

A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À EXTIMIDADE

*PROTECTING THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE DIGITAL AGE AND
CIVIL LIABILITY FOR VIOLATING THE RIGHT TO EXTIMACY*

*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRIVACIDAD EN LA ERA
DIGITAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA
EXTIMIDAD*

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Iuri Bolesina¹

Tássia A. Gervasoni²

RESUMO:

Contextualização: Este estudo visa a investigar se a utilização de dados da privacidade, surgidos de direitos da personalidade, coletados e usufruídos por terceiros graças a atos de extimidade, pode gerar responsabilização civil.

Objetivos: Objetiva-se revelar se há orientação jurisprudencial sobre a utilização de informação da intimidade de terceiros que foi voluntariamente exposta; se sim, averiguar se tal diretriz alinha-se com a leitura contemporânea da privacidade; e, por fim, se é possível falar (e em quais hipóteses) em responsabilidade civil por violação do direito à extimidade.

Metodologia: Utiliza-se o método de abordagem indutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa por documentação indireta.

¹Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Coordenador e Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Passo Fundo/RS. *E-mail:* iuribolesina@gmail.com

²Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada. Passo Fundo/RS. *E-mail:* tassiaagervasoni@gmail.com

Resultados: Em síntese, concluiu-se que a violação do direito à intimidade pode eventualmente gerar responsabilidade civil, seja de cunho subjetivo ou objetivo, a depender do ofensor. Isso, entretanto, perpassa pela revisão de dogmas assentados na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: direito à intimidade; liberdades comunicativas; privacidade; responsabilidade civil.

ABSTRACT:

Contextualization: This study aims to investigate whether the use of privacy data, arising from personality rights, collected and enjoyed by third parties through acts of intimacy, can result in civil liability.

Objective: The objective is to determine whether there is jurisprudential guidance on the use of intimate information of third parties that have been voluntarily exposed; and if so, whether this guideline is aligned with the contemporary reading of privacy. And, finally, whether it is possible to speak (and in what cases) of civil liability for violating the right to intimacy.

Methodology: An inductive approach is used, with a monographic procedure, and indirect documentation as the research technique.

Results: It is concluded that violation of the right to intimacy can generate civil liability, whether subjective or objective in nature, depending on the offender. However, this requires a revision of the dogmas based on the jurisprudence of the country.

Keywords: right to intimacy; communicative freedoms; privacy; civil liability.

RESUMEN

Contextualización: Este estudio tiene como objetivo investigar si el uso de datos de privacidad, derivados de los derechos de la personalidad, recopilados y utilizados por terceros gracias a actos de intimidad, pueden generar responsabilidad civil.

Objetivos: El objetivo es revelar si existe orientación jurisprudencial sobre el uso de información de privacidad de terceros que ha sido expuesta voluntariamente; en caso afirmativo, verificar si dicha directriz está en línea con la lectura contemporánea de la privacidad; y, finalmente, si se puede hablar (y en qué casos) de responsabilidad civil por vulneración del derecho a la intimidad.

Metodología: Está usado como metodología el método de enfoque inductivo, el método de procedimiento monográfico y la técnica de investigación de documentación indirecta.

Resultados: En síntesis, se concluyó que la vulneración del derecho a la intimidad puede llegar a generar responsabilidad civil, sea subjetiva u objetiva, según el infractor. Esto, sin embargo, permea la revisión de dogmas con base en la jurisprudencia nacional.

Palabras clave: derecho a la intimidad; libertades comunicativas; intimidad; responsabilidad civil.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade é um dos direitos mais impactados com as transformações tecnológicas, sociais e políticas, atualmente vivenciadas. De uma origem muito intimista, qual seja, o direito de *estar só* ou de *não ser perturbado*, ampliou-se para um conjunto de faculdades que dizem respeito a esferas existenciais e patrimoniais, em espaços físicos e virtuais.

Especificamente no âmbito da internet, uma dessas transformações foi o aparecimento pulverizado de redes sociais e o massivo trânsito de informações pessoais nelas. Como regra, tais informações são voluntariamente expostas, por meio de direitos da personalidade, como a intimidade, a imagem, a voz e a identidade. Tais atos de abrir voluntariamente a própria intimidade nesses espaços de socialização tem-se denominado de Extimidade.

A partir desse contexto é que novas discussões jurídicas – o direito é sempre caudatário – aparecem, orbitando questões sobre autodeterminação informativa, consentimento, dicotomia público-privado, proteção de dados, dentre outros. No presente estudo, o problema investigado apresenta-se no campo da responsabilidade civil. Questiona-se: a utilização de dados da privacidade, surgidos de direitos da personalidade, coletados e usufruídos por terceiros graças a atos de extimidade, pode gerar responsabilização civil perante um possível direito à extimidade?

Especificamente, objetiva-se responder se há alguma orientação jurisprudencial sobre a utilização de informação da intimidade de terceiros que foram voluntariamente expostas; se sim, averiguar se tal diretriz alinha-se com a leitura contemporânea da privacidade; e, por fim, se é possível falar (e em quais hipóteses) em responsabilidade civil por violação do direito à extimidade.

A metodologia aplicada se dá por meio do método de abordagem indutivo, buscando-se a interpretação da realidade, a partir dos casos eleitos. Parte-se do vivenciado, não de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretoando os sentidos atribuídos, aplicando-se princípios gerais sobre o contexto específico. Como método de procedimento valer-se-á do monográfico. No que tange à técnica de pesquisa, será adotada a documentação indireta. Por fim, ressalva-se que as decisões judiciais selecionadas para integrar o estudo possuem viés meramente exemplificativo, não configurando, tampouco justificando a adoção de metodologias específicas de estudo jurisprudencial ou estudo de caso. Os julgados examinados ao longo do estudo encerram a função pedagógica de ilustrar e comprovar o modo de aplicação de teses jurídicas, as quais são cotejadas com a análise teórico-crítica de caráter doutrinário, que em si constitui a finalidade precípua do texto.

1 PREMISSAS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE EM ESPAÇO PÚBLICOS

Tradicionalmente, os tribunais superiores entendem que, se o próprio titular do direito da

personalidade – imagem, voz, expressão – o veiculou em espaços vistos como públicos, a proteção a estes direitos existe, porém, não implica em necessária responsabilização civil para o terceiro que utilizou o direito. Evidentemente, ficam ressalvadas questões envolvendo crianças e adolescentes, bem como situações de abuso de direito e uso comercial não autorizado.

A orientação é especialmente fruto de decisão paradigmática exarada pelo Superior Tribunal de Justiça. O STJ, no Recurso Especial 595.600 (SC)³, julgado em 2003, acerca de fato ocorrido em 1994, debateu a publicação de foto em jornal, de uma mulher, na praia, realizando *topless*. Nesse julgado, asseverou-se que seria disparate, em nome da proteção da privacidade, estabelecer uma blindagem à pessoa que a tornasse imune de qualquer publicação da sua imagem. Indicou-se, ademais, que a fotografada não é pessoa que vive comercialmente da sua imagem, bem como que a imagem foi capturada em local público e não em espaço privado, de sorte que a própria fotografada optou por expor sua intimidade na praia. Concluíram os julgadores que: “se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada”. Por seu turno, diante do mesmo caso, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 438.406 (SC)⁴, em 2014, e não proveu o recurso, escudando-se na sua súmula 279 (que veda reexame de prova em RE).

Esse julgado – que gerou efeitos sistêmicos nas jurisprudências dos tribunais – fundamentou-se em duas grandes e clássicas premissas: (a) no binômio pessoa notória - local público; e (b) que espaços de socialidade são equivalentes a espaços públicos. De modo subjacente, ainda se percebe um terceiro argumento, que é (c) a exigência do caráter pudico da fruição da privacidade (e direitos da personalidade).

Tais argumentos são bastiões que, somados ou autonomamente, balizam decisões judiciais em torno da privacidade e dos direitos da personalidade que por ela transitam. São, portanto, determinantes para o sucesso ou fracasso de demandas judiciais reparatórias, atingindo a questão da ilicitude ou do nexo de causalidade. Para fins ilustrativos, em que o foco devem ser as teses e não os casos em si, observem-se dois julgados que se valeram das mesmas premissas utilizadas pelo STJ.

O primeiro caso, ocorrido no Rio Grande do Sul e julgado em 2016, analisou situação na qual uma mulher foi fotografada em uma boate e teve suas fotos veiculadas por terceiro em redes sociais, sem qualquer consentimento⁵. Narrou a parte autora que, em determinada data, frequentou uma boate, pois, naquela noite, até as 24h, a casa funcionava como um clube restrito apenas para mulheres, havendo *show* no estilo *clube das mulheres* com *gogo boys*. Passou-se que a autora, sem saber, foi

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 595.600/SC**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Publicado em DJ: 13/09/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 438.406 (SC)**. Rel. Min. Luiz Fux. Publicado em DJ: 03/12/2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 out. 2015.

⁵O processo tramitou sem sigilo de justiça. Nada obstante, por envolver questão de intimidade pessoal e violência de gênero, opta-se por relatar os fatos exclusivamente a partir da sentença, evitando acesso às imagens divulgadas. De outro modo, estar-se-ia reproduzindo a violência sofrida pela vítima e alimentando uma sádica curiosidade.

fotografada dançando, bebendo e interagindo com os *gogo boys*. Posteriormente, essas fotografias foram reproduzidas pelo réu, em redes sociais, por terceiro, conhecido da vítima, oportunidade na qual a autora foi alvo de críticas que lhe chamavam de *vagabunda* e *prostituta*. Pleiteou, assim, a remoção das imagens e reparação por danos morais.

O réu, por seu turno, sustentou que o local onde foi realizada a fotografia é público, não havendo que se falar em dano moral. Disse que tudo aconteceu porque a autora resolveu ir a uma festa pública, de conteúdo moral discutível, trajando-se de forma socialmente inapropriada (sem roupa íntima) e assumiu o risco de ser fotografada na situação.

A decisão judicial de primeiro grau fundou-se em dois pontos, basicamente: (1) a festa era pública e (2) a própria autora expôs sua intimidade sem qualquer pudor, causando a si os danos sofridos (fato exclusivo da vítima). A juíza afirmou:

E, o fato de ser privativa para mulheres, não lhe retira a natureza de local público, pois aconteceu em uma boate, com várias pessoas presentes. Ora, a própria natureza do evento já lhe retira o caráter comum, como se fosse qualquer outra festa. A autora se deixou fotografar naquelas condições: abraçada a um homem seminu e vestida com roupa curtíssima, deixando aparecer suas partes íntimas para todos os que estavam presentes naquele local. A autora não estava em sua casa. Ela própria expôs a sua intimidade em local onde várias pessoas se encontravam. [...] Contudo, o dano moral alegado originou-se da própria conduta da autora ao se expor em local público com diversas pessoas presentes. [...] a fotografia da autora foi exposta em grupo fechado de rede social e sem que, no ato da publicação, aparecesse o seu nome, o qual surgiu depois, a partir dos demais comentários. Não foi o réu quem expôs a autora e sua honra, foi ela mesma quem se expôs em público. [...] Tenho que a partir do momento em que a autora não teve objeção alguma de que diversas pessoas pudessem observar sua intimidade, expondo-se da forma como consta na fotografia da fl. 11, não pode ela vir à Justiça alegar que sua honra foi violada, pois deu causa à exposição.⁶

Em segundo grau, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos, tendo-se agregado, contudo, que o julgador deveria estar atento para não cair nos falaciosos pedidos de *dano moral à brasileira*, que banalizam a figura jurídica do dano moral. Ao lado disso, reiterou que apenas a imagem da autora foi veiculada, mas sem estar acompanhada de seu nome, o qual surgiu posteriormente, por meio de comentários dos usuários da rede social⁷.

O segundo caso, apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2017, debateu situação envolvendo publicação das revistas *Caras* e *Contigo*, cujo foco era o casal de atores Pedro Cardoso e Graziela Moretto, durante passeio familiar no *shopping* e em embarque no aeroporto, respectivamente. Os autores, em suma, pleitearam indenização moral, bem como que as revistas se omitissem de publicar textos que violassem sua privacidade pessoal e familiar, notadamente desprovidas de qualquer interesse público ou profissional.

No mérito, as revistas réis defenderam-se invocando aquilo que se pode denominar de *checklist*

⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Sentença Cível n. 135/1.12.0002239-1**. 2015.

⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 7007149750**. 2016.

de defesas, em caso de suposta violação da privacidade alheia. Em máxima síntese, com base no artigo 5º, incisos IX e X, bem como no artigo 220, todos da Constituição Federal, artigo 20, do Código Civil, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, são estes os argumentos geralmente invocados nessas discussões:

- a) ausência de direitos absolutos;
- b) interesse público na publicação da informação de fato verdadeiro ou notório;
- c) pessoas notáveis (públicas e/ou famosas) têm sua privacidade diminuída;
- d) imagens, som ou texto captados em espaço público (físico ou virtual);
- e) fato exclusivo da vítima (que fruiu indevidamente dos seus direitos);
- f) texto elogioso (que não causa dano);
- g) desnecessidade de autorização prévia para exercício da expressão ou imprensa;
- h) inexistência de finalidade econômica ou comercial direta (súmula 403, STJ);
- i) ausência de violação aos direitos personalíssimos;
- j) vedação de censura.

A decisão de primeiro grau acolheu os pedidos dos autores, porém, o TJSP reverteu a condenação. Entendeu que as publicações não cometeram abuso algum. O TJSP pontuou que, muito embora as revistas tenham publicado situação pessoal e não profissional dos autores, “a pessoa pública, tem seus direitos à intimidade, à honra, à imagem mais reduzidos em relação às pessoas em geral”⁸. Ademais, a notícia não é item de chamada na capa, ou seja, claramente não visava a atrair clientes ou obter lucro (onde incidiria a súmula 403, do STJ). Afirmou-se:

Como se sabe, a pessoa pública, tem seus direitos à intimidade, à honra, à imagem mais reduzidos em relação às pessoas em geral, pelo fato de estarem sujeitas a maior exposição em decorrência da própria condição social e profissional em que se acham. [...] o que não teria de ser suportado por uma pessoa dedicada a atividades privadas, tem de ser tolerado por pessoa pública”. Ademais, a notícia não é item de chamada na capa, ou seja, claramente não visava a atrair clientes. [...] Celebidades e atores de televisão são celebridades despertam curiosidade natural nas pessoas comuns. É assim em todo o mundo. Portanto, dentro de certos limites, a divulgação de sua vida em público, é igualmente natural e permitida, cabendo ser tolerada se, como neste caso, sem excesso, constrangimento ou desprestígio para a pessoa do artista e sua figura pública⁹.

Mais recentemente, em 2020, o TJSP julgou improcedente pedido indenizatório por uso indevido de imagem, valendo-se dos argumentos já referidos. No caso, os autores tiveram sua imagem exibida em rede nacional, no programa *Esquadrão da Moda*, do SBT. Na ocasião, os autores foram filmados em *close*, sentados na mureta de uma casa, enquanto observaram atentamente a participante do programa (chamada pelos apresentadores como alguém que se vestia de modo “pirigueti” e “chamativo”) caminhar a sua frente. Segundo referiram em depoimento inicial, depois da exibição do programa, os requerentes foram alvo de escárnio e gozações pela comunidade local.

⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 0002051-05.2010.8.26.0011**. 2017.

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 0002051-05.2010.8.26.0011**. 2017.

A sentença e o acórdão concordaram em referir que as imagens não ofenderam direitos da personalidade dos requerentes e, mais, que os autores “submeteram-se a uma situação pública, qual seja, o ato de se acostar à mureta na calçada de uma via pública”, sendo assim, “autorizam, tacitamente, a reprodução de suas imagens”. Para finalizar, referiram o famoso julgado do STJ, de 2004, acerca do *topless* na praia¹⁰.

Outro caso curioso foi julgado pelo TJRJ, em 2022, envolvendo duas pessoas notórias. O jornal Extra publicou a seguinte matéria: “ex de Bárbara Evans e Nívea Stelmann é flagrado em jantar romântico com a transex Thalita Zampirolli”¹¹. O requerente argumentou estar em um jantar profissional, dentro de um restaurante, e que, assim, a imprensa teria extrapolado o direito de informar por se tratar de um ato de vida privada, sem relevância pública.

O acórdão concluiu existir “certa relevância na matéria, na medida em que faz parte da curiosidade da população saber o que as pessoas famosas fazem”. Por tal razão, afastou a aplicação da súmula 403 do STJ, defendendo a inexistência de fins lucrativos (nada disse sobre o fato da matéria ter sido veiculada em *site* monetizado por publicidade de acesso)¹².

Não obstante as decisões estejam alinhadas entre si, isso é, seguindo um mesmo vetor interpretativo traçado pelo STJ, ocorre que, na contemporaneidade, esses argumentos estão esfacelando-se diante das atuais formas de ser e estar em sociedade. Diante da tecnologia atual, das redes sociais e da naturalização sociopolítica dos estados de vigilância e de *information warfare* e *cyberwarfare*¹³, os argumentos, fatalmente, passam a ser anacrônicos.

2 OS ANACRONISMOS NA TUTELA DA PRIVACIDADE

Ser anacrônico significa atribuir a uma época lógicas que são de outra época. É isso que, em síntese, vem se praticando diante de questões judiciais acerca da privacidade. Valendo-se de um julgado de 2003 – cujo fato ocorreu em 1994 –, muitas decisões seguem a defasada interpretação da privacidade sob as lógicas do *mero estar só*, da *pessoa pública deve tolerar mais*, da *privacidade pudica* e do *local público, fatos públicos*. No conjunto, são perspectivas que se assentavam muito bem a um cenário cujo principal *nêmesis* da privacidade era a imprensa, mas que, hoje, são desarmônicas com o contexto social, político e jurídico vigente.

Para contextualizar: na data do fato julgado pelo STJ, em 1994, sequer a internet era democratizada no Brasil. Na data do julgado em si, 2003, apontavam os primeiros celulares com câmera. Diga-se que os primeiros celulares com câmera foram comercializados em 2001, custando consideráveis valores (cerca de US\$ 400) que impediam o acesso de muitas pessoas. Eram elitizados e reservados para poucos usuários. Possuíam limitadas câmeras que podiam chegar a 0,3 *megapixels*

¹⁰BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 1022608-89.2017.8.26.0224**. 2020.

¹¹Disponível em: www.extra.globo.com/famosos

¹²BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0287134-54.2015.8.19.0001**. 2022.

¹³KIYUNA, A.; CONYERS, L. **Cyberwarfare Sourcebook**. Lulu.com, 2015, p. 1-3.

de resolução máxima e sua memória permitia o armazenamento de até 20 fotografias.

Em 2019, cerca de 20 anos depois, a realidade é inversa: câmeras com altas resoluções (e possibilidade de grande *zoom*) são itens praticamente obrigatórios em celulares; o armazenamento não é mais um problema (cartões SD e armazenamento na nuvem resolvem esse drama); e os valores – assim como as formas de acesso ao crédito – passam a tocar o público em geral. Mas, salvo melhor juízo, segue-se analisando o direito à privacidade nos mesmos moldes de outrora, como se hábitos, cultura e acesso à tecnologia fossem os mesmos. De modo juridicamente conservador, dá-se vida às palavras de Belchior: “ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais”, restando-se em desarmonia com o contexto social, político e jurídico.

Juridicamente, a noção de privacidade vai além do seu perfil clássico entendido como o *direito de ficar só*, de não ser importunado. Hoje, privacidade é melhor trabalhada como o poder de autodeterminação informativa, isso é, “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”¹⁴. Contemporaneamente, o direito à privacidade protege uma esfera pessoal e não uma conexão com a casa, protege pessoas e não lugares¹⁵.

Não sem motivo, surgem as legislações de proteção de dados pessoais, aprofundando e aprimorando a tutela da privacidade. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei. 13.709/18), tendo também como princípios o respeito da privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, dedica-se a regular as operações de tratamento de dados pessoais. Reconhece, assim, o cenário contemporâneo como de uma sociedade vigiada e controlada por dados (muito mais do que pela força física ou pela ameaça): uma força invisível, diferida, constante e avassaladora.

Nesse sentido, a conclusão de Caitlin Mulholland¹⁶ é certa: a importância da privacidade no tempo presente é não apenas ficar só sem ser importunado ou proteger a própria intimidade, mas, também, a capacidade de autodeterminação informativa e de defesa a não-discriminação como pautas jusfundamentais da liberdade e da igualdade, respectivamente. Isso porque os desafios em torno da privacidade, hoje, são causados pela assimetria de poderes advinda da vulnerabilidade dos titulares de dados diante dos tratadores de dados.

Entretanto, a LGPD, no Brasil, não se aplica aos casos de uso exclusivamente particulares e não econômicos, para fins jornalísticos e artísticos, para atividades de investigação e repressão de infrações penais, dentre outros (artigo 4º). Logo, grandes potenciais violadores da privacidade ficam imunes à legislação em comento, estando, contudo, submetidos aos critérios tradicionais da

¹⁴RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

¹⁵ETZIONI, Amitai. **Privacy in a cyber age**: policy and practice. New York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 61.

¹⁶MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, 2018, p. 177.

Constituição e do Código Civil¹⁷.

De qualquer modo, seguindo a linha de gestão informacional, no ciberespaço, especificamente, Paul Bernal¹⁸ e Valéria Ribas do Nascimento¹⁹ entendem que o direito à privacidade é composto por quatro bases: navegar com privacidade; monitorar quem monitora; apagar dados pessoais; e proteger a identidade *on-line*.

Essa tendência de gestão informacional tem dois méritos: (a) congregar as lógicas americana e europeia de tutela da privacidade; e, conseqüentemente, (b) unificar diversas denominações sob o espectro da privacidade. Termos como intimidade, falsa luz, liberdade de escolha, invasão à propriedade, dentre outros, ficam todos reunidos e representados, *grosso modo*, pela privacidade – sem prejuízo de suas características peculiares²⁰.

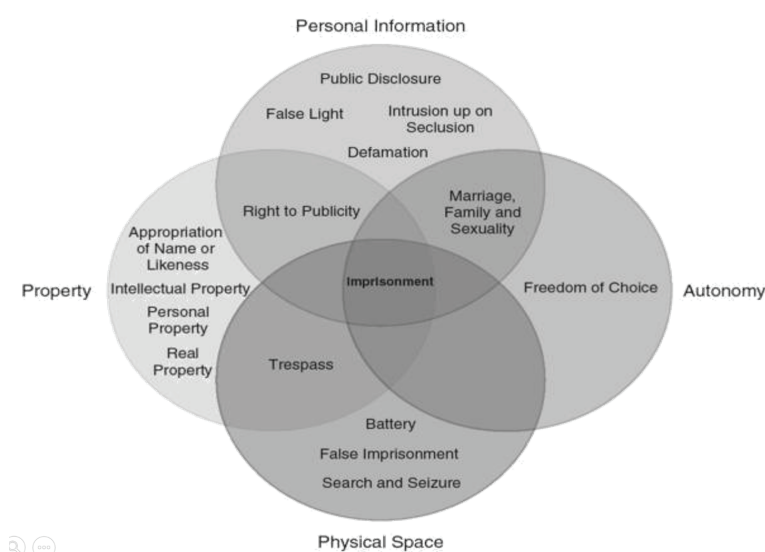


Figura 1 - As quatro esferas da privacidade (MILLS, 2008).

Rodotà²¹ desvelou essa nova forma de interpretar a privacidade apontando três movimentos: primeiro, a ampliação da ideia de privacidade com o acolhimento da tutela sobre a proteção de dados pessoais. Segundo, a redefinição (enriquecimento) substancial de privacidade com a revisão da dicotomia público e privado para algo mais complexo, em que transitam espaços sociais e informações pessoais. Terceiro, o deslocamento do núcleo *privado* para o núcleo *pessoal*, de modo que as informações não são analisadas em primeiro momento como públicas ou privadas, mas sim como pessoais ou não pessoais. Diante disso, concluiu Rodotà²² pela existência de quatro deslocamentos na interpretação do direito à privacidade: 1) do direito a ser deixado só ao direito de manter controle

¹⁷TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:** comentada artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 36.

¹⁸BERNAL, Paul. **Internet privacy rights:** rights to protect autonomy. Cambridge: Cambridge University, 2014, p. 50.

¹⁹NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, 2017, p. 279.

²⁰NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, 2017, p. 275.

²¹RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93.

²²RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97-98.

sobre as informações pessoais; 2) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa; 3) do direito de estar só à não-discriminação; e, 4) do sigilo ao controle.

Socialmente, o impacto é um gradual deslocamento de uma sociedade disciplinar²³ para uma sociedade de controle²⁴. Abrem-se inúmeros espaços de socialidade, muitos típicos da sociedade de consumo e do espetáculo²⁵, nos quais não apenas há constante vigilância e visibilidade, como também estas são toleradas e, não raro, desejadas. Convivem, como faces da mesma moeda, lógicas de vigilância e visibilidade.

A vigilância congrega três tipos simultâneos de existir: o *panóptico*²⁶, no qual o Grande Irmão vigia a todos; o *sinóptico*, em que muitos vigiam poucos – como em um *Big Brother*²⁷; e o *palinóptico*, ou seja, “um modelo reticular e distribuído onde muitos vigiam muitos ou onde muitos veem e são vistos de variadas formas”²⁸. Portanto, o que se vive, hoje, não é apenas a vigia do Grande Irmão, pois também o fazem inúmeros *pequenos irmãos travessos*, os quais, todos em sociedade, portam em seus corpos, bolsos e mochilas na era pós-PC: *smartphones*, *smartwatches* e outros dispositivos assemelhados²⁹. A título de efeitos, em termos de vigilância, todos estão vigiando todos constantemente, sendo a maior prova disso a quantidade de vídeos amadores na internet, relatando diversas situações, bem como imagens, áudios e *prints* de conversas circulando por onde não deveriam.

Por outro lado, quanto à visibilidade, dois contextos uniram-se: as chamadas tiranias da intimidade e da visibilidade. Antes falava-se apenas em uma “tirania da intimidade”³⁰, isso é, um *dever de privacidade*: um conjunto de regras, interpretações e boas práticas que afirmavam que a privacidade deveria ser pudica e fruída no recôndito. Nesse contexto, a personalidade individual desenvolvia-se com base em uma visão intimista das relações sociais. Viu-se o declínio da esfera e da vida pública-política e a ascensão de uma esfera privada-pessoalizada, menos *politizada* e mais *psicologizada*. Hoje, entretanto, fala-se em uma “tirania da visibilidade”³¹, a qual impõe um *dever de visibilidade*: para não correr o risco de não existir é preciso estar sempre visível e, se possível, transparente. Vive-se ainda a tirania da intimidade, mas uma intimidade que é agora colocada em um local visível e social.

Politicamente, explodem tensões, conflitos e confrontos em torno de questões identitárias que se valem de uma miríade de ferramentais tecnológicos e que têm como campo de batalha não apenas o *mundo físico*, como também o espaço virtual. Essas tensões transitam em duas vias

²³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 162.

²⁴DELLEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Perbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 209-211.

²⁵DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 14.

²⁶BENTHAM, Jeremy. **The Panopticon Writings**. London: Verson, 1995, p. 30.

²⁷MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'panopticon' revisited. In: **Theoretical Criminology**, May, 1997, v. 1, n. 2, p. 215-234.

²⁸BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser**: vigilância, tecnologia e subjetividade. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 47.

²⁹KEEN, Andrew. **Vertigem digital**: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 56.

³⁰SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 483-483.

³¹SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 105.

paralelas (às vezes sobrepostas): uma pessoal e outra, social. Trata-se daquilo que Foucault³² já afirmou: “devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente enquanto identidades, mas enquanto força criativa”. Essas batalhas, então, marcam formas simbólicas e fáticas de dizer *eu estou aqui e assim sou* perante si mesmo, como forma de emancipação pessoal, e perante terceiros, como modo de empoderamento social³³. Há crescente consciência de que “não se tem identidade, mas se é identidade”³⁴.

Sobre os ferramentais, a visibilidade, ou melhor, as táticas de visibilidade são elementos destacados nesse campo de tensões, isso é: vejo e sou visto, logo existo³⁵. Visibilidade como forma de marcar, defender e lutar um lugar identitário a ser considerado. Em primeiro momento, algo mais crucial, como o *direito de ser visto* ou *direito de aparecer*³⁶ traçado por Butler³⁷; mas, na sequência, também algo menos peremptório como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público ou ‘estigmatização social’, em um quadro caracterizado justamente pela ‘liberdade das escolhas existenciais’³⁸. As táticas de visibilidade identitária aprecem desde atividades mais intimistas – atos de extimidade (um afeto à(o) companheira(o) em espaço público, um bronzear de *topless* na praia, uma foto no Instagram, um desabafo no Facebook ou Twitter) – até questões mais complexas e públicas (um protesto, uma exposição de arte chocante, adesão a movimentos sociais, tatuagens simbólicas).

Por seu turno, o campo de batalha também é diferenciado de outrora, pois resta ampliado em dois sentidos: (a) agregado pelo contexto virtual; (b) agregado pelo social. Primeiro, tem-se o fato de que é uma falácia falar-se em *mundo real* e *mundo virtual*. Em verdade há *físico e virtual*, não sendo uma oposição (real x virtual – o virtual é real), mas sim uma complementação entre o físico e o virtual: o virtual como segmento do físico³⁹⁻⁴⁰. Justamente por isso que os preceitos éticos de conduta, bem como inúmeras questões legais, são os mesmos em ambos os cenários⁴¹: o que é inadequado num, continua sendo inadequado noutro. Isso afasta em definitivo a ideia de que os locais virtuais, notadamente a internet, são terras sem lei.

³²FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. In: **Verve**, 5, p. 260-277, 2004, p. 262.

³³Respeitar a diferença não pode significar ‘deixar que o outro seja como eu sou’ ou ‘deixar que o outro seja diferente de mim tal como eu sou diferente (do outro)’, mas deixar que o outro seja como eu *não sou*, deixar que ele seja esse outro que *não pode* ser eu, que eu não posso ser, que não pode ser um (outro) eu; significa deixar que o outro seja diferente, deixar ser uma diferença que não seja, em absoluto, diferença entre duas identidades, mas diferença *da* identidade, deixar ser uma outridade que não é outro ‘relativamente a mim’ ou ‘relativamente ao mesmo’, mas que é absolutamente diferente, sem relação alguma com a identidade ou com a mesmidade” (PARDO, José Luis. El sujeto inevitable. In: CRUZ, Manuel (org.). **Tiempo de subjetividad**. Barcelona, Paidós, 1996, p. 154).

³⁴SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 220.

³⁵TISSERON, Serge. Intimité et extimité. In: **Communications**, 88 (Cultures du numérique [Número dirigé par Antonio A. Casillij]), 2011, p. 84.

³⁶Se trata de uma proposta de visibilidade individual ou coletiva, em espaços físicos e/ou virtuais, de grupos vulneráveis em face da invisibilidade e opressões operacionalizadas contra si pelo modelo estabelecido e não raro defendido como a vontade da maioria.

³⁷BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018, p. 27-30.

³⁸RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93.

³⁹LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010, p. 50-51.

⁴⁰Com a “cotidianização” da tecnologia, esse estranhamento (essa falácia) irá desaparecer, pois o estranho é somente algo familiar visto de uma perspectiva diferente do habitual. O digital e o virtual tornam-se gradativamente usuais, e acabarão inviabilizando-se no dia adia. Hoje, por exemplo, ninguém fala que um *ebook*, *cyberbullying* ou um *webnamoro* é irreal.

⁴¹DIAS, Felipe da Veiga. **O direito à informação na infância online**. Curitiba: Prismas, 2016, p. 155.

Segundo, vê-se que a dicotomia público-privado é atualmente insuficiente diante do reconhecimento de espaços sociais (de socialidade). Estes ambientes surgem e são estimulados constantemente, sendo ambiente de interação que não são, necessariamente, públicos nem privados. O social, assim, reúne e mescla elementos do público e do privado. Na internet isso fica muito claro: não à toa Instagram, Facebook, Twitter e outros assemelhados chamam-se *redes sociais* e não *redes públicas* ou *redes privadas*.

Isso não significa o desaparecimento do público e do privado, mas apenas que, nos ambientes sociais, não se deve, taxativamente, tratar as informações como públicas. No campo social, o público e o privado foram diluídos, formando um jogo de luz e sombras, um degradê em que os extremos são a alta visibilidade e a baixa visibilidade, e o meio é uma miríade de interações sociais. Essa perspectiva evoca a ideia de continuidade. Público e privado interpenetram-se para mais ou para menos, se completam e não se excluem⁴². É nesse ponto que a privacidade ganha novas cores: a intimidade que é visível no social não é necessariamente pública nem privada, ela é *êxtimo* – daí porque se falar em direito à *extimidade*⁴³. Uma fotografia pessoal postada no Facebook, por exemplo, a depender do contexto, pode ser considerada uma imagem pública, uma imagem privada ou uma imagem *êxtima*, exigindo-se, assim, que a própria teoria dos direitos da personalidade atualize-se, a fim de considerar ambientes de socialidade.

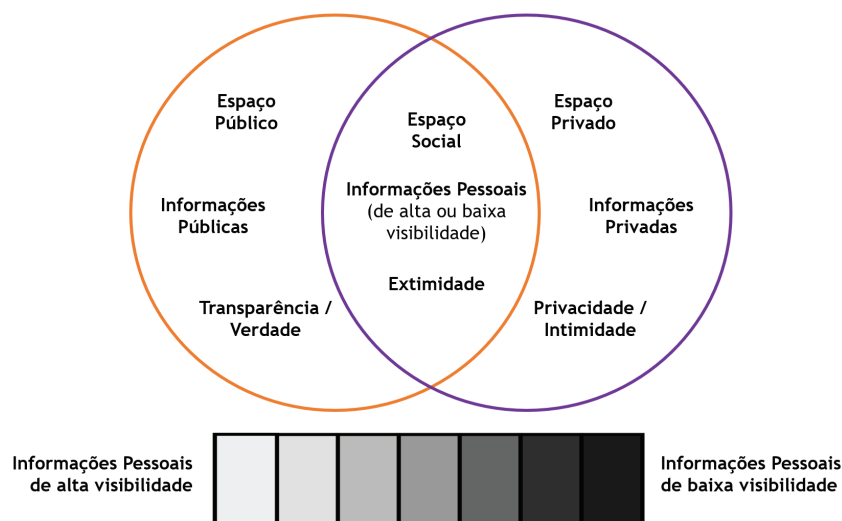


Figura 2 - Espaços de socialidade e informações pessoais de alta ou baixa visibilidade

Portanto, diante de um direito à privacidade repaginado (gestão de dados pessoais), de um cenário palinóptico marcado por vigilância e visibilidade constantes e de um contexto de tensões identitárias que exigem serem vistas para serem reconhecidas e respeitadas, vale questionar-se até que ponto é adequado seguir apostando-se em premissas de tutela e de responsabilização, traçadas em 2003 – fundadas em um cenário de 1994. Parece que, como diz o adágio: *para vinhos novos, odres novos*.

⁴²CARDON, Dominique. **A democracia internet**: promessas e limites. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 48-49.

⁴³BOLESINA, Iuri. **O direito à extimidade**: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 237.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À EXTIMIDADE EM REDES SOCIAIS

A utilização de dados da privacidade, surgidos de direitos da personalidade, coletados e usufruídos por terceiros graças à exposição voluntária pelo titular, pode gerar responsabilização civil perante um possível direito à extimidade⁴⁴?

Por direito à extimidade, sugere-se a faculdade que se tem de usufruir, propositivamente, de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando à emancipação e/ou ao empoderamento⁴⁵. Em termos práticos é o poder de controlar essas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas. Agora, aquilo da intimidade que se mostra nas redes sociais não é mais íntimo, mas também não é público: é êtimo. No dizer de Sibilia⁴⁶: *"la vieja intimidad se transformó en otra cosa. Y ahora está a la vista de todos"*.

Essa noção reconhece que, sem prejuízo da tendência unificadora de vários direitos sob o gênero privacidade, algumas informações são mais sensíveis e profundas em termos identitários, fazendo parte da intimidade pessoal (questões de afeto e sexualidade, preferências religiosas, filosóficas, políticas, relações de saúde pessoal, dentre outras). Muitas delas, aliás, reconhecidas pela LGPD como dados pessoais sensíveis (art. 5º. II). Essas informações devem ser fundadas no *princípio da exclusividade*, de modo que somente seria integrante da intimidade aquilo que pode ser mostrado ou ocultado a partir da exclusiva discricionariedade do titular⁴⁷. Importam apenas ao seu titular e a mais ninguém – a princípio. Tais dados merecem um tratamento especial, mais diligente por parte do judiciário, aceitando-se a lógica "quanto mais – tanto mais"⁴⁸. Assim, quanto *mais* ameaça/violação a questões que orbitam a esfera de exclusividade de disposição informacional de uma pessoa, *tanto mais* devem ser os esforços para evitar/reparar a ameaça/dano.

No mesmo sentido, a ideia proposta faz clara cisão espaço-temporal entre as noções de *publicização voluntária* e *consentimento para reutilização* (algo similar ao consentimento para fotografar ser distinto do consentimento para publicar). O consentimento é o meio pelo qual o titular poderá gerir suas informações. Em suma, não é porque algo foi posto em rede social que isso

⁴⁴Por oportuno, reitera-se a provável inaplicabilidade da LGPD nas hipóteses em comento, em razão das imunidades apontadas no art. 4º da referida lei.

⁴⁵Notem-se as inúmeras situações em que pessoas criam *blogs/vlogs/postagens* para compartilhar sua intimidade e receber *feedbacks* (apoio, críticas, reflexões, comentários em geral) em razão de uma doença que enfrentam, de uma vivência que as ofendeu ou de uma situação presente a que visam transformar. Em muitos desses casos, aquele que manifesta está buscando (auto)aceitação, (auto)reconhecimento, empoderamento ou realização pessoal, a fim de transformar sua realidade. Aquele que enfrenta a depressão e intenta melhorar suas condições; aquele que foi ofendido por ser ateu e mira defender sua interpretação; aquele que busca afirmar-se/aceitar-se enquanto homossexual, e tantos outros exemplos. Em todos e em qualquer dos casos, vê-se alguém extimizando, ou seja, expondo sua intimidade, recebendo resposta e realimentando, enriquecendo, sua intimidade.

⁴⁶SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 93.

⁴⁷Note-se que, em sentido oposto, em termos gerais de privacidade, nem sempre é possível a fruição dessa discricionariedade já que há dados privados que são pertinentes para a vida em sociedade e para a gestão do Estado.

⁴⁸BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea**. 2009. Disponível em: www.advocaciabarreto.com.br. Acesso em: 1º mai. 2015, p. 21.

é automaticamente público e de utilização tacitamente consentida perante terceiros (daí o porquê seja ingênuo falar que a pessoa assume o risco, pois estar-se-ia culpabilizando a vítima).

Logo, o consentimento ganha uma função social (que o vincula ao livre exercício e desenvolvimento da personalidade) ao lado da clássica função jurídica (de servir como selo do negócio jurídico)⁴⁹. A validade do consentimento depende, essencialmente, dele ser emitido de modo amplamente consciente, livre, informado, especificado e inequívoco.

Tradicionalmente, o Judiciário tem tutelado atos de intimidade (de direitos da personalidade), por meio de tutelas inibitórias, cessando a lesão ou impedindo a ameaça de lesão (artigo 12, Código Civil). Isso não significa, obrigatoriamente, que a mesma situação contasse com resolução positiva em termos de responsabilização civil. Bom exemplo é o famoso caso *Cicarelli*, no qual a modelo e seu então namorado ajuizaram apenas Ação Inibitória, evitando eventual derrota em ação reparatória⁵⁰. Aqui, a questão, então, perpassaria pelas comprovações do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade, para além do debate sobre a *probabilidade* de direito da tutela inibitória contra o ilícito (artigo 497, parágrafo único, Código de Processo Civil).

Em termos de responsabilidade civil a questão pode cindir-se em: (a) a de pessoas comuns; (b) a do jornalista, enquanto profissional liberal; e (c) da empresa de comunicação, enquanto fornecedora de serviços, que responde objetivamente (independente de culpa e mesmo de ilicitude).

Quanto a pessoas comuns e quanto ao jornalista, a vítima deve demonstrar que o ofensor cometeu um ato ilícito (artigos 186 ou 187, do Código Civil), agiu com culpa (dolo ou culpa estrita), causou dano e que há nexo de causalidade entre a conduta e o dano. No caso do jornalista, ademais, sua profissão lhe exige o dever ético de verdade, vedando-se a disseminação de fatos inverídicos. Por seu turno, quanto à empresa, a vítima deve demonstrar a relação de consumo (*bystander*, no caso) para aplicar o CDC ou que a empresa exerce sua atividade com habitualidade e que esta implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Além disso, deve-se comprovar o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o dano e a atividade.

Veja-se a projeção de cada um dos itens:

O **ato ilícito**: reside na divulgação não consentida de dado íntimo (extimizado) da vítima, isso é, de dado da sua intimidade que fora levado ao social de modo voluntário e com intuito de emancipação

⁴⁹DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

⁵⁰Lembrando que, ao casar, foi reconhecida *astreint* em desfavor da Google, no valor de R\$ 250 mil para cada, em razão do atendimento intempestivo do comando judicial.

ou empoderamento (e não de mero narcisismo⁵¹). No caso da imprensa, pode somar-se a questão da irrelevância pública do noticiado. A **culpa**: aparece no desvio do padrão de conduta diligente e esperado, aqui consubstanciado na intenção de divulgar sem consentimento ou na publicação não-consentida de modo imprudente, imperito ou negligente. O **dano**: é de natureza *in re ipsa*, causado pela própria violação do direito da personalidade, por meio da divulgação não-consentida. O **nexo causal**: evidencia-se no exato momento em que se percebe que o dano somente ocorreu por causa direta e imediata que foi a divulgação não-consentida. Logo, não se pode falar em fato exclusivo da vítima. Por fim, no caso da empresa jornalística, a aplicação do CDC ocorre com vistas ao artigo 17, que trata do *bystander*, ou consumidor equiparado diante do acidente de consumo. Na mesma linha, poderá trilhar a questão do **risco da atividade habitual**: constata-se ao demonstrar-se que a empresa pratica comunicação de modo habitual. Como se sabe, comunicação de massa pode, a qualquer deslize, gerar abusos de expressão e danos a terceiros.

O reconhecimento da responsabilização civil por violação do direito à intimidade é caminho que ainda está por ser trilhado e lapidado. Não obstante, indícios da sua possibilidade começam a aparecer nos tribunais, como no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2018, na Apelação Cível n. 024293-40.2016.8.26.0007. No caso, a ex-participante do Big Brother Brasil 5, Aline, em 2016, ajuizou demanda em face de empresas de comunicação como Zero Hora e Globo (dentre outras). Em suma, a autora relatou que as empresas realizaram uma série de reportagens, sem o seu consentimento, sobre sua atual vida privada (11 anos depois do BBB que participou), nas quais lhe colocaram em situação vexatória e valendo-se de fotografias suas no Facebook. Vale destacar o contexto das matérias: quando participou do BBB, Aline ficou conhecida como “Aline X-9”, devido às intrigas que causava. Em razão disso, tornou-se *persona non grata* e foi eliminada com históricos 95% de rejeição.

Em decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, reconheceu que, muito embora o direito à privacidade não seja absoluto e as pessoas notórias (celebridades, pessoas públicas) sofram, juridicamente, certas ressalvas na tutela desse direito, também o direito à imprensa não é irrestrito. No

⁵¹Mas para saber quem somos é preciso começar por se descobrir. Em francês, o duplo sentido desse verbo é incrível. É, ao mesmo tempo, “se colocar nu diante dos outros” e “alcançar o conhecimento de si mesmo”. Essas duas atitudes correspondem ao que chamei de “desejo de intimidade”, que nada mais é do que tornar públicas as partes íntimas de si mesmo, para serem reconhecidas e validadas por aqueles com quem se convive. Esse desejo, está, às vezes, relacionado à influência dos *reality shows*. Isso é um erro. O desejo não esperou as novas tecnologias para existir, mas há muito tempo foi mascarado pelas convenções familiares: a expressão da intimidade de cada um estava reservada aos diálogos de alcova ou às práticas no quarto de dormir. Diversas vezes, o desejo de intimidade é confundido com exibicionismo. Aqui também é um erro. O exibicionismo toma cuidado em mostrar somente dele os aspectos capazes de seduzir ou fascinar, enquanto que aquele que coloca na internet uma parte de si, cujo valor público ainda não tenha sido aprovado, sempre corre riscos. O exibicionismo é uma espécie de ator charlatão e repetitivo, enquanto o internauta é um experimentador de si mesmo. Com efeito, é o reconhecimento do direito à intimidade que encorajou a expressão do desejo de intimidade. Pois a intimidade de cada um, tanto psíquica, quanto física, torna-se rapidamente entediante, se tal pessoa for a única a aproveitá-la. [...] Em resumo, sem a possibilidade de uma intimidade reconhecida, o desejo de intimidade não viria à consciência, enquanto que, sem o sal da intimidade, a intimidade se tornaria rapidamente cansativa. [...] O direito reconhecido a intimidade subverte e participa também da individualização da mesma maneira que o direito à intimidade. O século XX viu o reconhecimento de um [da intimidade], e o século XXI dará um lugar crescente ao outro [da intimidade]. Ainda mais que as novas tecnologias dão ao desejo um espaço praticamente infinito onde se manifestar. Na internet, o íntimo e o que é exposto se impõem claramente para ser cara e coroa de uma mesma moeda [...] (TISSERON, Serge. **Virtuel, mon amour**: penser, aimer, souffrir à l'ère des nouvelles technologies. Paris: Albin Michel, 2008, p. 39-40).

caso, fatos que não digam respeito ao interesse público, ou que invadam informações da intimidade alheia, ficam desamparados da imunidade jurídica da liberdade de imprensa. Ao lado, afirmou-se que, mesmo a configuração de perfil público das redes sociais não autoriza, só por isso, a livre reprodução do conteúdo veiculado pelo seu titular. Disse-se que a autora:

teve fotografias atuais reproduzidas sem autorização, extraídas de seu Facebook, sofrendo ofensa a sua autoestima, uma vez que a matéria não tinha interesse jornalístico atual, e não poderia ser divulgada sem autorização [...] Saliente-se que o livre acesso às páginas do Facebook não autoriza a livre reprodução de fotografias, por resguardo tanto do direito de imagem, quanto do direito autoral⁵².

Determinou-se a reparação civil da vítima no valor de R\$ 20 mil. Por oportuno, anota-se que o voto dissidente argumentou que as publicações apenas narraram fatos, não sendo ofensivas ou depreciativas. Justificou que informação é justamente a função da imprensa, de modo que elas agiram dentro de seus direitos, sem qualquer abuso. O voto divergente, contudo, não entrou no mérito da utilização não consentida dos direitos da personalidade da autora

4 REVISANDO O CHECKLIST DE DEFESAS EM CASO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE

A par de tudo que foi dito, cabe somar um último ponto e revisar o *checklist de defesas em caso de violação à privacidade*, a fim de justificar eventual demanda, defesa ou condenação reparatória por lesão ao direito à intimidade:

ausência de direitos absolutos;

De fato, não existem direitos absolutos. As decisões, porém, devem ter a diligência de não sucumbir aos predadores externos e internos do Direito, por meio da discricionariedade judicial. Do contrário, os argumentos e as decisões serão exaradas com base em elementos exclusivamente econômicos ou moralistas (dentre outros).

interesse público na publicação da informação de fato verdadeiro ou notório;

Inicialmente, deve-se separar o que é *interesse público* do que é *interesse do público*⁵³. A mera curiosidade da população, os fins voltados para fofoca ou amenidades não têm condão de justificar o interesse público.

Esse interesse público, aliás, deve ser lido sob um viés estrito, já que, de certo modo, sua

⁵²BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 1024293-40.2016.8.26.0007**. 2018.

⁵³LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 7, v. 27, 2006, p. 211-219.

leitura, de modo amplo, implica que sempre que houver uma violação de direito, notadamente os fundamentais, será do interesse público que tal questão seja tutelada⁵⁴. Em outros termos, o interesse público de modo amplo resumir-se-ia na realização/proteção dos direitos fundamentais, abrangendo uma infinidade de questões que fariam com que cada situação, direta ou indiretamente, fosse do interesse público⁵⁵. Em razão disso, o interesse público deve ser estrito, ou seja, pontual e demonstrado (não presumido).

Ademais, realiza-se a ressalva da questão da atualidade do interesse público e da informação. Como visto há muito, desde o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 35), a atualidade do interesse público é importante elemento de sopesamento perante eventual colisão com outros direitos.

pessoas notórias (públicas e/ou famosas) têm sua privacidade diminuída;

Desde o julgamento do Caso Von Hannover (Princesa Caroline de Mônaco) vs. Alemanha, pelo Tribunal Europeu de Direitos humanos (n. 59320/00)⁵⁶, sabe-se que pessoas *notórias* merecem ter resguardada sua intimidade, tanto quanto as pessoas *comuns*. Como disse a Corte Europeia de Direitos Humanos: *"there is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of 'private life'"*.

Pensar diferente autoriza violações à intimidade dos famosos tão somente por essa notoriedade diferenciada. Quiçá, justamente por ser notório mereça mais proteção, e não menos, quando diante de atos pessoais, evitando as nefastas práticas de *exposed* ou cancelamento, tão comuns nas redes sociais.

Não sendo assim, um artista, por exemplo, teria sua privacidade tratada de modo similar quando estivesse no cinema com seus amigos ou quando for ao supermercado comprar seu café da manhã, da mesma forma do que quando estivesse inaugurando um teatro ou promovendo sua grife num shopping. Tal linha fragiliza a proteção aos momentos de privacidade em espaços de socialidade, como em um jantar no restaurante.

⁵⁴BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. VII-XVIII, 2010, p. XV.

⁵⁶O objeto de celeuma processual era o fato da Princesa Caroline de Mônaco ter sido fotografada em momento de fruição da sua privacidade em ambientes públicos (brincando com os filhos na praia, andando de bicicleta, jantando com um amigo) e postular – em face das revistas e jornais que publicaram as imagens e o do Estado Alemão que, originariamente, não acolheu seus pedidos – o reconhecimento da violação à sua privacidade. Na corte europeia, a postulante teve êxito na sua demanda e, no julgamento, a corte expressamente sustentou: *"there is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of 'private life'"*, aduzindo, destarte, que a tutela da vida privada não é condicionada à pessoa (celebridade ou comum), tampouco ao ambiente (público ou privado), uma vez que esses seriam elementos do cenário; o determinante seria a essência da atividade realizada pela pessoa diante de uma percepção objetiva dos fatos – "legítima expectativa objetiva à vida privada". A decisão representou uma verdadeira ruptura, especialmente por quebrar o binômio "pessoa notória – local público" que alijava as pessoas (notadamente, as celebridades) da tutela da privacidade em ambientes sociais (LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, ano 7, v. 27, p. 211-219, 2006).

imagens, som ou texto captados em espaço público (físico ou virtual);

O debate não deve transitar sobre se o local é público ou privado. Antes, deve se justificar o contexto: é público, social ou privado? Um comício político certamente é público, mas a festa da eleição no comitê do partido é algo social, ao passo que a comemoração do eleito com sua família, em casa, é particular. Como reiterado: existem atos pessoais e/ou privados que acontecem em espaços de socialidade.

Condutas de extimidade (intimidades em ambientes de socialidade) não podem ser interpretadas automaticamente como fatos públicos. Elas precisam ser contextualizadas, a fim de se verificar se o titular desejava, ou não, as tornar públicas ou se apenas *jogava* com elas no espaço social. Ao lado disso, deve-se buscar interpretar se o ato é mero narcisismo ou, de fato, busca alguma forma de emancipação ou empoderamento.

Destaca-se, ademais, que fatos captados em espaços de socialidade, ainda que eventualmente várias pessoas presenciem a cena, tenderiam a ficar restritos àquele contexto. A publicação não consentida potencializa o conhecimento do fato, levando-o para um número indizível de outras pessoas. Algo ocorrido em uma modesta localidade, onde trejeitos peculiares de duas pessoas que são filmadas clandestinamente, quando divulgado em redes sociais pode alcançar o mundo.

fato exclusivo da vítima (que fruiu indevidamente dos seus direitos);

Com o perdão da redundância: o fato exclusivo da vítima somente ocorre quando a vítima, exclusivamente, por si e suas próprias forças, dá causa ao dano sofrido. Quando alguém publica algo em suas redes sociais e, posteriormente, algum terceiro se apropria disso e replica em outros meios não se tem fato exclusivo da vítima.

O nexos causal é bastante claro: o dano adveio direta e necessariamente da conduta do terceiro (teoria da causalidade direta e imediata). Quando se manejam as teorias jurídicas para culpabilizar a vítima por fatos de terceiro (muitas vezes, de modo moralista e conservador), o que se faz é equivalente a culpar o carteiro pelas notícias ruins das cartas que ele entrega.

Ademais, alegar fato exclusivo da vítima para julgar as vestimentas alheias, seu comportamento mais ou menos efusivo, suas falas disruptivas do conservador, dentre outros, pode configurar verdadeiro ato de violência estrutural de gênero, de raça-etnia, de classe ou de cultura. texto elogioso (que não causa dano);

O texto elogioso, em si, de fato, não gera danos. Entretanto, deve-se estar atento aos danos pelo uso não consentido de direitos da personalidade obtidos via atos de extimidade da vítima. Do contrário, significaria dizer que, estando uma imagem, a voz ou a escrita em qualquer local da internet, ela poderia ser usada, pois já está pública. Logo, o dano não está no texto, mas no uso de

elementos da personalidade da vítima de modo não-consentido para além das hipóteses permitidas em lei (artigo 20, CC).

desnecessidade de autorização prévia para exercício da expressão ou imprensa;

Efetivamente não há necessidade de autorização prévia para o exercício da expressão ou da imprensa. Isso, porém, não gera salvo conduto para eventuais abusos de direito (art. 187, CC) cometidos por meio desses direitos.

inexistência de finalidade econômica ou comercial direta (súmula 403, STJ);

A súmula 403, do STJ, anota que: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Nesse sentido, independe saber se a finalidade econômica ou comercial é direta, expressa ou ostensiva. Estando o direito da personalidade veiculado, sem consentimento, em produto ou serviço de terceiro, tem-se que ele ali está porque, potencialmente, pode render benefícios econômicos ou comerciais de modo direto ou indireto.

Daí porque a regra também se aplique a *sites* de acesso gratuito que, porém, obtém remuneração por meio da publicidade, do número de cliques ou do próprio acesso. Uma publicação em si não gera rendimentos, os quais, nesses casos, são obtidos a partir do chamariz da notícia e da publicidade oblíqua a ela.

ausência de violação aos direitos personalíssimos;

A utilização de dados da privacidade, surgidos de atos de extimidade, pode violar direitos da personalidade, sempre que ficar verificado o não consentimento no uso, a ausência do interesse público, a irrelevância ou antiguidade da informação, dentre outras possibilidades de abuso de direito.

Deve-se evitar sobrepor a lesão a direito personalíssimo com a quantificação do dano. São momentos distintos: a reprodução não consentida de uma foto da vítima postada no Facebook, por exemplo, é uma violação de direito personalíssimo, é um dano. Tal dano pode gerar mais ou menos reparação, a depender da sua quantificação.

Como já disse o STJ: “em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não”⁵⁷.

j) vedação de censura.

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 230.268-SP**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicado em DJ: 4/8/2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 26 out. 2019.

A censura deve ser rechaçada, pois não se coaduna com Estados Democráticos de Direito. Mas não há conexão direta e imediata entre censura e condenação reparatória por abuso de direito. Se é livre para comunicar o que bem entender, mas, em caso de abuso, isso pode gerar o dever de reparar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à privacidade é, atualmente, um dos direitos mais diluídos e transversalizados na convivência em sociedades marcadas pela tecnologia e pelo trânsito incessante de dados e informações. Isso significa que a sua proteção alcança diversos âmbitos, como integridade física, dados pessoais, autonomia e propriedade privada e, justamente por isso, proporcionalmente, também são múltiplas as possibilidades da sua violação.

Esse direito passou por profunda ampliação de sentido, desde a sua origem, deveras motivada pelo contexto contemporâneo. Em suma, já não se trata apenas da faculdade de estar só e não ser importunado, mas, também, muito especialmente, do poder de gestão de dados pessoais, para fins de autodeterminação informativa e não-discriminação.

No Brasil, tal direito é tutelado pela Constituição e outras leis, dentre as quais o Código Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados. Entretanto, a LGPD não se aplica aos casos de uso exclusivamente particulares e não econômicos, para fins jornalísticos e artísticos, para atividades de investigação e repressão de infrações penais, dentre outros (artigo 4º). Logo, grandes potenciais violadores da privacidade ficam imunes à legislação em comento, estando, contudo, submetidos aos critérios tradicionais.

Sobretudo no ciberespaço, a privacidade ganha uma perspectiva ativa, consistente em um conjunto de poderes perante terceiros e visando a uma navegação segura cujo histórico não implique em discriminações. Nesse contexto, também ocorre uma série de influxos sociais e políticos. Socialmente, tem-se um gradual deslocamento de uma sociedade disciplinar para uma sociedade de controle, temperada por questões de consumo e espetáculo. Estimulam-se lógicas simultâneas de vigilância e visibilidade reticuladas, que acabam formando sístole e diástole da convivência em espaços de socialidade – que mesclam o público e o privado.

Politicamente, aparecem tensões em torno de questões identitárias que, na internet, se valem de uma miríade de ferramentais tecnológicos. Tais tensões são contendidas multifacetadas de identidades (pessoais ou grupais) que marcam formas simbólicas e fáticas de dizer *eu estou aqui e assim sou* como forma de emancipação ou modo de empoderamento social. A visibilidade passa a ser uma tática habitual, isto é, vejo e sou visto, logo existo, por meio da qual se disputa e, eventualmente, ocupa-se um espaço no campo do exercício do poder (considerando inexistirem vácuos nesse campo).

Portanto, não é surpresa que as práticas de extimidade, ou seja, de exposição voluntária de fragmentos da própria intimidade em espaços de socialidade, seja um comportamento generalizado. Não à toa, então, passa a ser coerente falar-se em um direito à extimidade como a faculdade que se tem de usufruir propositivamente de informações da própria intimidade em ambientes de

sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando à emancipação e/ou ao empoderamento. Em termos práticos, é o poder de controlar essas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas.

Se as linhas acima fazem sentido quando agregadas, então, é forçoso reconhecer que a violação desse direito à intimidade possa, eventualmente, gerar responsabilidade civil, seja de cunho subjetivo ou objetivo, a depender do ofensor. Isso, entretanto, perpassa pela revisão de dogmas assentados na jurisprudência pátria, tais como (a) o binômio pessoa notória - local público; (b) a premissa de que espaços de socialidade são equivalentes a espaços públicos; (c) e a exigência do caráter pudico da fruição da privacidade (e direitos da personalidade), dentre outros. Sem isso, atos de intimidade seguirão desamparados juridicamente, sendo tratados como condutas narcisistas ou autoviolação de direito da personalidade.

Desse modo, a viabilidade jurídica da efetiva responsabilização civil por violação do direito à intimidade impõe, igualmente, a revisão do *checklist de defesas em caso de violação à privacidade*, ressignificando os elementos e as premissas quanto: à ausência de direitos absolutos; ao interesse público na publicação da informação de fato verdadeiro ou notório; à proteção reduzida da privacidade de pessoas notórias (públicas e/ou famosas); à questão de imagens, som ou texto captados em espaço público (físico ou virtual); ao que se considera fato exclusivo da vítima; à inexistência de dano por texto elogioso; à desnecessidade de autorização prévia para exercício da expressão ou imprensa; à inexistência de finalidade econômica ou comercial direta; à ausência de violação aos direitos personalíssimos; à vedação de censura.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea**. 2009. Disponível em: www.advocaciabarreto.com.br. Acesso em: 1º mai. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. VII-XVIII, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **The Panopticon Writings**. London: Verson, 1995.

BERNAL, Paul. **Internet privacy rights: rights to protect autonomy**. Cambridge: Cambridge University, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 119-171, 2010.

BOLESINA, Iuri. **O direito à intimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 438.406 (SC)**. Rel. Min. Luiz Fux. Publicado em DJ: 03/12/2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 595.600/SC**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Publicado em DJ:

13/09/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 230.268-SP**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicado em DJ: 4/08/2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Sentença Cível n. 1.12.0002239-1**. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 7007149750**. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 1022608-89.2017.8.26.0224**. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0287134-54.2015.8.19.0001**. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 0002051-05.2010.8.26.0011**. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 1024293-40.2016.8.26.0007**. 2018.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELLEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Perbart. São Paulo: Editora 34, 1992.

[DIAS, Felipe da Veiga](#). **O direito à informação na infância online**. Curitiba: Prismas, 2016.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ETZIONI, Amitai. **Privacy in a cyber age: policy and practice**. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. *In: Verve*, n. 5, p. 260-277, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

KEEN, Andrew. **Vertigem digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando**. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

KIYUNA, A.; CONYERS, L. **Cyberwarfare Sourcebook**. Lulu.com, 2015.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 7, v. 27, p. 211-219, 2006.

MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'panopticon' revisited. *In: Theoretical Criminology*, May. 1997, v. 1, n. 2, p. 215-234.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018.

[NASCIMENTO, Valeria Ribas do](#). Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação:

transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, 2017, p. 265-288.

PARDO, José Luis. El sujeto inevitable. *In*: CRUZ, Manuel (org.). **Tiempo de subjetividad**. Barcelona, Paidós, 1996, p. 133-154.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: comentada artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.

TISSERON, Serge. Intimité et extimité. *In*: **Communications**, 88 (Cultures du numérique [Numéro dirigé par Antonio A. Casilli]), 2011, p. 83-91.

TISSERON, Serge. **Virtuel, mon amour**: penser, aimer, souffrir à l'ère des nouvelles technologies. Paris: Albin Michel, 2008.

Recebido em: 25/02/2020

Aprovado em: 19/09/2021