosso ordenamento jurídico. No entanto, ao proceder com a regulamentação civil do direito à privacidade na forma como estabeleceu o STF, impossibilita-se o *estar só* e institucionaliza-se seu ostracismo.

Conforme nos propusemos ao elaborar a introdução desta Tese, dividimos nossa pesquisa em três etapas, traçando um percurso que partiu na noção do significado de *privacidade* e sua relação com a sociedade, passando pela composição das atuais características do *direito à privacidade* e finalizando com o estudo de um caso que alterou de forma drástica — e bastante sintomática do comportamento social contemporâneo — a forma como a privacidade é tutelada no Brasil.

No primeiro capítulo tivemos como objetivo principal o destaque das características que compõem a privacidade contemporânea e, no caminho para alcançá-lo, traçamos um roteiro que partiu da análise dos espaços público e privado na antiguidade greco-romana, espaços esses bem delimitados e, ao mesmo tempo, conectados, visto que para participar da esfera pública — e nela manifestar-se de modo a ascender perante seus iguais — era necessário o poder exercido no espaço privado — o lar, onde a desigualdade e hierarquização predominavam. Desse período, passamos à busca das mesmas definições no período medieval, verificando o crescimento do movimento de publicização da

casa (do privado), do desenvolvimento do público-estatal e do surgimento da esfera social, ambiente que reforça a distinção entre público e privado numa perspectiva patrimonial. Chegamos, então, à sociedade burguesa moderna, que viu na privacidade uma ferramenta promotora de *status*, que permitia a promoção e enaltecimento da individualidade. Agitando-se de modo a rebelar-se frente à opressão social, esse grupo enxerga no íntimo um sopro de liberdade. Diários são escritos, cartas de amor enviadas e o quarto ganha destaque na arquitetura das casas.

Assim é que, da antiguidade ao início do século XX, constatamos diversas formas de concepção dos espaços público e privado, ficando clara a maleabilidade conceitual presente em suas definições. De um local dicotômico político-familiar ao complexo traçado entre Estado-sociedade-indivíduo, são muitas as transformações vivenciadas pelos sujeitos das interações desenvolvidas nesses espaços. Com a chegada do século XX e sua empolgação para a criação de novas tecnologias, a referida complexidade torna-se ainda mais repleta de nuances, os comportamentos alteram-se num piscar de olhos, a necessidade de privacidade populariza-se e o interesse pelo íntimo experimenta um novo impulso. Dentre as diversas inovações, uma delas transformou sobremaneira nosso sistema comunicacional: a internet. No alvorecer do século XXI a digitalização de nosso cotidiano é uma realidade e o espaço *online* apresenta traços próprios, os quais demandam novas formas de relacionamento e novas regras sociais para os mesmos e com os espaços público e privado fundindo-se em um só, a fluidez da privacidade torna-se ainda mais evidente.

No segundo capítulo passamos ao estudo do perfil do direito à privacidade no século XXI. Aqui partimos do *Right to Privacy*, de Samuel Warren e Louis Brandeis, verificando aquilo que foi agregado a esse conceito desenvolvido no final do século XIX. Observamos que a relação entre privacidade e liberdade é essencial à sua eficácia, sendo necessário levar em consideração o contexto no qual é exercida afim e alcançarmos resultados mais adequados à solução de conflitos que envolvem o dano a esse direito. Demonstramos, também, que a expressão direito à privacidade é bastante abrangente, sendo várias as suas ramificações como, por exemplo, os direitos à intimidade, à vida privada e à autodeterminação informativa. Da mesma forma, trabalhamos os sujeitos desse direito e os locais nos quais pode ser exercido. Evadida ou invadida, foi visto que o direito à privacidade comporta, hoje, múltiplas formas de violação. Sendo nossa Tese voltada ao cenário nacional, nos detivemos à opção do legislador na positivação do direito à privacidade. Tratamos também de seus limites jurídicos, sobretudo a liberdade de expressão e o direito à informação, além de nos atermos à exploração da figura da censura, diferenciando-a do exercício do direito à privacidade.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, construída a base sobre a privacidade e o direito à privacidade, investigados sua importância e formas de manifestação social, seus limites e suas possibilidades de tutela, passamos à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, de 2015, mais especificamente do voto da ministra Cármen Lúcia. Escolhida para ilustrar nossa Tese, em virtude da aderência temática e, sobretudo, do resultado proferido, a ADI nº 4815 alterou a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil,

tornando desnecessária a autorização prévia para a publicação de biografias, vinculando o dano à privacidade que tais obras possam, eventualmente, ocasionar, à reparação posterior e indenizatória. Iniciamos o estudo do caso pelos fundamentos apresentados pela ministra relatora, os quais demonstram certa preferência pela liberdade de expressão frente à privacidade e, em diversas vezes, relacionam o exercício do direito à privacidade ao ato de censurar. Partimos, num segundo momento, à observação da metodologia utilizada, qual seja a ponderação de princípios, executada com base na teoria de Alexy, comparando-a ao modelo alternativo proposto por Ferrajoli. Finalmente, ao chegarmos aos resultados da ADI, e com base em toda a fundamentação construída no decorrer de nossa pesquisa, apresentamos nosso posicionamento acerca dos mesmos, buscando demonstrar que não há coincidência entre o exercício do direito à privacidade e o ato de censurar, constitucionalmente proibido, não havendo, dessa forma, inconstitucionalidade nos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002.

Como resultado de nossa pesquisa, desenvolvida ao longo dos três capítulos referenciados, chegamos às seguintes conclusões:

1. A privacidade é fundamental à formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. É vetor promotor da liberdade, possibilitando o florescimento de diversidades.

2. São características definidoras da privacidade contemporânea: a) *qualidade* inerente à *pessoa*, essencial para o *desenvolvimento* de sua *personalidade* e individualidade; b) além de sua importância *individual*, a privacidade pode ser trabalhada

numa perspectiva *coletiva*, demonstrando-se fundamental também à sociedade; c) nos parece claro que o termo, ao ser utilizado de maneira ampla, pode comportar expressões como *intimidade*, *vida privada* e *segredo*, em uma relação análoga àquela entre espécie e gênero, sendo privacidade espécie da qual intimidade, vida privada e segredo são gêneros; d) a privacidade não faz referência ao *local*, mas ao *agir* do sujeito, podendo ser mais ou menos ampla, conforme sua *escolha* comportamental; e) privacidade é *liberdade*; liberdade de agir, de escolher, de desejar, que comporta *limitações*; f) na relação jurídica, figura como *bem*, tutelado por direito próprio.

3. A sociedade contemporânea valoriza a exposição e o interesse pelo íntimo e, na busca pela notoriedade, procede com intenso movimento de evasão da privacidade, podendo esse ser definido como “limitação voluntária do exercício da privacidade”. Mesmo havendo sua evasão, há manutenção da tutela da privacidade.

4. A internet impulsionou a digitalização do cotidiano e tornou ainda mais complexa a rotina comunicacional das pessoas. Esse novo espaço de convivência, ao ser comparado com o ambiente físico/*offline*, é marcado por características como: a) menor possibilidade de controle sobre quem acessa nossas informações; b) maior possibilidade de vigilância; c) maior alcance da informação divulgada; d) impossibilidade de reverter o ato de divulgação.

5. O compartilhamento de determinada informação privada não extingue o caráter privado dessa informação, mantendo-se a possibilidade de controle sobre a mesma.

6. O exercício do direito à privacidade também é possível em espaços públicos, devendo ser levada em consideração a expectativa de privacidade do sujeito com relação ao local e às pessoas que nele estão presentes. A análise do contexto no qual os sujeitos estão inseridos é indispensável para que se determine a maior ou menor possibilidade de exercício do direito à privacidade.

7. O direito à privacidade continua resguardando a possibilidade de isolamento, tal qual era sua função em sua configuração original (*right to privacy*).

8. O termo “privacidade”, com origem na palavra inglesa *privacy*, oferece maior possibilidade de abrangência na sua definição.

9. O direito à intimidade e o direito à vida privada estão presentes no direito à privacidade. Aquelas, contudo, foram as expressões eleitas pelo legislador ao positivá-lo. São muitas as possibilidades de definição para intimidade e vida privada. A nosso ver, entendemos que o que se deseja proteger, quando nos é apresentado um *direito à vida privada*, é um *dado bruto*, não trabalhado. Já o *direito à intimidade* é a forma eleita pelo Estado para tutelar as manifestações mais pessoais do sujeito. Se a intimidade é a expressão, compartilhada ou não, da pessoa, a vida privada é o espaço que ela tem para expor sua intimidade.

10. O *interesse público*, enquanto justificativa para relativizar a privacidade, não pode ser confundido com o *interesse do público*. A divulgação por terceiros de uma informação privada deve ser extremamente cautelosa e revelar o mínimo ao ser noticiada. Necessidade e utilidade na divulgação são aspectos fundamentais ao proceder com a exposição.

11. Figuras públicas são igualmente detentoras de direito à privacidade.

12. Nossa Constituição veda a censura, enaltece a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, declara inviolável a intimidade. O legislador ordinário tentou proteger a privacidade no âmbito privado, positivando limite à liberdade de expressão quando em confronto com a intimidade e/ou a vida privada, buscando impedir, num primeiro momento, que o dano à privacidade ocorra visto ser esse absolutamente incorrigível. A partir do momento em que determinada informação deixa o âmbito privado, não há como retomar essa posição.

13. Desejar esconder alguma coisa não pode ser vinculado à ilicitude ou imoralidade do que se objetiva privar.

14. A tutela da privacidade, além de reprimir sua violação, deve direcionar-se no sentido de prevenir e impedir a ocorrência do dano. A lógica da exclusiva aplicação do dano moral (e/ou patrimonial) aos casos de violação da privacidade, num movimento de compensação do dano causado, é prejudicial ao completo exercício desse direito.

15. O direito à privacidade é expressamente classificado como *fundamental* e da *personalidade*. Atendo-nos às expressões *vida privada* e *intimidade* (por terem sido essas as escolhidas pelo legislador e as que mais nos interessam para o desenvolvimento deste trabalho), temos que a privacidade do sujeito é tida, de pronto, como *inviolável*. Havendo, contudo, dano à privacidade, é assegurada à vítima indenização. Mais que isso, o juiz pode tomar providências com o fito de *impedir* que o dano ocorra. Ao mesmo tempo percebe-se que o direito à privacidade é limitado por outros direitos da personalidade e fundamentais, sendo autorizada sua violação quando reconhecida a preponderância destes em relação àquele.

16. É possível limitar o direito à privacidade, caso seu titular assim o deseje. Além da autonomia da vontade, o direito à privacidade sofre outras limitações, legalmente instituídas, como a liberdade de expressão e o direito à informação, sendo ambas previstas constitucionalmente, fazendo parte do rol de direitos fundamentais, a exemplo do direito à privacidade.

17. O exercício do direito à privacidade não se confunde com censura. A censura é movimento externo ao sujeito censurado, executado com o fito de reprimir o conteúdo que se objetiva manifestar, causando dano à sociedade, ferindo o direito à informação e à comunicação e impedindo a formação da opinião pública. Exercer a privacidade é movimento interno; é o próprio sujeito que busca controlar suas próprias informações, impedindo que essas sejam divulgadas sem a sua autorização.

18. A exigência de autorização da pessoa biografada para que sua biografia seja comercializada não equivale a desrespeito à liberdade de expressão e tampouco a exercício de censura. Apenas a pessoa biografada (ou, em sua falta, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes) pode demandar a restrição à divulgação da informação. Ou seja, tratando-se de informações sobre a própria pessoa, a mesma não pode ser caracterizada como censora, visto estar controlando expressão originalmente sua.

19. A depender das características de cada caso, a liberdade de expressão ou o direito à informação encontrarão fundamentos que levem à sua aplicação. No entanto, impor estes em detrimento da privacidade, sempre, como estabelece a nova interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, é temerário. No embate entre privacidade e liberdade de expressão não há lugar para resposta única e preconcebida.

20. A ponderação de princípios executada no julgamento da ADI nº 4815 não obedeceu à metodologia criada por Alexy, pois (a) determina que a liberdade de expressão é, de maneira geral, mais importante que a privacidade, independentemente das características do caso concreto; (b) não oferece solução apenas para um caso determinado, promovendo a reinterpretção (verdadeira desfiguração) dos artigos do Código Civil de 2002 que tutelam a privacidade; (c) ignora que o legislador, imediatamente vinculado aos direitos fundamentais, ao elaborar a norma civil, no exercício de sua função típica, já ponderou liberdade de expressão e privacidade, desenvolvendo os referidos instrumentos protetivos no âmbito privado.

21. Com base na teoria de Ferrajoli, entendemos que nem sempre casos envolvendo o direito à privacidade configurarão colisão entre princípios. Nesse sentido, a solução da dúvida entre a necessidade ou não de autorização para a publicação de biografias, num primeiro momento, não passa pela necessidade de ponderação judicial, mas sim pela aplicação da norma pelo intérprete.

22. Não concordando com a restrição, o biógrafo pode acionar o Estado que verificará, no caso concreto, a informação que se pretende divulgar, a importância da mesma para a formação da sociedade e o dano que sua publicitação irá causar à pessoa sobre quem se escreve, aí sim exercitando ponderação entre os fatos relacionados à privacidade e à liberdade de expressão, nos limites de seu poder e da legislação posta.

No início de nossa Tese perguntamos: “Há inconstitucionalidade na redação dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002?”. Naquele momento respondemos hipoteticamente que não, afirmando a adequação constitucional dos referidos dispositivos ordinários. No decorrer de nosso trabalho acreditamos ter confirmado nossa hipótese e concluímos que os artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002 não ferem liberdade constitucional e não legitimam censura. Eles mantêm a tutela do *estar só*, sendo essa forma de exercício do direito à privacidade exemplificada pela necessidade de autorização prévia da pessoa biografada para que sua biografia seja publicada, não sendo tal comportamento equivalente ao exercício de censura, mas sim expressão do direito à privacidade também garantido pela Constituição Federal de 1988.

É preciso despír o desejo de ocultação, o desejo de esconder-se, o desejo de estar só do manto da ilicitude (tanto jurídica quanto moral). Vincular a privacidade a mero capricho ou futilidade e banalizar sua devassa é rudimentar um espaço promotor do desenvolvimento da personalidade e indispensável ao exercício da liberdade. Reverter o entendimento originalmente pensado pelo legislador, ao exigir autorização prévia para a divulgação de escritos sobre a pessoa, é impedir que ela mantenha seu ambiente íntimo, lugar de manifestação de suas pulsões, refúgio de seus pensamentos, local essencial à sua emancipação. A mudança interpretativa dos dispositivos respalda a ganância irresponsável pelo íntimo e impede o exercício da legítima defesa da privacidade.

São múltiplas as formas de manifestação do direito à privacidade e ainda há um longo caminho a ser percorrido na busca pela tutela mais adequada a esse bem, sobretudo diante da digitalização do cotidiano que torna o alcance do conteúdo informacional mais amplo do que jamais se imaginou e impossibilita a reversão da divulgação efetuada. Respeitando a importância e o caráter dinâmico desse direito, a doutrina trabalha com sua fluidez se debruçando sobre seus fundamentos, sempre com o objetivo de apresentar novas formas de exercitá-lo e soluções aos litígios causados pelas inúmeras inovações tecnológicas que permitem acesso a espaços privados antes inalcançáveis.

Se muitas são as dúvidas geradas pelas novas configurações da privacidade, o que se percebe é que a sua forma mais tradicional de manifestação, o *estar só*, não vem sendo bem compreendida pela sociedade e, como aponta o atual entendimento do

Supremo Tribunal Federal, tampouco pelo Estado. Para além das tentativas de prever o futuro da privacidade, definindo novas formas de tutela para novas formas de exercício, é preciso firmar suas bases presentes e evitar retrocessos, defendendo um espaço de não discriminação, um espaço de individualidade (mesmo que coletivo) e autonomia, um espaço de construção e formação da personalidade.

Sim, diante de uma sociedade que frequentemente invade e oprime, ainda podemos *estar sós*. Ainda podemos ser livres.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Arnaldo; MONTE, Marisa; BROWN, Carlinhos; MENDES, César. **Cantinho escondido**. Disponível em: <<http://www.marisamonte.com.br/pt/musica/composicoes/letra/cantinho-escondido>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____; BROWN, Carlinhos; MONTE, Marisa. **A alma e a matéria**. Disponível em: <<http://www.marisamonte.com.br/pt/musica/composicoes/letra/a-alma-e-a-materia>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____; MONTE, Marisa; BROWN, Carlinhos. **Infinito particular**. Disponível em: <<http://www.marisamonte.com.br/pt/musica/composicoes/letra/infinito-particular>>. Acesso em: 3 out. 2016.

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

AGRELA, Lucas de. O que é realidade aumentada, chave do sucesso de Pokémon Go. **Revista Exame**, São Paulo, 11 julho 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/o-que-e-realidade-aumentada-chave-do-sucesso-de-pokemon-go>>. Acesso em: 11 de ago. 2016.

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALONSO, Feliz Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade**. Ideias e Letras: São Paulo, 2005. p. 11-36.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Modernidade e Pós-modernidade**. In: APARTE - Inclusão Social em Debate, Rio de Janeiro, dez. 2009, p.01-05. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/nm_5_modernidade_e_pos_modernidade_08dez09.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016

ARDENGI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista da ESMESC**. p.227-251, v.19, n.25, 2012. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARGENTINA. Lei n. 21.173. **Incorpora ao Código Civil o art. 1.071bis**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BANCALEIRO, Cláudia. Direitos humanos e espionagem no arranque da NETmundial no Brasil. **Público**. 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/direitos-humanos-e-espionagem-no-arranque-da-netmundial-no-brasil-1633362>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2014.

_____. As redes sociais são uma armadilha. **El país**, Madrid, 8 jan. 2016. Entrevista concedida a Ricardo de Querol. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html>. Acesso em: 19 set. 2016.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes públicos e privados. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. A privacidade e a crise do direito da comunicação social: o controle regulatório. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade**. Ideias e Letras: São Paulo, 2005. p. 273-300

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>

. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4815 Distrito Federal**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 10 de junho de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 Distrito Federal**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 24 de março de 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28A%C7%D5ES+AFIRMATIVAS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zhrydno>>. Acesso em: 06 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental 823.936 Minas Gerais**. Relator Ministro Dias Toffoli. 03 de março de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8163546>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Decreto-lei n. 1.077, de 26 de janeiro 1970. **Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Decreto n. 592, dd 6 de julho de 1992. Atos internacionais. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos**. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Lei n. 8.730, de 10 de novembro de 1993. **Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8730.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Projeto de Lei n. 393 de 2011. **Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura.** Autoria de Newton Lima. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=840265&filename=PL+393/2011>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm >. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Projeto de lei da Câmara n. 5555 de 2013. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha - criando mecanismos para o combate a condutas ofensivas contra a mulher na Internet ou em outros meios de propagação da informação.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Projeto de lei da Câmara n. 170 de 2015. **Inclui a violação da intimidade da mulher na internet entre as formas de violência doméstica e familiar constantes na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945749>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BROWN, Carlinhos; MONTE, Marisa. **Amor I love you.** Disponível em:

<<http://www.marisamonte.com.br/pt/musica/composicoes/letra/amor-i-love-you>>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRUCK, Mozahir Salomão. **Biografias e literatura:** entre a ilusão biográfica e a crença na reposição do real. Belo Horizonte: Veredas & Cenários, 2009.

BRUNTON, Finn; NISSENBAUM, Helen. **Obfuscation:** a user's guide for privacy and protest. Cambridge: The MIT Press, 2015.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão crítica. In: **Reflexões sobre teoria da Constituição e do Estado**. Davi do Espírito Santo e Cesar Pasold (Org.). Florianópolis: Insular, 2013. p.153-184.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **Propriedade intelectual e sensoriamento remoto**: a proteção jurídica das imagens geradas por satélites. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

CGI.BR. **Um pouco sobre o Marco Civil da Internet**. 20 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cgi.br/noticia/um-pouco-sobre-o-marco-civil-da-internet/13>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne (coordenadores). **Dicionário de obras políticas**. Tradução de Glória de C. Lins e Manoel Ferreira Paulino. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1993.

CUKIERT, Michele; PRISZKULNIK, Léia. Considerações sobre eu e o corpo em Lacan. In: **Estudos de psicologia**, 2002, 7 (1), 143-149. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v7n1/10961.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

DIREITO à memória. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 jul. 2016. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,direito-a-memoria,10000064979>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. 2000. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2014.

_____. **Da privacidade à proteção dos 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**. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ESPOSITO, Richard; COLE, Matthew; SCHONE, Mark. EXCLUSIVE: Edward Snowden Gives Wide-Ranging Interview to Brian Williams. **NBC.COM**, 20 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

EX-FUNCIONÁRIO da CIA diz que revelou segredos dos EUA para “defender liberdade”. **BBC**, 10 jun. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml>. Acesso em: 05 nov. 2016.

FARINHO, Domingos Soares. **Intimidade da vida privada e media no ciberespaço**. Coimbra: Almedina, 2006.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.13-56

_____. O constitucionalismo garantista e o Estado de direito. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.231-254.

_____. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Paulo Henrique; NERI, Eveline Lucena. Espaço público e intimidade na modernidade. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/politica_paulo_da_fonseca_e_eveline_neri.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. Lei n. 70.643, de 17 de julho de 1970. **Reforça as garantias dos direitos individuais do cidadão. Modifica o art. 9º do Código Civil.** Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006070721>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos.** Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2001.

FRUET, Gustavo Bonato. **Direito à informação: limites entre informação, comunicação e democracia.** In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p.171-196.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.** 3 ed. São Pulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Introdução ao direito civil.** Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Responsabilidade civil.** Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAGNANI, Juliana. Gil e Caetano se juntam a Roberto Carlos contra biografias não autorizadas. **Folha de São Paulo.** Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/10/1352167-gil-e-caetano-se-juntam-a-roberto-carlos-contrabiografias-nao-autorizadas.shtml>>. Acesso em: 28 mai. 2015a.

GREENWALD, Gleen. **Sem lugar para se esconder.** Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

_____; MACASKILL, Ewen; POITRAS, Laura. Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations. **THEGUARDIAN.COM**, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

GUERRA, Sidney. **Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem.** In: Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HAYWOOD, John. **Atlas histórico do mundo.** Tradução de Centradur, Lda. Gütersloh: Könemann, 2001.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos:** o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **A era das revoluções:** 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HOMEM flagra traição em posto de gasolina e avisa a desconhecido no Facebook. **Folha de São Paulo**, 07 jul. 2016. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/voceviu/2016/07/10002982-homem-flagra-traicao-em-posto-de-gasolina-e-alerta-corno-desconhecido-no-facebook.shtml?cmpid=facefolha>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HOUAISS. **Dicionário.** Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=comunica%25C3%25A7%25C3%25A3o>>. Acesso em: 10 out. 2016.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade.** Ideias e Letras: São Paulo, 2005. p. 85-106.

KISSINGER, Henry A.. **Diplomacia.** Tradução de Ana Cecília Simões et.al. Lisboa: Ed. Gradiva, 1994.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LEWIS, Paul. Feinstein defends NSA data collection and insists program is 'not surveillance'. **The Guardian.** 2013. Disponível em: <

<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/21/dianne-feinstein-defends-nsa-data-collection>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACASKILL, Ewen. Edward Snowden, NSA files source: 'If they want to get you, in time they will' the whistleblower behind theNSAsurveillancerevelations. **THEGUARDIAN.COM**, 10 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-why>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____; DANCE, Gabriel. NSA files decoded: what the revelations mean for you. **THEGUARDIAN.COM**, 01 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **Caminhos para a tutela da privacidade a sociedade da informação**: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil. 2014. 186 p. Tese (Doutorado) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <<http://uolp.unifor.br/oul/ObraSiteLivroTrazer.do?method=trazerLivro>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

MAGESK, Laila; SOARES, Leonardo. Pornografia de vingança: um crime que não para de crescer. **GRANDESREPORTAGENS.REDEGAZETA.COM.BR**, 20??. Disponível em: <<http://grandesreportagens.redegazeta.com.br/?p=606>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

MAIA, Carolina . Félix, de 'Amor à Vida', e a vitória do vilão. **Veja**, São Paulo, 24 janeiro 2014. Disponível em:<<http://veja.abril.com.br/noticia/entretenimento/felix-de-amor-a-vida-e-a-vitoria-do-vilao/>>. Acesso em: 23 jun. de 2015.

MANN, Dillon. **Marco Civil**: Statement of Support from Sir Tim Berners-Lee. World Wide Web Foundation, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://webfoundation.org/2014/03/marco-civil-statement-of-support-from-sir-tim-berners->

lee/?utm_source=hootsuite&utm_campaign=hootsuite >. Acesso em: 24 jul. 2016.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MATTOS, Sérgio. **Mídia controlada**: a história da censura no Brasil e no mundo. São Paulo: Paulus, 2005.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOON, Mariella. Pokémon Go' hits 100 million downloads. **Engadget**, Nova Iorque, 08 janeiro 2016. Disponível em: <<https://www.engadget.com/2016/08/01/pokemon-go-100-million-downloads/>> Acesso em: 11 de ago. 2016.

MONTE, Marisa; ANTUNES, Arnaldo; LINDSAY, Arto. **Beija eu**. Disponível em: <<http://www.marisamonte.com.br/pt/musica/composicoes/letra/beija-eu>>. Acesso em: 3 out. 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira. O dano moral em casos de morte e de lesão corporal. In: **Revista da Faculdade de Direito (USP)**. v. 94, p. 367-418, 1999. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67449/70059>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

NETMUNDIAL. **NETmundial**: o início de um processo. Disponível em: <<http://netmundial.br/pt/about/>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

NISSENBAUM, Helen. **Priavacy in context**: technology, policy, and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NODARI, Alexandre. **Censura**: ensaio sobre a "servidão imaginária". 2012. 252 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão. Programa de Pós-Graduação em Literatura. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PLIT0494-T.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de.; CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. Intimamente publicitados: o direito à privacidade das celebridades na sociedade contemporânea. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v.21, n.1, p.06-30, 2016 (jan./abr.). Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/372>>. Acesso em: 11 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Wilson Velloso. 12 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

OSSOLA, Ana Laura. Libertad de expresión: declaraciones, derechos y garantías — deberes y derechos individuales. In. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p.197-225.

PAGANOTTI, Ivan. **Ecos do silêncio**: Liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática. 2015. 342 p. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicações e Artes, Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27152/tde-26062015-163043/pt-br.php>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PILATI, José Isaac. **Propriedade & função social na pós-modernidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; CANCELIER, Mikhail Vieira de. Um novo olhar sobre o Direito à privacidade:

Caso Snowden e Pós-modernidade jurídica. In: **Revista Sequência** (UFSC), v. 35, p. 281-300, 2014. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p281/28392>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

PERU. Decreto legislativo n. 255, de 24 de julho de 1984. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966.

Código Civil Português. Disponível em:

<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

QUEIRÓS, Eça de. **O primo Basílio**. São Paulo: Abril, 1982.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna**. Curitiba: Juruá, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Sanilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil. In: CASSETTARI, Christiano (Org.). **10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O cidadão, a sociedade, a mídia e a justiça. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade**. Ideias e Letras: São Paulo, 2005. p. 241-272

STASSUN, Cristian Caê Seemann. **Sociedade do espelháculo:**

Facebook gadget como dispositivo de governo das informações, das circulações e do desejo. 2014. 443 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Florianópolis, 2014. Disponível em:

<<http://www.bu.ufsc.br/teses/PICH0135-T.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59-94.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.1:** lei de introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade**. Ideias e Letras: São Paulo, 2005. p. 213-240.

TEIXEIRA, Jerônimo. Página infeliz da nossa história: Gilberto Gil, Roberto Carlos, Chico Buarque e Caetano Veloso dizem que querem resguardar a privacidade - mas as propostas do grupo resumem-se a apenas uma infame palavra: censura. **Revista Veja**, São Paulo, p.82-87, 23 de outubro de 2013.

THIBES, Mariana Zanata. **A vida privada na mira do sistema:** a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexcionista. 2014. 209 p. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-18032015-115144/pt-br.php>>. Acesso em: 08 jul. 2016. Mariana Zanata Thibes, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em direção a um novo 1984?: a tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. In: **Revista da Faculdade de Direito-USP**. v. 109, n.1,

2014. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89230>>. Acesso em: 11 out. 2016.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.95-131.

UNTERSINGER, Martin. “Droit à l’oubli” : Google débouté par la justice européenne. **Le Monde**, 13 mai. 2014. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2014/05/13/droit-a-l-oubli-google-deboute-par-la-justice-europeenne_4415804_651865.html>. Acesso em: 30 jul. 2016.

VALENTE, Jonas. Vale abrir mão da privacidade pelo Pokémon Go?. **Carta Capital**, São Paulo, 09 agosto 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/vale-abrir-mao-da-privacidade-pelo-jogo-pokemon-go>>. Acesso em: 11 de ago. 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007, 297 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=66&Itemid=1469&lang=br>. Acesso em: 04 jun. 2016.

VILAS BOAS, Sergio. **Biografias & biógrafos**: jornalismo sobre personagens. São Paulo: Summus, 2002.

VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada 1: do Império Romano ao ano mil.** Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. In: **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, December 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm> >. Acesso em: 26 mai. 2016.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.