



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O DIREITO DE NÃO SABER: UMA LEITURA CIVIL-
CONSTITUCIONALIZADA DO PRINCÍPIO DE
PROTEÇÃO À INTIMIDADE.**

por

Luisa da Cunha Chaer de Moraes Marques.

Orientadora: Thamis Dalsenter.

2013.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O DIREITO DE NÃO SABER: UMA LEITURA CIVIL-CONSTITUCIONALIZADA DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO À INTIMIDADE.

por

Luisa da Cunha Chaer de Moraes Marques.

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Thamís Dalsenter

2013.1

Aos meus pais, com todo o meu amor, respeito e gratidão: Wilson Marques, pela sua verdadeira e inspiradora paixão pelo Direito e sua inquestionável integridade profissional e Vitoria Regina da Cunha Chaer de Moraes Marques (*in memoriam*), pelo seu caráter, carisma, cuidado e determinação.

A minha tia, Claudia Regina da Cunha Chaer Pinto, por todo o carinho, dedicação e, principalmente, pela confiança depositada em meu potencial.

A livre construção da personalidade é fórmula que não implica a definição de uma área reservada às escolhas individuais privada de qualquer relação com a regra jurídica. Implica na verdade um instrumento que torna possível a busca autônoma por uma política de identidade pessoal¹.

Stefano Rodotà

¹ Tradução livre do original: “La libera costruzione della personalità è formula che non implica la definizione di un'area riservata alle scelte individuali priva di ogni rapporto con la regola giuridica. Individua piuttosto uno strumento che rende possibile l'autonomo perseguimento di una politica dell'identità personale”. RODOTÀ, Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, p. 22.

RESUMO.

MARQUES, Luisa da Cunha Chaer de Moraes. *O direito de não saber: uma leitura civil-constitucionalizada do princípio de proteção à intimidade*. Rio de Janeiro, 2013, xxxp. Monografia – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho visa tratar, sem a pretensão de esgotar ou solucionar todas as controvérsias acerca da matéria, da autonomia da vontade de um indivíduo na chamada sociedade de informação. O avanço desenfreado da biotecnologia, dentre outros fatores, fez com que os dados pessoais se tornassem valiosos. Os meios de obtenção e propagação dos mesmos se multiplicaram, exigindo que a dogmática jurídica se aperfeiçoasse com o intuito de garantir a proteção da pessoa humana, em toda a sua abastança e complexidade.

Isto é, tornou-se primordial a evolução do conceito de privacidade, conferindo um maior amparo, doutrinário e jurisprudencial, aos atributos do indivíduo. Propõe-se, neste sentido, uma ampliação dos direitos da personalidade, absolutamente compatível com o progresso do direito civil-constitucional no país. Dadas as enormes transformações pelas quais vem se sujeitando o direito brasileiro, os princípios constitucionais devem se fortalecer, as cláusulas gerais devem despontar e o método ponderativo ser aplicado nos ditos “*hard cases*”.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Civil-Constitucional; Direitos da Personalidade; Paternalismo; Personalismo; Privacidade; Intimidade; Dados Sensíveis; Autodeterminação Informativa; Direito de não saber.

SUMÁRIO.

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. O DIREITO À PRIVACIDADE E SEUS DESAFIOS CONCEITUAIS E INTERPRETATIVOS	10
2.1. CRÍTICAS À INTERPRETAÇÃO PATRIMONIALISTA IMPOSTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	10
2.2. A INSUFICIÊNCIA DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO À PRIVACIDADE	14
3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE: ENTRE O PATERNALISMO E O PERSONALISMO	22
3.1. O PATERNALISMO E SUAS FRAGILIDADES	22
3.2. CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DA PRIVACIDADE DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
4. A PRIVACIDADE COMO AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: O DIREITO DE NÃO SABER	38
4.1. A PRIVACIDADE E O EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO "INFORMAÇÃO-DIVULGAÇÃO"	38
4.2. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ENQUANTO LIBERDADE PARA CONHECER OU DESCONHECER INFORMAÇÕES	43
5. CONCLUSÃO.....	53
6. BIBLIOGRAFIA.....	57

1. INTRODUÇÃO.

Como é sabido, o direito deve evoluir juntamente com a sociedade, sob pena de ser considerado inócuo ou ineficiente. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabeleceu, em seu artigo 1º, III, uma mudança de perspectiva, colocando todo o ordenamento jurídico a serviço da pessoa humana, em detrimento das relações meramente patrimoniais. A inversão de valores foi se solidificando no tempo e no espaço, fazendo com que os chamados direitos da personalidade ocupassem um papel de destaque.

No entanto, existe uma insuficiência tradicional dos institutos de direito civil para tratar destes temas, já que surgiram para tutelar um direito patrimonial por excelência. A possibilidade e a necessidade de tutelar a pessoa tão somente porque ela existe ficou esquecida. O próprio desenvolvimento da privacidade, atributo que receberá destaque no presente texto, acompanhou a ascensão da burguesia. Era tida como uma prerrogativa de um grupo específico, bem dotado. A lógica proprietária impunha um direito geral de abstenção, mas nunca uma tutela promocional ou positiva face à intimidade das pessoas.

Com a instituição do que se chamou de sociedade de informação, tornou-se imprescindível a adequação das normas e interpretações jurídicas para assegurar a autonomia do indivíduo. Isto é, com o avanço da biotecnologia, dentre outros fatores, a circulação de dados foi amplamente difundida, fazendo com que essas informações pessoais adquirissem um valor próprio e incomum. A obtenção e disseminação de dados pessoais foram substancialmente facilitadas, gerando uma questão ética sobre a legitimidade do cerceamento do direito de privacidade.

Neste cenário, foi preciso delimitar quais os dados e/ou informações que, de fato, precisariam ser exaustivamente protegidos para

que a pessoa fosse amplamente tutelada. Concluiu-se pela supremacia dos chamados dados sensíveis, quais sejam, aqueles que dizem respeito à esfera mais essencial da personalidade de uma pessoa. Trazem uma particularidade, pois o prejuízo causado pela má apreensão e disseminação é potencialmente lesivo. O destrato dessas informações atinge o âmbito de formação da personalidade do sujeito.

Fato é que não existe uma fórmula fixa e suficiente para tratar desses direitos. Mais uma vez, o direito positivado se demonstra frágil e desatualizado. A conceituação estática proposta pela legislação civil não condiz com a exigência constitucional de máxima proteção à pessoa humana em sua dignidade. A interpretação literal e fechada das disposições legais acerca dos direitos da personalidade não funciona para tutelar um indivíduo em um universo de circulação intensa de dados. A proteção deverá ser dinâmica, abrangente e contextualizada.

Válida a ressalva de que não se prega o afastamento da proteção historicamente concedida à privacidade. Isto é, não se nega a importância do direito a ser deixado só, do microcosmo da casa, mas se defende a ampliação dessa tutela. Surge o chamado direito à autodeterminação afirmativa, onde o próprio titular deve determinar o destino de seus dados. Caberá ao sujeito requisitar ou obstar o acesso à informações pessoais, bem como autorizar ou impedir a divulgação das mesmas. Surge uma autonomia ligada às escolhas existenciais.

No que tange a referida autonomia da vontade, surge um novo conflito face ao resquício paternalista existente no ordenamento jurídico brasileiro. O texto do artigo 11 do Código Civil é muito radical e gera controvérsias entre os estudiosos e aplicadores do direito. A rigor, as escolhas existenciais não seriam permitidas quando o legislador não tivesse se antecipado e autorizado expressamente. Não seríamos suficientemente livres e responsáveis para fazer escolhas. Entretanto, esta exegese

representaria um grande retrocesso. A proposta é que a leitura deste rol exemplificativo seja invertida.

O artigo 21, por sua vez, autoriza a ampliação da proteção concedida à esfera privada. Este dispositivo deve ser entendido como cláusula geral, delimitando o viés interpretativo de todos os demais direitos da personalidade. A privacidade de uma pessoa digna e plenamente capaz deve ser absolutamente respeitada. Ao titular deve ser conferido o mais amplo poder de escolha com relação aos seus dados íntimos, cabendo a este selecionar os aspectos que devem ou não adentrar a formação de sua personalidade.

Como último desdobramento, e talvez o mais importante, está o direito de não saber. Tema altamente controverso na atualidade, seja doutrinária ou jurisprudencialmente. A despeito do controle empenhado na circulação de dados sensíveis para terceiros, surgiu a necessidade de a privacidade ser respeitada diante do próprio titular. Neste sentido, o indivíduo poderá delimitar uma zona de informações que não pretende ter acesso. Isto é, poderá determinar que não deseja saber acerca de determinados assuntos. São dados que dizem respeito tão somente ao titular e que por ele não foram solicitados.

Dentro desta proposta, este trabalho é estruturado em três capítulos. O primeiro deles apresentará a privacidade como categoria central da personalidade. Serão problematizadas as possibilidades conceituais e interpretativas do referido atributo, bem como restará demonstrada a insuficiência da definição tradicional do direito civil-constitucionalmente tutelado. Ainda, serão expostas críticas à noção patrimonialista que esteve, por séculos, acoplada aos direitos da personalidade.

A segunda parte tratará da autonomia da vontade a partir dos postulados da dignidade da pessoa humana. As intervenções jurídicas sobre

a privacidade dos indivíduos serão analisadas de acordo com seu caráter paternalista ou em função de seu potencial emancipatório. Declarada a inaptidão do paternalismo puro para lidar com os direitos da personalidade, estabelecer-se-ão critérios para a interpretação da privacidade de acordo com a Constituição Federal de 1998.

Por fim, no terceiro capítulo, restarão estabelecidos pressupostos para que haja um equilíbrio na relação “informação-divulgação”. Além disso, será esmiuçada a concepção moderna de autodeterminação informativa enquanto liberdade para conhecer ou desconhecer dados e informações pessoais. Configurada a autonomia no que tange às escolhas existenciais, protegido estará o chamado direito de não saber.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE E SEUS DESAFIOS CONCEITUAIS E INTERPRETATIVOS.

Inicialmente, é preciso que se estabeleça uma análise da evolução dos meios de proteção concedidos aos chamados direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque o direito à privacidade pertence, irrefutavelmente, a esta categoria e seu viés interpretativo foi sendo alterado ao passo que a dignidade da pessoa humana atingiu o *status* de valor maior a ser tutelado. Neste sentido, a reafirmação dos direitos da personalidade enquanto fundamentais é absolutamente refletida na mutação conceitual conferida à noção de privacidade.

2.1. CRÍTICAS À INTERPRETAÇÃO PATRIMONIALISTA IMPOSTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Tradicionalmente, as batalhas argumentativas eram travadas para que os direitos patrimoniais fossem preservados. Isto é, por muitos anos, os poderes legislativo, executivo e judiciário estavam engajados em destrinchar os atributos concernentes ao direito de propriedade por excelência. Este era entendido como ponto de contato entre as diversas matérias que compõem o direito civil. Neste cenário, a idéia de personalidade é diminuída à condição de predicado do indivíduo patrimonial. Como aponta Thamis Dalsenter,

“(...) a produção jurídica dos séculos XVIII e XIX erigiu a patrimonialidade como valor em si, assegurando à autonomia privada patrimonial o lugar de princípio fundamental², em um sistema onde a personalidade era tomada apenas como atributo do indivíduo patrimonial.

² Isso porque, de acordo com Gustavo Tepedino, tratava-se de “princípio absoluto e pré-jurídico, suscetível de restrições exclusivamente externas e pontuais de acordo com reserva legal”. TEPEDINO, Gustavo. *Velhos e novos mitos na teoria da interpretação*. Editorial. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 28, 2006.

Fundada no ideal liberal burguês, a concepção tradicional de autonomia privada funcionava como instituto capaz de garantir juridicamente um sistema econômico de circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo das ingerências estatais³.”.

Sob a falaciosa alegação de proteção da igualdade, o direito passou a ignorar as características individuais que tornam um sujeito único. Os ideais iluministas impuseram uma igualdade tão somente formal, fazendo com que a produção jurídica burguesa contemplasse a personalidade como mero atributo e não como um valor em si. Neste sentido, “dentro do ideal jurídico burguês, marcadamente patrimonialista, o sujeito juridicamente reconhecido era aquele livre para vender, contratar, comprar e suceder, e não aquele livre para existir de acordo com a dignidade inerente a todos os homens⁴.”.

Diversos anos mais tarde, iniciou-se um movimento de promoção dos chamados direitos subjetivos. Em linhas gerais, se propunha que os direitos dos sujeitos sobrepujassem o tradicional direito das coisas. A despeito de a referida categoria ter sido, por alguns, entendida como insuficiente para abarcar todas as situações fáticas e jurídicas decorrentes dos direitos da personalidade, naquele momento histórico, o estudo da subjetividade significou considerável avanço doutrinário. Justamente os embates travados entre os que defendiam a subsunção de uma categoria à outra e os que negavam esta possibilidade culminaram no aprimoramento jurídico das idéias e conceitos ventilados.

Prevaleceu, todavia, o entendimento de que os direitos da personalidade constituem um conjunto de valores intrínsecos a pessoa, sem os quais, nem mesmo os ditos direitos subjetivos poderiam ser realizados⁵. Conforme restará demonstrado, doutrinadores como Gustavo Tepedino e César Fiuza defenderam a aplicabilidade da chamada cláusula geral de

³ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁴ Ibid.

⁵ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

tutela e promoção da personalidade. Neste diapasão, não estariam os direitos da personalidade subsumidos com perfeição na categoria de direitos subjetivos, mas sim expressariam uma decorrência lógica e constitucionalizada do princípio de proteção a dignidade da pessoa humana. Novamente, nas precisas palavras de Thamís Dalsenter,

“É necessário, portanto, localizar nas situações jurídicas subjetivas a função existencial, que se revela na realização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade. Situada de acordo com a função, decorre a necessidade de que, em tais situações, a pessoa tenha o direito de autodeterminação pessoal tutelado de acordo com os ditames da dignidade humana”.

Ao final do século XIX, constatou-se uma necessidade real de estabelecer-se uma tutela jurídica aos direitos da personalidade, independentemente de sua perfeita classificação. As transformações observadas ao longo do século XX cominaram na reinterpretação destes valores para vinculá-los, em definitivo, à idéia de proteção irrestrita da dignidade da pessoa humana⁶. Como resultado deste quadro, o direito civil sofreu densas mudanças, “*de maneira a afirmar-se como campo onde prevalece a tutela do ser e não do ter, superando o individualismo, o patrimonialismo e o formalismo que reinavam outrora*”⁷.⁸

Segundo Roberto de Ruggiero, o termo “direitos da personalidade” fora ventilado, originalmente, por jusnaturalistas alemães e

⁶ Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: “Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a idéia de que todos são iguais e, porque “filhos do mesmo Pai”, deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis” (grifou-se). MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 47 a 78.

⁷ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁸ No mesmo sentido, Pietro Perlingieri defende que, “com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 33.

franceses para delimitar direitos atinentes aos cidadãos, entendidos como preexistentes ao seu prestígio pelo Estado⁹. No mesmo liame, Anderson Schreiber preconiza que, “*a categoria abrangia um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem*”¹⁰.”.

Não obstante a importância deste primeiro movimento intelectual, os direitos da personalidade não foram inseridos de imediato nas compilações jurídicas ao redor do mundo. Isto, pois, o pensamento liberal, principalmente no campo do direito privado, ainda era difundido em sua versão original. Não havia, sequer entre os defensores destes “novos direitos”, um rol consensual de situações a serem tuteladas. Embora a fertilidade das discussões fosse indiscutível, as desarmonias fizeram com que o instituto não vingasse desde logo¹¹.

Juristas absolutamente renomados, como Savigny, Von Thur e Enneccerus, negavam a validade científica da categoria. A inovação seria tida como precária. Alegavam, em síntese, uma contradição nos próprios termos, “já que tinham como objeto o próprio sujeito”¹².”. A corrente da qual se filiavam, a negativista, recusava a possibilidade do discutido enquadramento dos direitos da personalidade na categoria de direitos subjetivos por observá-los em apenas uma de suas críveis acepções. Visavam, sobretudo, evitar a livre disposição dos referidos direitos, a patrimonialização de atributos da pessoa humana.

Esta resistência, no entanto, seria paulatinamente superada. Como bem desenvolveu Gustavo Tepedino, a personalidade possui duas facetas: (i) a subjetiva, responsável por identificar a capacidade da pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações e (ii) a objetiva,

⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Booksellers, 1999, v. I, p. 275 a 276.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 5.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

pela qual a personalidade é entendida como um “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico¹³”, sendo esta última definição essencial para assegurar a relevância dos direitos ora debatidos. Neste mesmo sentido, dispôs César Fiuza,

“Os direitos da personalidade, mesmo considerados direitos subjetivos, não podem ser comparados aos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais. Tampouco se deve moldurá-los em situações tipo, reprimindo apenas sua violação. Também será inconsistente a técnica de agrupá-los em um único direito geral da personalidade, se o objetivo for o de superar o paradigma clássico, baseado no binômio lesão-sanção. Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica¹⁴”.

Diante do que fora exposto, resta evidenciado que, apesar da tese afirmativista ter prevalecido no século XX, a real proteção aos direitos da personalidade só é assegurada quando sua conceituação é desdobrada. Ainda que seja aceita a proposta de associação entre os direitos da personalidade e os direitos subjetivos, os modelos conceituais clássicos devem ser afastados. Tão somente com a estipulação da referida cláusula geral de tutela da personalidade é que a pessoa humana ocupará o ápice do ordenamento jurídico e receberá o devido tratamento.

2.2. A INSUFICIÊNCIA DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO À PRIVACIDADE.

Em consonância com o panorama apresentado, a esfera da privacidade dos indivíduos foi entendida como merecedora de amparo legal-constitucional. Ainda que, inicialmente, o cenário estivesse assombrado pelas dúvidas e suspeitas técnicas, este atributo da personalidade despontou como digno de atenção e tutela precocemente. O

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª Ed., p. 27.

¹⁴ FIUZA, César. *Direito civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 9ª Ed., p. 177.

seu desenvolvimento e aprimoramento, no entanto, é dos mais recentes¹⁵. Neste certame, começa a se solidificar o entendimento de que a proteção da personalidade humana, em quaisquer de seus enfoques, deve prevalecer diante da proteção patrimonial. Há uma inegável mudança paradigmática.

Novamente nas precisas palavras de Anderson Schreiber,

“Duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945. (...) Em toda parte, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade¹⁶.”.

Corroborando este entendimento, no ano de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmando, expressamente e logo em seu preâmbulo, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo¹⁷.”. Inegavelmente, a chamada dignidade da pessoa humana, ainda que reduzida a um termo de difícil conceituação, passou a figurar como valor central da ordem jurídica internacional. O instrumento acima mencionado serviu de inspiração para diversas Constituições da segunda metade do século XX.

A Constituição da República Federativa do Brasil, logo em seu artigo 1º, intitulou-se um Estado Democrático de Direitos que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Luiz Edson Fachin considera este valor como “princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas¹⁸.”. Neste sentido, tornou-se indispensável o desenvolvimento – teórico e prático – dos atributos da

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 6.

¹⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível, na íntegra, em http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf, acesso em 14.05.2013.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Fundamentos, limites e transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 8, n. 31, 2005, p. 58.

personalidade humana, até mesmo para que se concedesse legitimidade ao instituto. Importante ressaltar que a utilização infundada e desmedida do termo é capaz de esvaziar o próprio instituto. Anderson Schreiber insiste:

“(...) a invocação da dignidade humana em grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado. Pior: seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea. Daí a importância crucial de se compreender o que é a dignidade humana, esmiuçando seu conceito e desbravando seus múltiplos aspectos¹⁹.”.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta como “contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto²⁰.”. Todavia, inobstante a concisão da autora em tratar da matéria, evidente que a conceituação não é infalível. A melhor interpretação que se pode propor é aquela que se dá casuisticamente, de modo flexível, levando em consideração o momento histórico e as principais características de determinada sociedade. O substrato cultural será determinante para a fixação dos valores a serem protegidos. Essa maleabilidade conceitual, no entanto, não condizia com as exigências de formalidade e precisão dos juristas. Sempre houve, no meio jurídico, uma necessidade de se delimitar o certo e o errado, o lícito e o ilícito, o aceito e o reprovável.

Válido ressaltar que o instituto da segurança jurídica foi pensado, originalmente, para os direitos patrimoniais, rígidos e com regramento extenso. Isto é, a idéia de estabilização das relações jurídicas foi construída sob a égide do direito de propriedade. Na tentativa de estender esta noção aos direitos da personalidade, dada a já mencionada translação de paradigma, passou-se a exigir a indicação e desenvolvimento dos principais atributos que compõem a dignidade da pessoa humana. Neste cenário, verificou-se o ressurgimento dos direitos da personalidade na experiência jurídica contemporânea. Neste segundo período histórico,

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p.8.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

regataram-se alguns direitos já salientados, bem como se desenvolveram novos.

Como já fora ventilado, o direito à privacidade foi desde um momento inicial entendido como irrefutável. Todavia, adaptações interpretativas foram sendo sugeridas para que o direito não se tornasse obsoleto e ineficiente. Em uma visão clássica, o direito à privacidade (*right to privacy*) era entendido como o direito de estar só (*right to be let alone*). O prisma era individualista, onde aquele sujeito detinha um espaço para tomar suas decisões livremente. A concepção trazida pela Suprema Corte Norte Americana em 1890, principalmente por seus *Justices* Warren e Brandeis, limitava a proteção da esfera privada face à ingerência de terceiros²¹. Nas palavras do juiz Cooly, responsável pelo caso em 1873, “o right of privacy” é o direito que uma pessoa possui de tomar suas decisões, cujos reflexos estão apontados para sua vida privada, sozinha²².

Anderson Schreiber faz menção a forte influência do que se chamou de modelo proprietário,

“Do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um. (...) Nesta concepção inicial, 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)”²³.

Neste sentido, a tutela do referido direito se restringia a impossibilitar o acesso de outros aos dados pessoais e/ou particulares de determinado sujeito. Havia uma associação direta aos conceitos de casa; moradia; lar, estes tidos como invioláveis. A relação era de propriedade, de inviolabilidade. Este conceito foi assim importado e vigorou – com esta interpretação – por muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro. A luta pela substituição do patrimonialismo pelo personalismo ainda não foi

²¹ Neste sentido, a concepção trazida por Warren e Brandeis, em 1890, em artigo intitulado “The Right To Privacy”, publicado na Havard Law Review.

²² Ibid.

²³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p.129.

absolutamente vencida ou superada, embora os avanços constatados sejam significativos.

A Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil de 2002, invocam – expressamente – a necessidade de proteção ao chamado direito à privacidade. Conjuntamente, os artigos 5º, X, da Lei Maior²⁴ e 21 da lei civil²⁵ cuidam de fundamentar a proteção da esfera privada de um cidadão. Na tentativa de esclarecer e delimitar o campo de incidência das diferentes nomenclaturas utilizadas para tratar do tema, José Afonso da Silva ressalta a imprecisão terminológica adotada pelo legislador constituinte. Ora se faz menção ao direito à intimidade; ora se faz menção à proteção da vida privada. Apesar de parecerem direitos distintos, inegável é a proximidade epistemológica dos termos. Por este motivo, o referido doutrinador defende a utilização do termo privacidade “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou²⁶”.

Dada indefinição jurídica do conceito, não restam dúvidas de que a interpretação deverá ser a mais robusta e extensiva possível. Os direitos da personalidade, por decorrerem diretamente do postulado de proteção à dignidade da pessoa humana, merecem um tratamento de máxima efetividade. Isto é, estes valores pertencentes à categoria devem ser assegurados com o maior grau de assistência pelo ordenamento. Infelizmente, ainda hoje, a tutela jurídica destes reflexos personalíssimos é pautada pela insegurança e incerteza. Não existe, em nosso país, legislação capaz de regular todas as nuances e muito menos uma jurisprudência

²⁴ Art. 5º, X, CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁵ Art. 21, CC – 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.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008, p. 206.

uníssona no assunto. Neste sentido, os “regulamentos” vêm surgindo da análise detida dos casos concretos.

Para José Matos Pereira, a privacidade devia ser entendida como “*o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito*”²⁷. Partindo desta conceituação, é possível constatar que a esfera de inviolabilidade determinada pela Constituição Federal é ampla e engloba, por exemplo, “*o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo*”²⁸.

Já para Bruno Henrique Di Fiore, ainda sobre as possíveis subdivisões conceituais do direito, a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada²⁹, pensada logo no início dos anos 50 na doutrina alemã³⁰, deveria ser utilizada no sistema brasileiro. Em suas próprias palavras, “o estudo da tutela da vida privada ganha relevo nos dias de hoje pela crescente juridicização dos danos morais, como forma de proteção aos direitos da personalidade”³¹. Para os defensores desta corrente, seria necessário estipular camadas de proteção, com profundidades e índices de tolerância diversos, para melhor auferir o dano e sua consequente responsabilização.

²⁷ PEREIRA, José Matos. *Direito de informação*, p. 15 in SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008, p. 206.

²⁸ OLIVEIRA, Moacyr de. *Intimidade* in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 46/100 in SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008, p. 206.

²⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

³⁰ HUBMANN, Heinrich. *Das persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da, Op. Cit., p. 30.

³¹ DI FIORE, Bruno Henrique. *Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica*.

Originalmente, em 1953, Heinrich Hubmann³² subdividiu o conceito em três esferas concêntricas, quais sejam a da privacidade, a do segredo e a da intimidade. Na primeira, identificada como mais externa e menos densa, se enquadram as relações interpessoais mais superficiais, e assim sucessivamente. Naquela, a proteção de dados e informações existe, mas seu grau de adstrição é o menor, sendo o interesse público motivo suficiente e razoável para sua violação. A contrário senso, a intimidade seria a esfera mais profunda e resguardada, ainda que diante da falaciosa argumentação de amparo da coletividade.

Anos mais tarde, instaurou-se uma inversão de posições entre o “segredo” e a “intimidade”. Este entendimento foi difundido no Brasil por Paulo José da Costa Junior, sendo seguido por outros estudiosos do direito, como Silmara Chinelato, Pablo Stolze Gagliano e Flávio Tartuce. Em suma, independentemente da posição que a intimidade ocupe nesta teoria, resta evidenciada a necessidade de proteção integral ao direito civil-constitucional em comento.

Mais uma vez, nos termos de Bruno Henrique Di Fiore,

“(...) quanto mais íntima for a interferência de terceiros dentro da vida privada da ‘vítima’, maior a afronta ao direito da personalidade e, por conseguinte, maior a represália merecida, que poderá refletir na exasperação da quantificação do dano extrapatrimonial que dele advirá³³”.

Diante de todo o exposto e com a ressalva de que estes são apenas posicionamentos clássicos acerca da matéria, resta configurado que deve ser assegurada a blindagem do direito à intimidade (quase sempre indicado como sinônimo de privacidade, mas por vezes entendido como o desdobramento mais sensível do conceito) diante de ingerências externas, alheias e não requisitadas. Assim sendo, fica o titular do direito civil-constitucional resguardado enquanto único titular da informação ou dado. A

³² HUBMANN, Heinrich. *Das persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JÚNIOR, Paulo José da, Op. Cit., p. 30.

³³ DI FIORE, Bruno Henrique. *Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica*.

publicação de quaisquer destes atributos pessoais somente será permitida mediante solicitação ou autorização daquele “proprietário”.

Igualmente, a interpretação das diversas facetas que este princípio nos oferece deve ser feita com credibilidade e consistência jurídica. Isto é, a leitura dos referidos artigos não pode ser feita de forma literal e facilmente esgotável. É exigível que a privacidade seja entendida através das influências contemporâneas, a serem expostas no presente trabalho. A interpretação dos conceitos deve se dar de modo extenso e capaz de garantir a mais ampla proteção do indivíduo em sua dignidade. Nas palavras de Anderson Schreiber, “*compreender a unidade da proteção jurídica reservada à condição humana é importante também para entender porque o rol de direitos da personalidade contemplado pelo Código Civil não é taxativo ou fechado*”³⁴.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 14.

3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE: ENTRE O PATERNALISMO E O PERSONALISMO.

Como sabido, o direito deve se transformar com a sociedade, sob pena de ser entendido como ineficiente ou suplantado. Surge, então, neste contexto, uma concepção emancipatória, encabeçada pelos protetores da dignidade da pessoa humana, responsável por exigir o enriquecimento do conceito de privacidade/intimidade. Questões socioculturais fizeram com que, preliminarmente, a doutrina se manifestasse pelo aprimoramento da tutela conferida a estes direitos personalíssimos. A passos curtos, decisões judiciais vêm sendo construídas e a esperança é que a proteção seja paulatinamente alargada³⁵.

3.1. O PATERNALISMO E SUAS FRAGILIDADES.

Conforme já aduzido, a legislação pátria não é capaz de esgotar a regulação da matéria, bem como a jurisprudência ainda não é consonante no assunto. Desta forma, foi necessário que os doutrinadores se debruçassem sobre o tema a fim de estabelecer algum tipo de pressão progressiva/protetiva. A timidez da lei civil faz com que a atividade interpretativa seja ampla. É majoritário o entendimento de que as disposições vigentes são insuficientes e, muitas vezes, até incompetentes para regular a matéria. Todavia, faz-se necessária a apuração do caso concreto, com todas as suas peculiaridades, para que uma nova manifestação humana, não expressamente disposta em lei, seja protegida

³⁵ Diante do que fora pontuado, válido ressaltar parte do voto do Ministro Luiz Fux, ao julgar um Recurso Especial, onde se denota que a concepção apresentada é admitida e aplicada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “Com efeito, entendo que, hoje, não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal (...)”.

pelo ordenamento. Como declarou Anderson Schreiber em seu livro “Direitos da Personalidade”,

“É claro que, em relação a essas manifestações humanas que carecem de previsão legal expressa, instaura-se frequentemente um debate doutrinário e jurisprudencial. Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador, ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade. E nem sempre há consenso quanto à conclusão³⁶.”.

Vale ressaltar, ainda, que o Código Civil de 1916 não possuía sequer um rol de proteção aos direitos da personalidade. Entretanto, isto não significa que o diploma legal substituto seja absolutamente inovador. Sendo o projeto de novo Código Civil datado de 1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil, resta justificada a ausência de grandes irreverências. O Código Civil de 2002 trouxe a disposição expressa de onze orientações cogentes, já anteriormente protegidas, pois decorrentes do princípio básico de um Estado Democrático de Direito, qual seja o da dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, surgiram duas veias interpretativas para os artigos 11 a 21 da lei civil, responsáveis por regular, em sede de legislação infraconstitucional, os chamados direitos da personalidade.

Em um extremo, estão os paternalistas. Para Gerald Dworkin, o paternalismo seria uma “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida³⁷.”. Válido ressaltar que este seria apenas o gênero do qual decorrem variadas espécies, como o paternalismo político, o paternalismo médico, o paternalismo familiar e o paternalismo jurídico. Ainda, existem gradações do referido intervencionismo na autodeterminação pessoal que, automaticamente, possuem maior ou menor grau de legitimidade.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 15.

³⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. *Monist*, LVI, n. 1, junho de 1972, p. 65, apud PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*, p. 156.

De um lado está o chamado paternalismo fraco, observado nas situações em que o mal deriva da falta de percepção e/ou poder de escolha do agente, decorrentes do desconhecimento acerca do potencial lesivo de dada conduta. Palmer aponta como espécie deste tipo de intervenção paternalista a ação que objetiva repelir uma ameaça gerada por conduta inconsciente capaz de resultar em circunstâncias não benéficas ao indivíduo. Como exemplo clássico, menciona a ação responsável por impedir que o viciado em alucinógenos se jogue pela janela³⁸.

O dito paternalismo forte, por sua vez, é aquele que autoriza a intervenção sobre determinada conduta quando o mal é resultado de uma ação consciente e voluntária. Esta espécie de limitação está normalmente associada às hipóteses de vontade fraca, onde o sujeito tem a ciência de que dada ação causará uma moléstia, mas mesmo assim opta por praticá-la. É preciso avultar que, ainda que esta opção seja motivada por instintos incontroláveis, fato é que o agente possui total discernimento sobre os malefícios que poderão culminar.

Conforme fora salientado, são os atos acráticos (ou de vontade fraca) que autorizam, ao menos em tese, uma intervenção paternalista forte. Isto é, são as práticas paradoxais face à racionalidade humana, os movimentos voluntários que o sujeito executa, mesmo ciente dos malefícios que podem surgir, que, em abstrato, autorizam a prevalência de um parecer mais esclarecido, superior, advindo daquele ente paternalista. Para os defensores dessa teoria, a hipossuficiência do sujeito individualmente considerado deve ser suprida pela vontade aclarada e soberana do Estado paternalista.

Via de regra, a dependência é apontada como responsável pelo estímulo necessário a prática de atos desta natureza. Contudo, são diversos os atos ditos irracionais, que não decorrem de influências externas

³⁸ Tais exemplos são utilizados por Palmer para problematizar a legitimidade das intervenções paternalistas. Cf. PALMER, M., *Problemas morais em medicina*, p. 158 e ss.

que causem dependência, onde “o sujeito se recusa ao cumprimento daquilo que se reputa tradicionalmente como razoável ou lícito, mas que são incompatíveis com as suas íntimas convicções³⁹.”. O exemplo mais marcante dessa categoria é a recusa à transfusão de sangue em virtude das crenças em Jeová⁴⁰.

Para Thamís Dalsenter, a intervenção estatal paternalista, seja ela fraca ou forte, procura extrair sua legitimidade de dois fundamentos distintos, quais sejam: a dita proteção da esfera jurídica de terceiros bem como a possível conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de determinados atos. Em suas próprias palavras,

“Em tais situações, tem-se uma intervenção estatal legitimada, de um lado, pela proteção da esfera jurídica de terceiros, ou seja, o Estado atua proibindo o fumo em lugares fechados para proteger o não fumante dos riscos do fumo passivo, proíbe a direção da pessoa alcoolizada para não trazer riscos de acidentes na via pública, etc. (...) De outro lado, esse tipo de atuação estatal visa a conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de tais práticas. Mas veja-se que esta consequência é

³⁹ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁴⁰ As Testemunhas de Jeová recusam a transfusão de sangue, mesmo quando há risco de vida, por convicção religiosa. Os Tribunais vêm se pronunciando sobre o conflito entre o direito à liberdade de crença e o direito à vida. Merecedora de destaque a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconhece a capacidade autodeterminação do enfermo. “É inegável que o objeto da irresignação recursal envolve valores constitucionais que necessitam de avaliação prudente, sob pena de institucionalizar-se uma relação ditatorial entre o Estado e o cidadão que titulariza uma série de prerrogativas consideradas fundamentais pela Constituição da República. Com efeito, a vida humana é um bem jurídico que não pode ser desprezado e é tratado como direito fundamental, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos, haja vista a tutela recebida no âmbito penal. Não há como deixar de reconhecer, em princípio, que associado a este bem, dele deflui a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III). Dentro deste contexto, é preciso considerar que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. Faço esta observação, porquanto a recepção de sangue pelo seguidor da corrente religiosa Testemunhas de Jeová o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes. Cria-se, portanto, um ambiente no qual a pessoa é tida como religiosamente indigna e que não merece a necessária acolhida em seu meio, como descrito em doutrina. É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima”. (TJ/MG – Agravo nº 1.0701.07.191519-6/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, data de publicação: 04/09/2007).

buscada de modo residual, vale dizer, o fumante que não pode fumar em recintos fechados acaba fumando menos, a criança vacinada não contamina outras crianças ao mesmo tempo em que se torna imune à doença, o motorista que não pode dirigir alcoolizado não coloca a vida de outras pessoas em risco e nem a sua. De modo geral, portanto, trata-se de condutas que causam riscos ao indivíduo e à sociedade⁴¹”.

Entretanto, ainda que os defensores do paternalismo o apontem como protetor do bem estar, seja promovendo o bem ou repelindo o mal, estes são incapazes de justificar, com o mínimo de razoabilidade, quais seriam as situações em que a limitação da autonomia individual seria legítima, bem como de delimitar com clareza quais os indivíduos que devem ter tal direito abolido. Este viés intelectual promove operações sobre a autonomia sem considerar a ponderação subjetiva e objetiva que cada cidadão é capaz de promover sobre suas próprias ações e eventuais implicações⁴².

Estes iniciam o seu convencimento motivado pela leitura literal do artigo 11⁴³ do referido diploma legal. Defendem, em especial, que as limitações aos direitos da personalidade se restringirão aos casos dispostos em lei. Assim sendo, o sujeito só poderia exercer a sua autonomia da vontade quando houvesse a autorização expressa para determinada conduta, decorrente de lei em sentido estrito. Ou seja, a vontade do Estado deveria prevalecer sobre a particular, porque mais esclarecida e segura. Há uma superioridade do aparato estatal face ao indivíduo. O Estado tutelaria, direta e isoladamente, a vida dos integrantes daquela sociedade. A não ser

⁴¹ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁴² É esclarecedora a observação de Maria Celina Bodin de Moraes: “Ordenamentos de tipo paternalista só são compatíveis com sociedades infantilizadas, tidas como irresponsáveis, ignorantes e inconsequentes, às quais em regra tudo deve ser proibido, ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido – princípio este que é próprio dos sistemas fascistas e, portanto, incompatível com sistemas democráticos. Ao paternalismo, contido na máxima segundo a qual “as pessoas devem ser protegidas de si próprias”, deve ser oposta a presunção que vigora nas sociedades democráticas: a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção.”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁴³ Art. 11, CC 2002 – com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

que haja a permissão promulgada de dado comportamento, o sujeito não poderá decidir em sentido contrário.

São direitos intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes, ao menos em uma primeira definição⁴⁴. Por versarem sobre os atributos mais preciosos do indivíduo, “os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular. (...) Nascerem e morrerem com aquela pessoa, não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança⁴⁵.”. Válida a ressalva, no entanto, que o artigo 12, parágrafo único do Código Civil⁴⁶ é responsável por proteger *post mortem* a personalidade, como valor objetivo. Esta faculdade concedida pelo legislador deve ser usada de forma não arbitrária ou abusiva, e sim de acordo com os prováveis interesses do falecido em vida⁴⁷.

A questão da limitação voluntária ao exercício de determinados direitos da personalidade, já brevemente aventada, é

⁴⁴ Gustavo Tepedino alega que a tutela da personalidade instaurada no ordenamento jurídico brasileiro se sub-roga aos imperativos de generalidade, extrapatrimonialidade, intrasmissibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Sobre tais qualidades, torna-se adequada a síntese: “A generalidade significa que esses direitos são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo só fato de ser. Por isso mesmo alguns autores os consideram como inatos, terminologia que, todavia, mostra-se por vezes dúbia, já que, como se verá adiante, suscita a conotação jusnaturalista, adotada por alguns autores, no sentido de que tais direitos preexistiriam à ordem jurídica, independentemente, portanto, do dado normativo. A extrapatrimonialidade consistiria na insuscetibilidade de uma avaliação econômica desses direitos, ainda que a sua lesão gere reflexos econômicos. São absolutos, já que oponíveis erga omnes, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. A indisponibilidade retira do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis; e a imprescindibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, pudesse convalescer, com o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora. Finalmente, a intransmissibilidade constitui característico controvertido, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular.”. TEPEDINO, Gustavo. “*A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*”, in Temas de Direito Civil, p.36.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 23 a 29.

⁴⁶ Art. 12, CC – 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. Parágrafo único – em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 23 a 29.

responsável por suscitar as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Mais uma vez, é preciso ressaltar que a literalidade do artigo 11 do referido diploma legal “nega qualquer efeito ao consentimento [do titular]⁴⁸.”. Esta é a tese dos paternalistas radicais. Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua vez, mitiga esta leitura impondo que os direitos da personalidade sejam, em regra, considerados irrenunciáveis, mas tão somente quando houver um caráter definitivo na manifestação de vontade do indivíduo⁴⁹. Devem se analisar a duração, o alcance, a intensidade e a finalidade da autolimitação ao exercício destes direitos, sob pena de se equiparar à renúncia⁵⁰. Algumas das limitações, contudo, emanadas livre e conscientemente do sujeito, devem ser protegidas pela ordem jurídica, “porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da personalidade humana⁵¹.”.

3.2. CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DA PRIVACIDADE DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Diante da flagrante insuficiência das orientações paternalistas para tratar dos direitos da personalidade, surgem os personalistas que, por sua vez, optam por iniciar a sua leitura pelo artigo 21 do Código Civil⁵². Há uma interpretação feita de trás para frente, onde as escolhas de determinado sujeito são privilegiadas em detrimento dos julgamentos estatais. Estes teóricos defendem que os direitos da personalidade estão absolutamente atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 23 a 29.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 34, p. 94.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. Op.cit, p. 23 a 29.

⁵¹ Ibid.

⁵² Art. 21, CC – 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.

1º, inciso III da Constituição Federal⁵³, e às suas quatro diretrizes, quais sejam: a liberdade, a solidariedade, a igualdade e a integridade psicofísica.

Desse modo, deve ser dada ao particular toda a autonomia possível para a concretização de suas facetas e atributos. O indivíduo possui a chamada autonomia existencial ou extrapatrimonial, pois dotado da prerrogativa de ser, de existir, e não mais de ter, exclusivamente. O sujeito deverá determinar-se existencialmente, sob pena de se instaurar uma violação ao valor mais importante de toda a Carta Magna. Na tentativa de destrinchar conceitualmente a idéia de dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes fornece um importante esquema teórico segundo o qual:

“O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade⁵⁴.”.

Diante do exposto, é preciso pontuar que os atos de autonomia podem interferir em três esferas distintas, quais sejam a do titular, a de terceiros individualmente considerados e a da coletividade como um todo. Quando este ato de autodeterminação intervém no bem estar de todo um agrupamento de pessoas, os mecanismos de limitação e cerceamento são mais amplamente estudados e aceitos. Contudo, quando o universo atingido reduz-se para a esfera de pessoas identificadas (ou identificáveis), não resta tão evidente o direito de vetar ou proibir determinado comportamento. Ainda, quando determinados atos interferem tão somente na esfera do próprio titular, a limitação é quase insustentável. Neste sentido, Thamir Dalsenter esclarece que,

⁵³ Art. 1º, III, CF – a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

“Deve-se considerar, sobre a função existencial, que a autonomia pode estar atrelada às situações jurídicas subjetivas que contemplem interesses pertinentes a esferas jurídicas distintas, cujas consequências vão além da pessoa, gerando efeitos diretos e indiretos na vida de terceiros e na realidade social. Igualmente, a autonomia pode ser exercida em situações onde não há esferas jurídicas diversas, ou seja, não são tangenciadas diretamente por interesses de terceiros, em que a autonomia é exercida originariamente na esfera jurídica de seu titular, e, portanto, não pode ser orientada sob a lógica da vontade coletiva⁵⁵”.

Isto é, quando o domínio atingido é aquele estritamente individual, qualquer intervenção do Estado parece excessiva e abusiva. Quando terceiros individualmente considerados são alcançados, algumas delimitações são dotadas de plausibilidade (e outras não). Há uma zona cinzenta entre a prevalência do paternalismo ou do personalismo. Já quando toda a coletividade tem a sua integridade posta em risco, as interferências estatais soam mais legítimas. Em suma, o paternalismo é viável diante de atos que atinjam toda a coletividade (ainda que a forma de constatação não seja a mais imediata possível). Por sua vez, o personalismo é indiscutível e inafastável quando o ato interfere apenas na esfera particular.

Toda esta construção doutrinária se deve a intensificação das relações pessoais em detrimento das relações patrimoniais. Assim, com essa mudança de paradigma, foi necessária a mobilização dos teóricos para que o direito se adaptasse às novas exigências sociais. Inegável a informação de que os direitos da personalidade passaram a figurar como pontos fundamentais de nosso ordenamento. São tópicos cuja importância não mais se discute. Contudo, ainda com a inversão de valores estabelecida, é essencial que a matéria seja cada vez mais difundida e constantemente adaptada, pois os desafios contemporâneos são talvez até mais complexos e delicados do que os anteriores. Isto é, alguns acontecimentos modernos geraram a necessidade de alargamento dos conceitos já previamente destacados.

Como muito bem aduz Maria Celina Bodin de Moraes,

⁵⁵ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

“Tais bens, de fato, passaram a constituir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de consequências aparentemente imprevisíveis, incontáveis e inevitáveis⁵⁶”.

Dois fenômenos sociais podem ser apontados como principais responsáveis da necessidade de renovação conceitual dos direitos da personalidade, em especial, do direito à intimidade. Primeiramente, o crescimento desenfreado dos meios de comunicação dificultou, exponencialmente, a proteção de vidas particulares. O avanço tecnológico descomedido fez com que os dados pessoais estivessem cada vez mais disponíveis e com a maior precisão de detalhes. Uma vez tangíveis, são mais facilmente disseminados entre terceiros e, por vezes, divulgados ao próprio detentor da informação, porém sem a sua solicitação.

A massificação destas informações e dados pessoais é, claramente, um problema de grande ordem⁵⁷. Nas palavras de Thamís Dalsenter, “*as tecnologias que conquistaram os espaços antes reservados às máquinas desenvolvem-se em altíssima velocidade no campo das pesquisas científicas na área médica, de modo que o organismo biológico constitui, atualmente, um material que, uma vez tornado bem, seria a moeda mais valiosa do modelo social contemporâneo*”⁵⁸. A obtenção e disseminação de dados pessoais foram substancialmente facilitadas, gerando uma questão ética sobre a legitimidade do cerceamento do direito de privacidade.

Concomitantemente, o enfraquecimento de instituições anteriormente entendidas como incontestáveis e soberanas, tais como a Igreja, a política e a família, faz com que as relações sociais sejam

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

progressivamente jurisdicizadas. Assim sendo, conflitos de interesse que, em um primeiro momento, eram solucionados extrajudicialmente, são, cada vez mais, expostos ao Poder Judiciário. Dogmas ditados pelas instâncias religiosas, pela política de dado país, bem como pelo detentor do poder familiar são progressivamente objetados e desconstituídos, quando levados ao juízo de ponderação do magistrado⁵⁹.

Ainda, como elemento potencializador do processo, está o incremento das técnicas de engenharia genética. Muito se discute doutrinaria e jurisprudencialmente sobre o tratamento a ser dado ao corpo e às informações genéticas. O questionamento central destes estudiosos é sobre o enquadramento da tutela destes bens no rol dos direitos da personalidade ou dos direitos de propriedade. Como fora salientado, as duas possibilidades interpretativas coexistem. Alguns ordenamentos optam pela associação da privacidade à propriedade, ao passo que outros entendem se tratar de questão predominantemente existencial⁶⁰.

Sabidamente, nos Estados Unidos da América, a propriedade privada é tida como elemento central do ordenamento jurídico, de modo que a edificação do que se entende por privacidade (*privacy*) foi que a edificação do que se entende por propriedade (*property*) foi projetada em cima destes valores. No entendimento de Stefano Rodotà, a esfera de intimidade da pessoa é delimitada, pelos norte-americanos, do mesmo modo como se faz com um pedaço de terra, com a aplicação do binômio violação-proteção de uma “propriedade” particular⁶¹. Alan Westin chega a defender a negociabilidade de informações pessoais no mercado⁶².

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância. Privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

⁶² WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum Publishers, 1967 in MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

No Brasil, por sua vez, é vedada expressamente, através do artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal, a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Entretanto, a regulamentação do controle efetivo sobre dados pessoais é absolutamente inconsistente e insuficiente. O remédio constitucional denominado *habeas data*, previsto no artigo 5º, LXXII, da lei maior e regulamentado pela Lei 9507/1997, apenas se presta ao conhecimento, retificação ou complementação de informações e não soluciona a questão sobre o direito de disposição sobre as mesmas⁶³.

Mais uma vez, Maria Celina Bodin de Moraes traceja com precisão o cenário do direito civil-constitucional brasileiro ao pontuar que,

“Quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do artigo 1º, III, da Constituição, consolidou-se definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias)⁶⁴.”.

Todavia, um novo paradoxo é criado. Ao passo que as relações patrimoniais perdem força, com a ascensão de institutos jurídicos balizadores, tais como o abuso de direito; os princípios de boa-fé e confiança; e a função social do contrato e da propriedade, a chamada autonomia privada patrimonial perde sua consistência e intangibilidade. Contudo, não há que se confundir esta autonomia com àquela existencial. Com o já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana ocupando o ápice do ordenamento jurídico, seria necessário que se assegurasse um maior diâmetro para as escolhas pessoais. É exigível que, neste cenário, seja

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁶⁴ Ibid.

conferido, a uma pessoa digna e plenamente capaz, “um mais amplo poder de escolha sobre seus bens mais importantes⁶⁵”.

Entretanto, conforme fora ventilado, esta não é a interpretação mais imediata do artigo 11 do Código Civil de 2002, responsável por encabeçar o rol dos ditos direitos da personalidade. Já uma leitura mais atual e contextualizada, proposta, principalmente, pela doutrina civilista moderna, e acatada paulatinamente pela jurisprudência nacional, admite a ampliação de hipóteses de limitação voluntária. Logo na I Jornada de Direito Civil, no próprio ano de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., aprovou-se o Enunciado n. 4, mediante o qual sagrou-se o entendimento de que “*o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral*”⁶⁶.

Dois anos mais tarde, na III Jornada, sagrou-se o Enunciado n. 139, responsável por desconstituir, veementemente, a interpretação restritiva do referido dispositivo. Entendeu-se que, “*os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes*”⁶⁷. Isto é, por mais amplos e subjetivos que estes critérios possam ser, restou consolidado o entendimento personalista de que não é necessária a expressa previsão legal para que o indivíduo decida, voluntariamente, pela limitação de determinado atributo de sua personalidade.

⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁶⁶ Os enunciados aprovados nas diversas Jornadas de Direito Civil estão reunidos na internet, disponíveis em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>, acesso em 30.04.2013.

⁶⁷ Ibid.

Conforme restou demonstrado, os direitos da personalidade não constituem grande inovação do século XXI. Tampouco o Código Civil de 2002 foi o responsável isolado por assegurar, de forma inédita, as referidas prerrogativas. Para que haja a efetiva proteção aos aspectos mais pessoais de um indivíduo é preciso que a interpretação destas tímidas colocações legais seja a mais ampla e casuística possível. Maria Celina Bodin de Moraes, sempre precisa, defende a elevação destes direitos à chamada “cláusula geral de tutela da pessoa⁶⁸”. Em suas próprias palavras,

“Tal tutela deve ser concebida de forma unitária, dado o seu fundamento que é a unidade do valor da dignidade da pessoa. É facilmente constatável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado (...)”⁶⁹.

Conforme fora explanado, o regimento destes direitos personalíssimos deve se dar de forma integrada e nunca excludente. Todos os atributos devem ser entendidos conjuntamente, identificados como peças essenciais à formação daquele sujeito individualmente considerado. Como já visto, o direito subjetivo, por sua vez, foi concebido para “*titularizar as relações patrimoniais e não se adapta perfeitamente à categoria do “ser”, no âmbito das relações extrapatrimoniais (...)*”⁷⁰. E justamente este é o grande desafio da modernidade: expandir a identificação taxativa dos direitos da personalidade, encontrada nos onze artigos do novo Código Civil, até que se reconheça uma cláusula geral de proteção integral da personalidade humana.

Gustavo Tepedino é muito elucidativo quando dispõe que,

“A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de proteção do homem⁷¹.”.

Resta amplamente explicitada a flagrante necessidade de se conferir aos chamados direitos da personalidade o tratamento civil-constitucional adequado. Deve haver uma valoração principiológica e argumentativa, tendo em vista que a letra fria da legislação não é capaz de destrinchar todos os enfoques e desenvolvimentos dos predicados humanos. Indubitável que a lógica patrimonialista e a supramencionada ótica de proteção essencialmente repressivo-ressarcitória, não são capazes de dar o tratamento adequado à matéria em comento. Estes desdobramentos da personalidade são elásticos e abrangem um número ilimitado de hipóteses, somente encontrando limites na tutela do interesse de outras personalidades⁷².

Ultimando o raciocínio jurídico ora proposto, bem aduziu Maria Celina Bodin de Moraes, ao constatar que,

“(...) em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações que, portanto, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário⁷³.”.

Conquistado o *status* de cláusula geral, permanece o impasse com relação aos casos de abalroamento de interesses relativos à proteção da personalidade. São os chamados *hard cases*, onde se aplicam as técnicas de ponderação⁷⁴. A titularidade é, então, critério

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. in Temas de Direito Civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48 e 49.

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Alexy define os princípios como “normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus”, por meio de uma *ponderação*, a qual corresponde à seguinte medida de proporcionalidade: “Quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do outro.”. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón*. in MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

insuficiente para solucionar este tipo de conflito de interesses, em especial, quando no lado diametralmente oposto também reside uma expressão da dignidade de outra pessoa⁷⁵. Neste sentido dispôs o Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, no ano de 2006:

“Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação⁷⁶”.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁷⁶ Os enunciados aprovados nas diversas Jornadas de Direito Civil estão reunidos na internet, disponíveis em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>, acesso em 30.04.2013.

4. A PRIVACIDADE COMO AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: O DIREITO DE NÃO SABER.

Sob a égide do que se chamou, contemporaneamente, de direito civil-constitucional, a privacidade precisa ser entendida como a possibilidade de autodeterminação informativa, como se demonstrará, paulatinamente, a seguir. Há um espaço, constitucional e legalmente tutelado, para o indivíduo se autodeterminar, delimitar tudo aquilo que diz respeito a sua personalidade. Em função da já mencionada insuficiência técnica do legislador, os avanços doutrinários e jurisprudenciais são imprescindíveis e inafastáveis.

4.1. A PRIVACIDADE E O EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO "INFORMAÇÃO-DIVULGAÇÃO".

Como bem anotou Anderson Schreiber, aqueles que projetaram o Código Civil dedicaram ao direito à privacidade apenas um tímido artigo e, ainda,

“(...) empregaram a expressão vida privada, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer⁷⁷.”.

Como perfeitamente aduz Caitlin Mulholland, a interpretação do direito à privacidade deve se estender e abarcar situações de tutela dos ditos dados sensíveis, estes entendidos como àquelas informações que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa⁷⁸. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “dados sensíveis são os dados pessoais

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 128.

⁷⁸ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

que dizem respeito à saúde, opiniões políticas ou religiosas, hábitos sexuais e etc., aptos a gerar situações de discriminação e desigualdade⁷⁹”. Com o aumento exponencial do fluxo destes dados, em decorrência do incremento tecnológico e da diversificação dos mecanismos de recolhimento, armazenamento e processamento de informações, o direito precisou evoluir⁸⁰. Como adverte Danilo Doneda,

“Nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um “avatar” –, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses⁸¹”.

Para Anderson Schreiber, “*a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais*⁸²”. São aclamadas as características físicas, o código genético, o estado de saúde, as crenças religiosas, dentre outras. Bruno Lewicki, por sua vez, propõe que este controle seja feito pelo próprio titular e seja respeitada a liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial⁸³. Diante da flagrante e irreversível evolução da “tecnologia de dados”, é preciso que a interpretação do princípio ora em debate seja refeita e adaptada, a fim de que a garantia constitucional se estenda às situações fáticas hodiernas.

Para Stefano Rodotà, “*a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações*⁸⁴”, sendo a esfera privada “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle

⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008, p. 369 a 388.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 129.

⁸¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

⁸² SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p. 131.

⁸³ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

⁸⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

exclusivo⁸⁵”. Neste contexto, resta evidenciado que deverá prevalecer o entendimento de que a proteção aos dados mais íntimos de um indivíduo precisa ser assegurada integralmente. Isto é, deve ser legitimada, através do corolário ora analisado, a manipulação integral e exclusiva de informações pessoais pelo próprio sujeito.

O alargamento conceitual ora defendido foi proposto como uma tentativa de reequilibrar a relação “informação-divulgação”. Isto é, com o crescimento desenfreado da ciência e da tecnologia, a circulação de dados sensíveis se tornou mais intensa e imediata. O desenvolvimento da biotecnologia e da internet facilitou – consideravelmente – o acesso e posterior divulgação destes dados tão particulares. Como consequência direta, temos a proliferação das formas de violação da esfera privada. Neste panorama, dispõe acertadamente Caitlin Mulholland, ao defender que “*a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser molestado, mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais e, com isso, impedir a sua circulação indesejada*”⁸⁶”. No mesmo sentido, Anderson Schreiber dispõe que,

“(…) a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima (dever geral de abstenção). Impõe também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo⁸⁷”.

Outra exigência da atualidade é o dinamismo da proteção estabelecida. Nas palavras sempre esclarecedoras de Stefano Rodotà, a privacidade exige “um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos”, como resultado “*de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle*

⁸⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

⁸⁶ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 131.

*sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser constituída*⁸⁸.”.

Válida, neste momento, a ressalva que segue: muitas vezes, um dado entendido e/ou divulgado isoladamente não oferece “riscos” para o seu titular. Entretanto, a estigmatização, a aglomeração de determinadas pessoas em grupos pode se tornar absolutamente ofensiva e prejudicial⁸⁹. Quando há a reunião de *“um conjunto de informações disponíveis sobre certa pessoa, é possível classificar tais informações de acordo com critérios estipulados pelo organizador dos dados para construir “perfis” de consumidores, segurados, empregados, devedores e assim por diante*⁹⁰.”. Feito isso, “toda a complexidade da pessoa humana, em sua singular individualidade, fica reduzida à inserção em uma ou outra “categoria”, como fruto da sua representação virtual a partir de dados coletados de modo autorizado ou não⁹¹.”.

Anderson Schreiber vai além, subdividindo a problemática ora exposta em duas extensões. Para este, *“uma dimensão é procedimental, que se ocupa do modo como é obtido e tratado o dado pessoal e a outra é substancial, que se detém sobre o próprio uso que se faz do dado pessoal, o que implica, muitas vezes, em violações a outros direitos da*

⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

⁸⁹ No que diz respeito a estes conglomerados de informações, vulgarmente chamados de “perfis”, válida a menção à dois casos práticos. O primeiro deles se refere ao Decreto promulgado em Março de 2013, responsável por regulamentar a Lei 12.654/2012, possibilitando a implementação da Identificação Criminal com coleta de material de perfil genético do indiciado e a criação do Banco de Dados respectivo a ser tutelado pelo Ministério da Justiça. Há uma identificação criminal daqueles sujeitos. Os acusados terão os seus dados coletados e mantidos pelo prazo prescricional da lei. Conteúdo disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm, acesso em 08.06.2013. O segundo deles é o SINIAV (Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos). O Contran (Conselho Nacional de Trânsito) editou resolução responsável por determinar que todos os carros deverão, em um futuro próximo, ser equipados com um chip, para que haja o monitoramento 24 horas por dia. Fato é que sob a falacioso imperativo de segurança pública, a violação ao direito a privacidade vem se naturalizando. Conteúdo disponível em <http://siniav.net/>, acesso em 08.06.2013.

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 131.

⁹¹ Ibid.

*personalidade*⁹².”. O primeiro viés está diretamente relacionado com a forma de coleta de determinadas informações. Neste ponto, deve-se enfatizar a necessidade de autorização ou requisição do titular como condição fundamental. Ainda, é a vertente responsável por impossibilitar o uso indiscriminado de certo dado, ainda que fornecido livre e voluntariamente pelo indivíduo. Em suas próprias palavras:

“Daí a importância de uma tutela abrangente da privacidade, que não se limite a controlar a coleta de dados pessoais, mas que se estenda por todas as fases do processo informativo, impondo uma verificação séria da autenticidade dos dados fornecidos, seu armazenamento seguro, a verificação periódica de sua atualidade, sua utilização limitada à finalidade específica para a qual os dados foram fornecidos, sua destruição quando cumprida a aludida finalidade, o permanente acesso do titular aos dados coletados para fins de conhecimento ou correção, e assim por diante. São procedimentos impostos pelo direito à privacidade⁹³.”.

O segundo viés está relacionado à forma com que determinado dado ou informação é disseminado. A idéia central é de que a pessoa pode (e deve) controlar a representação de si mesma que, por sua vez, é, progressivamente, arquitetada com a conjugação de atributos pessoais. Para obstar qualquer manifestação odiosa ou discriminatória, a pessoa detém a prerrogativa de que os dados sejam utilizados de forma coerente e verossímil, sob pena de estar desrespeitado o princípio de proteção à privacidade entre outros direitos fundamentais. Como adverte Rodotà,

“O enorme aumento da qualidade 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 prevalecentes. Evocar a defesa da privacidade assume, portanto, significados diversos, dependendo de qual seja o objetivo perseguido através da coleta das informações⁹⁴.”.

⁹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 132 a 134.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

4.2. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ENQUANTO LIBERDADE PARA CONHECER OU DESCONHECER INFORMAÇÕES.

Consolidada esta primeira evolução interpretativa, isto é, feita a transição do “direito de ser deixado só” ao “direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais” passamos ao fenômeno da autodeterminação informativa. Para o atendimento integral das exigências contemporâneas, é preciso que seja assegurado o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, concepção esta ainda desdobrada em outra: qual seja a liberdade no que tange ao desconhecimento de determinadas informações⁹⁵. Isto é, o titular tem autonomia e competência para gerenciar àquelas informações capazes de distingui-lo dos demais, seja ativamente, buscando-as ou passivamente, obstando-as.

Neste diapasão, a proteção das informações pessoais não mais se limita a ingerência não autorizada de terceiros, mas também abarca situações onde o próprio titular escolhe não desenvolver aquele conhecimento. Este desdobramento proporciona a proteção da esfera mais estrita da privacidade. Isto se justifica por um dos valores mais consagrados de nossa Constituição Federal, qual seja, o da liberdade. Se há o amparo declarado à liberdade, há o amparo à possibilidade de escolha. Se há a proteção da liberdade de escolha, há a proteção ao “direito de não saber algo”. A esta concepção moderna deu-se o nome de “autodeterminação informativa⁹⁶”, na qual há a realização plena das liberdades existenciais⁹⁷.

Com a consagração desta nova linha conceitual – e posterior reconhecimento do chamado “direito de não saber” –, observa-se uma mudança de perspectiva no que tange a concepção de privacidade. É preciso

⁹⁵ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 92.

que o tradicional “*right of privacy*” seja adaptado face às exigências modernas, mas nunca derogado, tendo em vista que sua proposta ainda se adéqua (mesmo que de forma incompleta) às necessidades humanas. Ainda no entendimento criterioso de Caitlin Mulholland, somada a força positiva de proteção, esta entendida como o poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa (conceito tradicionalista), insurge uma força negativa, esta definida como “*o direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada*”⁹⁸.

Doutrinariamente o debate adquiriu consistência, posto que estudiosos renomados vêm se manifestando pela ampliação do rol protetivo atrelado ao direito de privacidade. Entretanto, no que tange a jurisprudência nacional, a questão ainda é bastante embrionária. A despeito de outros casos pontuais, tais quais, o “Caso Trevi” (STF, Tribunal Pleno, Recl 2040 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. em 21/02/2002, DJ 27/06/2003) e o “Caso do Menino Pedrinho”⁹⁹ (disponível em <http://www.db.com.br/noticias/?7729>, acesso em 10/02/2011)¹⁰⁰, merece considerável destaque o Recurso Especial número 1.195.995.

No julgamento do Recurso Especial ora mencionado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo descabimento de indenização por danos morais quando há a divulgação correta e verdadeira de dados médicos não requisitados para o próprio paciente, por inexistir, na concepção da maioria dos ministros, violação do direito à intimidade.

⁹⁸ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

⁹⁹ Neste ponto, válida a ilustração deste caso concreto. Pedrinho sempre se identificou como filho de Wilma. Entretanto, esta mulher foi responsável pelo seu sequestro e registro e não pela maternidade biológica. Wilma tinha, também, outros filhos. Durante as investigações, a polícia visava descobrir se os demais filhos eram biológicos ou não. Roberta Jamile depôs alegando “não querer saber” se era ou não filha biológica de Wilma, muito menos se aproximar da noção de sequestro. A despeito dessa expressa manifestação de vontade, uma guimba de cigarro foi utilizada para viabilizar o exame de DNA e constatar que ela havia sido sequestrada. Para desvendar um suposto crime, optou-se por desestruturar uma pessoa que viveu 24 anos acreditando ser filha e parte de uma família que, no final, era uma fraude.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 307 a 335.

Tratou-se, na origem, de Ação Indenizatória movida pelo paciente, em face do laboratório de análises clínicas, em virtude da realização equivocada de exame não solicitado, bem como da disponibilização de resultado positivo para uma doença de gravidade incontestável. Alegou-se a ocorrência de dano moral em decorrência da quebra de sua intimidade e, mais designadamente, a “violação do direito de não ter o conhecimento de sua real situação de saúde”.

Diante disso, requereu a reparação por danos materiais, correspondente ao tratamento psicológico no valor mensal de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) bem como a compensação por danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A Sentença julgou improcedente o pedido e o Acórdão negou provimento à Apelação interposta pelo paciente.

O Acórdão que fora objeto do Recurso Especial em comento, reconheceu a inexistência de dano moral na hipótese, por não ter havido falsa comunicação do resultado do exame anti HIV; pela não divulgação deste mesmo resultado a terceiros; pelo benefício conferido ao paciente através do prévio conhecimento da doença e pela suposta inexistência de nexo causal entre a conduta e o dano, tendo em vista que a doença não foi contraída por ato do hospital.

O recorrente, por sua vez, nas razões de seu Recurso ao Superior Tribunal de Justiça, aduziu que a realização de exame de HIV, com resultado positivo, violou sua intimidade, independentemente da divulgação do resultado a terceiros. Isto é, a violação da intimidade, em sua visão civil-constitucionalizada, decorreria da coleta desautorizada de dados sensíveis, bem como da cientificação ao próprio titular sem que houvesse prévia requisição.

Neste ponto, as lições de Carlos Alberto Bittar são fundamentais. O autor pontua duas espécies de atentados possíveis ao

direito à intimidade, quais sejam, a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação não autorizada de dados ou informações pessoais¹⁰¹. Paulo José da Costa Júnior assume a mesma linha de raciocínio. Distingue as hipóteses alegando que, ora a intimidade é agredida porque violada, ora a intimidade é lesada porque divulgada. Na primeira situação, a apreensão de notícias íntimas se dá de maneira ilegítima. Na outra, embora a aquisição de dados e informações seja autorizada, a ulterior revelação é ilícita¹⁰².

Diante do exposto, faz-se necessário avultar o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi que, infelizmente, foi voto vencido no referido recurso. Por maioria (Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco della Giustina), sagrou-se vencedora a concepção mais tradicional e menos arrojada de privacidade, onde o resguardo da vida privada se limita às ingerências indevidas de terceiros, e não se impõe diante da não solicitação ou demonstração expressa de desinteresse no conhecimento de dado pessoal¹⁰³.

No entanto, as palavras da eminente Ministra são de suma importância para o desenvolvimento desta nova concepção do direito constitucional à intimidade. Para ela,

“(...) o direito à intimidade do recorrente foi violado quando da realização de exame não autorizado, o que causou indevida invasão na esfera privada do recorrente (investigação abusiva da vida alheia). É irrelevante, portanto, o fato de que o resultado do exame não foi divulgado a terceiros¹⁰⁴”.

Isto é, defendendo uma interpretação diametralmente oposta daquela que foi definitiva para este processo, Nancy Andrighi aponta, em suas razões de voto, a flagrante violação da legítima expectativa do usuário

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 114.

¹⁰² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

¹⁰³ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹⁰⁴ O voto da Ministra Nancy Andrighi está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ. <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

quanto ao resultado esperado. Aduz, ainda, estarem presentes os elementos para a configuração da obrigação objetiva de indenizar: o dano (ainda que exclusivamente moral), o defeito do serviço e a relação causal entre os dois.

Nexo este que, por sua vez, deve se dar entre a revelação de dado não requerido pelo laboratório/hospital (conduta) e o dano moral sofrido por aquele que teve acesso não requisitado à informação pessoal própria (dano)¹⁰⁵. Vale ressaltar, ainda, que a precisão médica do resultado não é suficiente para fazer romper a cadeia de causalidade ou afastar a ilicitude do ocorrido. O dano que merece reparação é aquele caracterizado pela violação da intimidade em sua nova concepção constitucionalizada.

Nas sábias palavras de Caitlin Mulholland,

“A relação agora não é mais negativa, no sentido de impedir que outros acessem minhas informações, mas positiva, no sentido de não ter a pessoa a obrigação de ter o pleno conhecimento de sua situação de saúde¹⁰⁶”.

Resta indubitável que o direito precisa evoluir e se adaptar às novas necessidades sociais. Isto é, as relações interpessoais ditam as direções a serem seguidas pelo ordenamento jurídico – seja na criação de novas normas, seja no aprimoramento da interpretação daquelas já existentes. Retoma-se, então, o entendimento de que os avanços tecnológico-informativos geram um imperativo protetivo face aos direitos da personalidade¹⁰⁷. A dinâmica social é responsável por ampliar o conjunto de eventos merecedores de atenção por parte do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa¹⁰⁸.

A violação de um direito personalíssimo, em qualquer de seus aspectos, faz surgir a necessidade de ressarcir aquele dano causado, ainda que o mesmo possua cunho exclusivamente extrapatrimonial. Como

¹⁰⁵ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ STJ, 4ª T., REsp n. 757.411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005.

impecavelmente aduz Maria Celina Bodin de Moraes, o dano moral estará caracterizado sempre que houver uma lesão à dignidade da pessoa humana. Em seus próprios termos,

“(...) não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito¹⁰⁹”.

No caso ora em análise, a interpretação protetiva à autonomia existencial deveria se sobrepor a qualquer outro entendimento ventilado. Em regra, os indivíduos não possuem o conhecimento geral e irrestrito de todos os seus dados e informações sensíveis. Não há que se falar em presunção, nem sequer relativa, de que é seu interesse ter esse conhecimento¹¹⁰.

Não se visa afastar, ao menos não integralmente, o entendimento de que a saúde pública é um dos valores mais estimados em um Estado Democrático de Direitos. Entretanto, a própria idéia de democracia pressupõe a liberdade de escolha. Liberdade essa que deve permear todos os direitos personalíssimos, inclusive àquele em comento, qual seja o direito à intimidade. Neste cenário, defende-se o posicionamento de que a decisão (favorável ou contrária) acerca do conhecimento de dados sensíveis deve partir do próprio titular.

Os crivos de necessidade e adequação do conhecimento de determinados dados e informações serão estipulados pelo sujeito através de sua prerrogativa de autodeterminação existencial. O indivíduo precisa ter sua liberdade de escolha tutelada principalmente no que tange aos seus elementos mais íntimos. Isto é, este livre-arbítrio deve se estender até o

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188 e 189.

¹¹⁰ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

momento em que o sujeito opta por desconhecer um dado sensível. Eis o direito de não saber.

É preciso que se leve em consideração, também, os demais reflexos causados a uma pessoa quando da noção médico-matemática de sua condição de saúde. Não são raros os casos em que o indivíduo, ciente da gravidade da doença que possui, enfrenta outra dor, talvez até maior do que a física: a psicológica. Nestas situações, a violação a intimidade é ainda mais gravosa. Os portadores desta classe de doenças, sabidamente, sofrem preconceito em decorrência da ignorância de muitos no que tange aos meios de contaminação. É uma marca; um peso; um estigma capaz de afrontar direta e cruelmente os atributos da personalidade do sujeito doente¹¹¹.

Concomitantemente, é artificiosa a informação de que ao ter conhecimento de sua situação de saúde a pessoa estará apta a procurar assistência médica adequada. Vale ressaltar que os tratamentos de saúde não são forçosos no Brasil, como também não o podem ser as pesquisas laboratoriais quanto a doenças infectocontagiosas¹¹². Neste diapasão, não há que se estabelecer qualquer relação frontal entre a ciência da doença e a busca por tratamento médico. Não há que se generalizar. Mais uma vez, deverá prevalecer a autonomia da vontade do sujeito, especialmente diante de uma enfermidade cuja cura definitiva ainda não foi encontrada.

Também é falaciosa a alegação de que há uma correspondência direta e imediata entre o desconhecimento da doença e a propagação da mesma. No que tange ao vírus HIV/AIDS, a desobrigação de informar às autoridades sanitárias e médicas da contaminação é a maior prova de que a privacidade do portador de doença infectocontagiosa deve prevalecer face a necessidade de resguardar a coletividade. Ainda neste sentido, não é porque o sujeito desconhece ser portador de determinado

¹¹¹ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹¹² Idem.

vírus que irá se descuidar com a sua saúde e a de outros. Como bem esclarece Caitlin Mulholland em seu já mencionado trabalho,

“(...) da mesma forma que existem pessoas sãs que não tomam precauções para evitar a exposição a doenças infectocontagiosas, existem pessoas doentes que tomam inúmeras precauções para evitar que elas próprias sejam instrumentos para a difusão de doenças¹¹³”.

Não seria possível, neste caso em comento, estipular um juízo de ponderação entre o direito à intimidade e o direito à vida, pois este não é o cerne da questão. Não deve existir uma análise interpretativa e valorativa quanto à prevalência de um ou outro direito¹¹⁴. Fato é que a divulgação de informação pessoal sem solicitação gera danos, muitas vezes, irreparáveis. O direito à intimidade é constitucionalmente assegurado e deve ser tutelado, na via prática, em todas as suas vertentes. Todavia, a linha criteriosa adotada pelo Ministro Massami Uyeda foi a ponderativa. Nos termos de seu voto:

“Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável¹¹⁵”.

A despeito disto, como bem assevera Gustavo Tepedino ao comentar o artigo 21 do Código Civil,

“Na técnica de ponderação de bens e direitos, procura a jurisprudência verificar se é justificável o sacrifício do direito fundamental em questão, admitindo sua compreensão, quando esta for essencial e eficiente para a tutela de outro direito fundamental. Daí a necessidade de procurar compatibilizar, nos casos concretos, a privacidade com os demais interesses merecedores de tutela jurídica pelo ordenamento¹¹⁶”.

Neste sentido, dever-se-á aplicar a técnica da ponderação de princípios nos chamados *hard cases*. Isto é, naquelas situações onde o

¹¹³ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ O voto do Ministro Massami Uyeda está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ. <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição r.a., Vol. I, p. 62.

magistrado há de sopesar dois princípios constitucionais, pois a proteção integral de um deles afeta diretamente a integridade do outro. Todavia, este não é o caso do litígio em comento. Não existe qualquer colisão entre o direito à vida e o direito à intimidade. A divulgação não requisitada de dado sensível ao titular da informação representa, tão somente, a violação ao direito à intimidade (no seu aspecto mais desenvolvido). Não há que se falar, concretamente e neste marco temporal, em qualquer risco de violação do direito à vida¹¹⁷.

Além disso, como já explicitado, não há que se falar em uma prevalência genérica do interesse público. Caso seja assegurado ao Estado o fornecimento de informações pessoais de todos os pacientes admitidos em todos os hospitais de nosso país, com a falsa e ineficiente justificativa de preservação da coletividade, estaríamos dilacerando o direito à vida privada. Outro pronto já rebatido é aquele que associa o conhecimento da doença ao termo inicial de prevenção e cuidado com a saúde. Esta postura, protetiva e consciente é inerente à própria formação das pessoas. É algo intrínseco ao próprio viés comportamental de um indivíduo (sabidamente doente ou não). Não há que se estabelecer uma correlação direta¹¹⁸.

Ainda, vale ressaltar a hipossuficiência técnica de um paciente em face de um médico ou laboratório de análises clínicas. A partir do momento em que o profissional da área não fez o requerimento de determinado exame, o paciente cria uma expectativa de não mais existirem questionamentos acerca daquele vírus/doença. Neste sentido, é insustentável a alegação de que o doente estaria tentando se beneficiar de sua própria torpeza ao ingressar com Ação Indenizatória, tendo em vista

¹¹⁷ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹¹⁸ Ibid.

que sua intenção era pesquisar a existência de outras doenças que não aquela indicada no exame não solicitado¹¹⁹.

Diante de todos os argumentos já aduzidos, o pensamento mais adequado para dirimir a lide em comento é aquele constante do voto da Ministra Nancy Andrigli, embora vencido, ao indicar que:

“A intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade. (...)Dessarte, a realização do exame de HIV sem a prévia anuência do recorrente violou a intimidade desse, configurando ato ilícito, passível de compensação por danos morais, nos termos dos arts. 12, 21, 932, II, e 933 do CC¹²⁰”.

Resta configurada, através de uma interpretação civil-constitucionalizada da matéria, a flagrante violação ao chamado “direito de não saber”, entendido como um desdobramento lógico e contemporâneo do já consagrado direito à intimidade. Conforme fora salientado, a proteção a este direito constitucional deve se dar da forma mais ampla possível, para que se configure, com mais precisão, o cumprimento ao postulado da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁹ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011, p. 179 a 200.

¹²⁰ O voto da Ministra Nancy Andrigli está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ. <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

5. CONCLUSÃO.

Ainda que a densidade e o caráter controvertido do tema proposto não permita alcançar respostas definitivas, o caminho até aqui trilhado permite que se extraia, sob o título de considerações finais, as seguintes conclusões:

1. O chamado modelo proprietário ditou a construção doutrinária, legislativa e jurisprudencial por um extenso lapso temporal, fazendo com que os direitos da personalidade sequer fossem protegidos expressamente. Eram diminuídos à condição de predicados do indivíduo patrimonial. A preocupação central dos ordenamentos jurídicos era o desenvolvimento da propriedade privada, ocupando esta, papel de destaque em todas as compilações.
2. A própria noção de privacidade surge com a ascensão da burguesia, isto é, constituindo prerrogativa de um grupo específico, bem dotado. Mesmo este valor tão caro às sociedades modernas, ascende como privilégio daqueles mais abastados. Sendo a propriedade o elemento distintivo naquele momento, nada mais lógico do que os mais argentários possuírem seus atributos protegidos.
3. O conceito tradicional de privacidade se coadunava com o direito de ser deixado só (*right to be let alone*), difundido, inicialmente, nos Estados Unidos da América, através de artigo publicado por Warren e Brandeis. Havia uma forte associação com a noção de inviolabilidade do lar. Contudo, com a intensificação das relações sociais, esta definição passou a ser entendida como insuficiente para tratar do tema.
4. Ao longo do século XX, tais concepções foram sacramentadas como obsoletas, pois emergia como valor supremo a dignidade da pessoa humana. Ocorreu uma mudança paradigmática incontestável e as

legislações civis ao redor do mundo precisaram se modernizar, sob pena de serem consideradas ineficientes e ultrapassadas. Paulatinamente, observou-se a destituição do patrimonialismo como viés orientador.

5. Todavia, outro óbice foi encontrado, qual seja, o forte resquício paternalista dos governos ao redor do mundo. Ainda que os personalistas expusessem uma concepção emancipatória, visando o alargamento conceitual e interpretativo dos direitos da personalidade, bem como da privacidade, o Estado ainda se via legitimado a intervir nas escolhas dos particulares, por ter uma vontade, supostamente, mais esclarecida e apropriada.
6. Procurando extrair seus fundamentos de duas fontes, quais sejam, a proteção da esfera jurídica de terceiros, bem como a possível conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de determinados atos de particulares, os paternalistas encontravam certo grau de legitimidade para suas intervenções.
7. Contudo, a limitação excessiva da autonomia da vontade de um indivíduo faz surgir sociedades infantilizadas, absolutamente incompatíveis com os sistemas democráticos modernos. Por este motivo, ganhou força a corrente personalista que, mais uma vez, pensa na pessoa humana como ápice do ordenamento.
8. Ainda que a legislação brasileira seja tímida ao tratar do tema, a doutrina tentou solucionar esta insuficiência com a nomeação de uma cláusula geral. É proposta uma releitura dos 11 (onze) artigos que tratam dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, e desta vez, de trás para frente. Isto é, visando adimplir com a determinação constitucional do art. 1º, III, é preciso que seja conferido ao particular a chamada autonomia existencial.

9. Alguns fenômenos sociais podem ser apontados como responsáveis pela necessidade de renovação conceitual dos direitos da personalidade, em especial, do direito à privacidade/intimidade. De um lado, o crescimento exacerbado dos meios de comunicação, de outro o enfraquecimento de instituições antes entendidas como soberanas, tais como a Igreja, a política e a família.
10. Fato é que foi instaurada a chamada sociedade de informação, onde os dados pessoais são facilmente obtidos e sujeitos a circulação. O grande desafio atual é controlar o uso dos mesmos. É preciso obstar a tecnocracia da utilização dessas informações. A proteção da privacidade precisa ser dinâmica. Do contrário, será absolutamente ultrapassada e ineficiente.
11. A interpretação mais precisa e contemporânea da noção de privacidade é aquela que reconhece o direito à autodeterminação informativa. Há um espaço, constitucional e civilmente tutelado, para o indivíduo delimitar todo o substrato de sua personalidade, principalmente no que tange aos dados sensíveis, estes entendidos como àqueles que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa.
12. O sujeito deve poder controlar suas próprias informações. E mais, dessa assertiva decorrem duas consequências lógicas: a primeira diz respeito a possibilidade do sujeito autorizar ou não a circulação de seus dados pessoais, a segunda, por sua vez, concede ao titular o direito de obstar o conhecimento de determinado grupo de informações. É o que chamamos, modernamente, de direito de não saber.
13. Diante do exposto, é possível constatar que a proteção de informações pessoais não mais se limita ao controle da ingerência não autorizada de terceiros, mas também abarca situações onde o

próprio titular escolhe não desvendar aquele conhecimento. Insurge uma força negativa, enquanto direito de excluir da própria esfera particular uma gama de dados.

14. Resta inquestionável que o direito precisa evoluir e adaptar-se à nova realidade social. O ordenamento jurídico precisa atualizar-se, seja com a criação de novas normas, seja no aprimoramento da interpretação daquelas já existentes.

6. BIBLIOGRAFIA.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 7ª Ed., 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2007.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2008, xxxp. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

DI FIORE, Bruno Henrique. *Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica*.

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

DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. Monist, LVI, n. 1, junho de 1972. *Apud* PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*.

FACHIN, Luiz Edson. *Fundamentos, limites e transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 8, n. 31, 2005.

FIUZA, César. *Direito civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 9ª Ed., 2006.

HUBMANN, Heinrich. *Das persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 34.

MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008.

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

MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Rio de Janeiro: RTDC Revista Trimestral de Direito Civil V. 12, N. 46, Abril/Junho de 2011.

OLIVEIRA, Moacyr de. *Intimidade* in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 46/100 in SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008, p. 206.

PEREIRA, José Matos. *Direito de informação*. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008.

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

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Booksellers, v. I, 1999.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 32ª Ed., 2008.

STJ, 4ª T., REsp n. 757.411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005.

STJ, REsp n. 1.195.995, Rel. para Acórdão Min. Massami Uyeda, j. 22/03/2011.

TEPEDINO, Gustavo et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição r.a., v. I, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Ed., 2004.

WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Antheneum Publishers, 1967 in MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional, Organizador: José Ribas Vieira. Forense, 2008.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível, na íntegra, em http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf, acesso em 14.05.2013.

Art. 12, CC – 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.

Art. 1º, III, CF – a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 21, CC – 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.

Art. 21, CC – 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.

Art. 5º, X, CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O voto da Ministra Nancy Andrighi está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ:

<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

O voto da Ministra Nancy Andrighi está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ:

<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

O voto do Ministro Massami Uyeda está disponibilizado, na íntegra, no site do STJ:

<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000981867&pv=010000000000&tp=51>, acesso em 07.06.2013.

Os enunciados aprovados nas diversas Jornadas de Direito Civil estão reunidos na internet, disponíveis em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>, acesso em 30.04.2013.