



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À EXTIMIDADE

CIVIL LIABILITY FOR VIOLATION OF THE RIGHT TO EXTIMACY

Iuri Bolesina¹
 Tássia A. Gervasoni²

RESUMO

O presente estudo visa investigar se a utilização de dados da privacidade, surgidos de direitos da personalidade, coletados e usufruídos por terceiros graças a atos de extimidade, podem gerar responsabilização civil. Para tanto, utiliza-se como metodologia o método de abordagem indutivo, partindo-se do vivenciado e não de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos; o método de procedimento é o monográfico; a técnica de pesquisa é a documentação indireta. A estrutura busca revelar se há orientação jurisprudencial sobre a utilização de informação da intimidade de terceiros que foram voluntariamente expostas; se sim, averiguar se tal diretriz alinha-se com a leitura contemporânea da privacidade; e, por fim, se é possível falar (e em quais hipóteses) em responsabilidade civil por violação do direito à extimidade. Ao fim, em síntese, concluiu-se que a violação do direito à extimidade pode eventualmente gerar responsabilidade civil, seja de cunho subjetivo ou objetivo, a depender do ofensor. Isso, entretanto, perpassa pela revisão de dogmas assentados na jurisprudência pátria, tais como (a) o binômio pessoa notória - local público; (b) a premissa que espaços de socialidade são equivalentes a espaços públicos; (c) e a exigência do caráter pudico da fruição da privacidade (e direitos da personalidade), dentre outros. Sem isso, atos de extimidade seguirão desamparados juridicamente, sendo tratados como condutas narcisistas ou autoviolação de direito da personalidade.

Palavras-chave: Direito à extimidade; Liberdades comunicativas; Privacidade; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Does the present study investigate whether the use of privacy data, arising from personality rights, collected and enjoyed by third parties through acts of extimacy, can imply in civil liability. For this, is used as a methodology of approach the the method of inductive, starting from the experienced and not of concepts, rescuing, questioning and reinterpreting the assigned meanings; the procedure method is the monographic; and the research technique is indirect documentation. The structure seeks to reveal if there is jurisprudential guidance on the use of intimacy information of third parties that have been voluntarily exposed. If so, whether this guideline is aligned with the contemporary reading of privacy. And, finally, whether it is possible to speak (and in what cases) of civil liability for violation of the right to extimacy. Finally, in synthesis, it was concluded that the violation of the right to extimacy may eventually generate civil liability, whether of a subjective or

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela UPF. Advogado. Coordenador e Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Professora da graduação e do Mestrado em Direito na IMED. E-mail: tassiagervasoni@gmail.com



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

objective nature, depending on the offender. This, however, implies on the revision of dogmas based on the jurisprudence of the country, such as (a) the binomial notorious person - public local; (b) the premise that spaces of sociality are equivalent to public spaces; (c) and the requirement of the prudish character of the enjoyment of privacy (and personality rights), among others. Without this, acts of extimacy will remain legally forsaken, being treated as narcissistic behaviors or self-violating personality rights.

Keywords: Right to extimacy; Communicative freedoms; Privacy; Civil liability.

INTRODUÇÃO

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

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

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

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



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

A metodologia aplicada compreende o método de abordagem indutivo, buscando-se a interpretação da realidade a partir dos casos eleitos. Parte-se do vivenciado e não de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos, aplicando-se princípios gerais sobre o contexto específico. Como método de procedimento valer-se-á do monográfico. E, por fim, no que tange à técnica de pesquisa será a documentação indireta.

1 OS BASTIÕES JUDICIAIS DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Tradicionalmente, os tribunais superiores entendem que, se o próprio titular do direito da personalidade - imagem, voz, expressão - o veiculou em espaços vistos como públicos, a proteção a estes direitos existe, porém, não implica em necessária responsabilização civil para o terceiro que utilizou o direito. Evidentemente, ficam ressalvadas questões envolvendo crianças e adolescentes, bem como abusos de direito.

A orientação é especialmente fruto de decisão paradigmática exarada pelo STJ, no no REsp 595.600-SC, julgado em 2003, acerca de fato ocorrido em 1994, em que se debateu a publicação de foto em jornal, de uma mulher, na praia, realizando topless. Neste julgando asseverou-se que seria disparate, em nome da proteção da privacidade, estabelecer uma blindagem à pessoa que a tornasse imune de qualquer publicação da sua imagem. Indicaram, ademais, que a fotografada não é pessoa que vive comercialmente da sua imagem, bem como que a imagem foi capturada em local público e não em espaço privado, de sorte que a própria fotografada optou por expor sua intimidade na praia. Concluíram os julgadores que: “Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada”. Por seu turno, o STF julgou o RE 438406 (SC), em 2014, e não proveu o recurso, escudando-se na sua súmula 279 (“*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”).

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

Estes argumentos são bastiões que, somados ou autonomamente, balizam decisões



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

judiciais em torno da privacidade e dos direitos da personalidade que por ela transitam. São determinantes para o sucesso ou fracasso de demandas judiciais reparatórias, atingindo a questão da ilicitude ou do nexo de causalidade. Anedoticamente, observe-se dois julgados que se valeram das mesmas premissas utilizadas pelo STJ.

O primeiro caso, ocorrido no Rio Grande do Sul, e julgado em 2016, analisou situação na qual uma mulher foi fotografada em uma boate e teve suas fotos veiculadas por terceiro em redes sociais, sem qualquer consentimento. Narrou a parte autora que, em determinada data, frequentou uma boate, pois, naquela noite, até as 24h, a casa funcionava como um clube restrito apenas para mulheres, havendo show no estilo “clube das mulheres” com *gogo boys*. Passou-se que, a autora, sem saber, foi fotografada dançando e interagindo com os *gogo boys* e, posteriormente, essas fotografias foram reproduzidas pelo réu em redes sociais, oportunidade na qual a autora foi alvo de críticas que lhe chamavam de “vagabunda” e “prostituta”. Pleiteou, assim, a remoção das imagens e reparação por danos morais.

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

A decisão judicial de primeiro grau fundou-se em dois pontos basicamente: (1) a festa era pública e (2) a própria autora expôs sua intimidade sem qualquer pudor, causando a si os danos sofridos (fato exclusivo da vítima)³. Em segundo grau, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos, tendo-se agregado, contudo, que o julgador deveria estar atento para não cair nos falaciosos pedidos de “dano moral à brasileira”, que

³ A juíza afirmou: “E, o fato de ser privativa para mulheres, não lhe retira a natureza de local público, pois aconteceu em uma boate, com várias pessoas presentes. Ora, a própria natureza do evento já lhe retira o caráter comum, como se fosse qualquer outra festa. A autora se deixou fotografar naquelas condições: abraçada a um homem semi-nu e vestida com roupa curtíssima, deixando aparecer suas partes íntimas para todos os que estavam presentes naquele local. A autora não estava em sua casa. Ela própria expôs a sua intimidade em local onde várias pessoas se encontravam. [...] Contudo, o dano moral alegado originou-se da própria conduta da autora ao se expor em local público com diversas pessoas presentes. [...] a fotografia da autora foi exposta em grupo fechado de rede social e sem que, no ato da publicação, aparecesse o seu nome, o qual surgiu depois, a partir dos demais comentários. Não foi o réu quem expôs a autora e sua honra, foi ela mesma quem se expôs em público. [...] Tenho que a partir do momento em que a autora não teve objeção alguma de que diversas pessoas pudessem observar sua intimidade, expondo-se da forma como consta na fotografia da fl. 11, não pode ela vir à Justiça alegar que sua honra foi violada, pois deu causa à exposição” (BRASIL. TJRS, Sentença Cível n. 1.12.0002239-1, 2015).



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

banalizam a figura jurídica do dano moral. Ao lado disso, reiterou que “apenas” a imagem da autora foi veiculada, mas sem estar acompanhada de seu nome, o qual surgiu posteriormente, por meio de comentários dos usuários da rede social.

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

No mérito, as revistas réis defenderam-se invocando aquilo que se pode denominar de “*Check List* de defesas em caso de suposta violação da privacidade alheia”. Em máxima síntese, com base nos art. 5º, IX e X, bem como art. 220, todos da CF; art. 20, do CC; e ADPF 130, são estes os argumentos geralmente invocados nestas discussões: a) ausência de direitos absolutos; b) interesse público na publicação da informação de fato verdadeiro ou notório; c) pessoas notáveis (públicas e/ou famosas) têm sua privacidade diminuída; d) imagens, som ou texto captados em espaço público (físico ou virtual); e) fato exclusivo da vítima (que fruiu indevidamente dos seus direitos); f) texto elogioso (que não causa dano); g) desnecessidade de autorização prévia para exercício da expressão ou imprensa; h) inexistência de finalidade econômica ou comercial direta (súmula 403, STJ⁴); i) ausência de violação aos direitos personalíssimos; j) vedação de censura.

A decisão de primeiro grau acolheu os pedidos dos autores, porém o TJSP reverteu a condenação. Entendeu que as publicações não cometem abuso algum. O TJSP pontuou que, muito embora as revistas tenham publicado situação pessoal e não profissional dos autores, “a pessoa pública, tem seus direitos à intimidade, à honra, à imagem mais reduzidos em relação às pessoas em geral”. Ademais, entendeu-se que a notícia não é item de chamada na capa, ou seja, claramente não visava atrair clientes ou obter lucro⁵.

⁴ Súmula 403, STJ: “Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

⁵ Disse o TJSP: “Como se sabe, a pessoa pública, tem seus direitos à intimidade, à honra, à imagem mais reduzidos em relação às pessoas em geral, pelo fato de estarem sujeitas a maior exposição em decorrência da própria condição social e profissional em que se acham. [...] o que não teria de ser suportado por uma pessoa dedicada a atividades privadas, tem de ser tolerado por pessoa pública”. Ademais, a notícia não é item de chamada na capa, ou seja, claramente não visava atrair clientes. [...] Celebridades e atores de televisão são celebridades despertam curiosidade natural nas pessoas comuns. É assim em todo o mundo. Portanto, dentro de certos limites, a divulgação de sua vida em



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Não obstante as decisões estejam alinhadas entre si, seguindo um mesmo vetor interpretativo traçado pelo STJ, ocorre que, na contemporaneidade, estes argumentos estão esfacelando-se diante das atuais formas de ser e estar em sociedade. Diante da tecnologia atual e da naturalização sociopolítica dos estados de vigilância e de *information warfare*⁶, os argumentos, fatalmente, passam a ser anacrônicos.

2 ONDE RESIDE O ANACRONISMO DA TUTELA DA PRIVACIDADE (?)

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

Para contextualizar o dito: na data do fato julgado pelo STJ, em 1994, sequer a internet era democratizada no Brasil. Na data do julgado em si, 2003, apontavam os primeiros celulares com câmera. Diga-se que os primeiros celulares com câmera foram comercializados em 2001, custando consideráveis valores (cerca de 400 dólares) que impediam o acesso de muitas pessoas a eles. Eram elitizados e reservados para poucos usuários. Possuíam limitadas câmeras que podiam chegar ao máximo de 0.3 megapixels e sua memória permitia o armazenamento de até 20 fotografias.

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

público, é igualmente natural e permitida, cabendo ser tolerada se, como neste caso, sem excesso, constrangimento ou desprestígio para a pessoa do artista e sua figura pública”.

⁶ KIYUNA, A.; CONYERS, L. *Cyberwarfare Sourcebook*. Lulu.com, 2015.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

“ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais”, restando-se em desarmonia com o contexto social, político e jurídico.

Juridicamente, a noção de privacidade vai além do seu perfil clássico entendido como o “direito de ficar só”. Hoje, privacidade é melhor trabalhada como o poder de autodeterminação informativa, isto é, “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”⁷. O direito à privacidade protege uma esfera pessoal e não uma conexão com a casa; protege pessoas e não lugares⁸. Segundo essa linha de gestão informacional, no ciberespaço, especificamente, Paul Bernal⁹ e Valéria Ribas do Nascimento¹⁰ entendem que o direito à privacidade é composto por quatro bases: navegar com privacidade; monitorar quem monitora; apagar dados pessoais; e proteger a identidade on-line.

Essa tendência de gestão informacional tem dois méritos: (a) congregar as lógicas americanas e europeias de tutela da privacidade; e, consequentemente, (b) unificar diversas denominações sob o espectro da privacidade - todos reunidos e representados, *grosso modo*, pela privacidade - sem prejuízo de suas características peculiares¹¹.

Rodotà¹² desvelou essa nova forma de interpretar a privacidade apontando três movimentos: primeiro, a ampliação da ideia de privacidade com o acolhimento da tutela sobre a proteção de dados pessoais. Segundo, a redefinição (enriquecimento) substancial de privacidade com a revisão da dicotomia público e privado para algo mais complexo no qual transitam espaços sociais e informações pessoais. Terceiro, o deslocamento do núcleo “privado” para o núcleo “pessoal”, de modo que as informações não são analisadas em primeiro momento como públicas ou privadas, mas sim como pessoais ou não pessoais.

⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

⁸ ETZIONI, Amitai. *Privacy in a cyber age: policy and practice*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 61.

⁹ BERNAL, Paul. *Internet privacy rights: rights to protect autonomy*. Cambridge: Cambridge University, 2014.

¹⁰ NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, 20117, p. 279.

¹¹ NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, 20117, p. 275.

¹² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Diante disso, concluiu Rodotà¹³ pela existência de quatro deslocamentos na interpretação do direito à privacidade: 1) do direito a ser deixado só ao direito de manter controle sobre as informações pessoais; 2) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa; 3) do direito de estar só à não-discriminação; e, 4) do sigilo ao controle.

Socialmente, o impacto é um gradual deslocamento de uma sociedade disciplinar¹⁴ para uma sociedade de controle¹⁵. Abrem-se inúmeros espaços de socialidade, muitos típicos da sociedade de consumo e do espetáculo¹⁶, nos quais não apenas há constante vigilância e visibilidade, como também estas são toleradas e, não raro, desejadas. Convivem, como faces da mesma moeda, lógicas de vigilância e visibilidade.

A vigilância congrega três tipos simultâneos de existir: o *panóptico*¹⁷, no qual o Grande Irmão vigia a todos; o *sinóptico*, onde muitos vigiam poucos - como em um Big Brother¹⁸; e o *palinóptico*, ou seja, “um modelo reticular e distribuído onde muitos vigiam muitos ou onde muitos veem e são vistos de variadas formas”¹⁹. Portanto, o que se vive hoje não é apenas a vigia do Grande Irmão, pois também o fazem inúmeros *pequeninos irmãos travessos*, os quais todos em sociedade portam em seus corpos, bolsos e mochilas na era pós-PC: *smartphones*, *smartwatches* e outros dispositivos assemelhados²⁰. A título de efeitos, em termos de vigilância, todos estão vigiando todos constantemente, sendo a maior prova disso a quantidade de vídeos amadores na internet, relatando diversas situações, bem como imagens, áudios e *prints* de conversas circulando por onde não deviam.

Por outro lado, quanto à visibilidade, dois contextos uniram-se: as chamadas tiranias da intimidade e da visibilidade. Antes falava-se apenas em uma “tirania da

¹³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97-98.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹⁵ DELLEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Perbart. Ed. 34. São Paulo: Ed. 34, 1992.

¹⁶ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

¹⁷ BENTHAM, Jeremy. *The Panopticon Writings*. London: Verson, 1995.

¹⁸ MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'panopticon' revisited. In: *Theoretical Criminology*, May. 1997, vol. 1, n. 2, pp. 215-234.

¹⁹ BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 47.

²⁰ KEEN, Andrew. *Vertigem digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 56.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

intimidade”²¹, isto é, um “dever de privacidade”: um conjunto de regras, interpretações e boas práticas que afirmavam que a privacidade deve ser pudica e fruída no recôndito. Nesse contexto, a personalidade individual desenvolvia-se com base em uma visão intimista das relações sociais. Viu-se o declínio da esfera e da vida pública-política e a ascensão de uma esfera privada pessoalizada, menos “politzada” e mais “psicologizada”. Hoje, entretanto, fala-se em uma “tirania da visibilidade”²², a qual impõe um “dever de visibilidade”: para não correr o risco de não existir é preciso estar sempre visível e, se possível, transparente. Vive-se ainda a tirania da intimidade, mas uma intimidade que é agora colocada em um local visível e social.

Politicamente, explodem tensões, conflitos e confrontos em torno de questões identitárias que se valem de uma miríade de ferramentais tecnológicos e que agora têm como campo de batalha não apenas o “mundo físico”, como também o espaço virtual. E, essas tensões transitam em duas vias paralelas (às vezes sobrepostas): uma pessoal e outra social. Trata-se daquilo que Foucault²³ já afirmou: “devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente enquanto identidades, mas enquanto força criativa”. Essas batalhas, então, marcam formas simbólicas e fáticas de dizer “eu estou aqui e assim sou” perante si mesmo, como forma de emancipação pessoal, e perante terceiros, como modo de empoderamento social²⁴. Há crescente consciência de que “não se tem identidade, mas se é identidade”²⁵.

Sobre os ferramentais, a visibilidade, ou melhor, as táticas de visibilidade são elementos destacados nesse campo de tensões, isso é: vejo e sou visto, logo existo²⁶. Visibilidade como forma de marcar, defender e lutar um lugar identitário a ser considerado. Em primeiro momento algo mais crucial, como o “direito de ser visto” ou

²¹ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 483-483.

²² SIBILIA, Paula. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 105.

²³ FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. In: *Verve*, 5, pp. 260-277, 2004, p. 262.

²⁴ “Respeitar a diferença não pode significar ‘deixar que o outro seja como eu sou’ ou ‘deixar que o outro seja diferente de mim tal como eu sou diferente (do outro)’, mas deixar que o outro seja como eu *não sou*” (PARDO, José Luis. *El sujeto inevitable*. In: CRUZ, Manuel (org.). *Tiempo de subjetividad*. Barcelona, Paidós, 1996, p. 154).

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 220.

²⁶ TISSERON, Serge. *Intimité et extimité*. In: *Communications*, 88 (Cultures du numérique [Número dirigido por Antonio A. Casilli]), 2011, p. 84.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

“direito de aparecer”²⁷ traçado por Butler²⁸; mas, na sequência, também algo menos peremptório como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público ou estigmatização social”, em um quadro caracterizado justamente pela ‘liberdade das escolhas existenciais’²⁹. As táticas de visibilidade identitária aparecem desde atividades mais intimistas - atos de extimidade - (um afeto à/o companheira/o) em espaço público, um bronzeamento de topless na praia, uma foto no Instagram, um desabafo no Facebook ou Twitter, até questões mais complexas e públicas (um protesto, uma exposição de arte chocante, adesão a movimentos sociais, tatuagens simbólicas).

Por seu turno, o campo de batalha também é diferenciado de outrora, pois resta ampliado em dois sentidos: (a) agregado pelo contexto virtual; (b) agregado pelo social. Primeiro, tem-se o fato de que é uma falácia falar-se em “mundo real” e “mundo virtual”. Em verdade, há “físico e virtual”, não sendo uma oposição (real x virtual - o virtual é real), mas sim uma complementação entre o físico e o virtual: o virtual como segmento do físico³⁰⁻³¹. Justamente por isso que os preceitos éticos de conduta, bem como inúmeras questões legais, são os mesmos em ambos os cenários³²: o que é inadequado num, continua sendo inadequado outro. Isso afasta em definitivo a ideia de que os locais virtuais, notadamente a internet, são “terras sem lei”.

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

²⁷ Se trata de uma proposta de visibilidade individual ou coletiva, em espaços físicos e/ou virtuais, de grupos vulneráveis em face da invisibilidade e opressões operacionalizadas contra si pelo modelo estabelecido e não raro defendido como a vontade da maioria.

²⁸ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

²⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93.

³⁰ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. São Paulo: 34, 2010, p. 50-51.

³¹ Com a “cotidianização” da tecnologia, esse estranhamento (essa falácia) irá desaparecer, pois o “estranho” é somente algo familiar visto de uma perspectiva diferente do habitual. O digital e o virtual tornam-se gradativamente usuais, e acabarão invisibilizando-se no dia-a-dia. Hoje, por exemplo, ninguém fala que um ebook, cyberbullying ou um webnamoro são coisas “irreais”.

³² DIAS, Felipe da Veiga. *O direito à informação na infância online*. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016, p. 155.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

“redes privadas”.

Isso não significa o desaparecimento do público e do privado, mas apenas que nos ambientes sociais não se deve taxativamente tratar as informações como públicas. No campo social, o público e o privado foram diluídos formando um “jogo de luz e sombras”, um degradê onde os extremos são a alta visibilidade e a baixa visibilidade e o meio é uma miríade de interações sociais. Essa perspectiva evoca a ideia de “continuidade”. Esses espaços interpenetram-se para mais ou para menos; completam-se e não se excluem³³. E é nesse ponto que a privacidade ganha novas cores: a intimidade que é visível no social não é necessariamente pública nem privada: ela é êxtimo - daí porque se falar em direito à extimidade³⁴. Uma fotografia pessoal postada no Facebook, por exemplo, a depender do contexto pode ser considerada uma imagem pública, uma imagem privada ou uma imagem êxtima, exigindo-se, assim, que a própria teoria dos direitos da personalidade atualize-se, a fim de considerar ambientes de socialidade.

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

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

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

Por direito à extimidade sugere-se a faculdade que se tem de usufruir propositivamente de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação

³³ CARDON, Dominique. *A democracia internet: promessas e limites*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 48-49.

³⁴ BOLESINA, Iuri. *O direito à extimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

veiculada pública, visando a emancipação e/ou empoderamento³⁵. Em termos práticos é o poder de controlar essas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas. Agora, aquilo da intimidade que se mostra nas redes sociais não é mais íntimo, mas também não é público: é êxtimo. No Dizer de Sibilia³⁶: “*la vieja intimidad se transformó en otra cosa. Y ahora está a la vista de todos*”.

Essa noção reconhece que, sem prejuízo da tendência unificadora de vários direitos sob o gênero privacidade, algumas informações são mais sensíveis e profundas em termos identitários, fazendo parte da intimidade pessoal (questões de afeto e sexualidade, preferências religiosas, filosóficas, políticas, relações de saúde pessoal, dentre outras). Essas informações devem ser fundadas no “princípio da exclusividade”, de modo que somente seria integrante da intimidade aquilo que pode ser mostrado ou ocultado a partir da exclusiva discricionariedade do titular³⁷. Importam apenas ao(s) seu(s) titular(es) e a mais ninguém - em tese. Tais dados merecem um tratamento especial, mais diligente por parte do judiciário, aceitando-se a lógica “quanto mais - tanto mais”³⁸. Assim, quanto *mais* ameaça/violação a questões que orbitam a esfera de exclusividade de disposição informacional de uma pessoa, *tanto mais* devem ser os esforços para evitar/reparar a ameaça/dano.

No mesmo sentido, a ideia proposta faz clara cisão espaço-temporal entre as ideias de “publicização voluntária” e “consentimento para utilização”. Logo, o consentimento

³⁵ Note-se as inúmeras situações em que pessoas criam *blogs/vlogs/postagens* para compartilhar sua intimidade e receber *feedbacks* (apoio, críticas, reflexões, comentários em geral), em razão de uma doença que enfrentam, de uma vivência que as ofendeu ou de uma situação presente que visa transformar. Em muitos desses casos aquele que manifesta está buscando (auto)aceitação, (auto)reconhecimento, empoderamento ou realização pessoal, a fim de transformar sua realidade. Aquele que enfrenta a depressão e tenta melhorar suas condições; aquele que foi ofendido por ser ateu e mira defender sua interpretação; aquele que busca afirmar-se/aceitar-se enquanto homossexual, e tantos outros exemplos. Em todos e em qualquer dos casos, vê-se alguém extimizando, ou seja, expondo sua intimidade, recebendo resposta e realimentando, enriquecendo, sua intimidade.

³⁶ SIBILIA, Paula. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 93.

³⁷ Note-se que, em sentido oposto, em termos gerais de privacidade, nem sempre é possível a fruição desta discricionariedade já que há dados privados que são pertinentes para a vida em sociedade e para a gestão do Estado.

³⁸ BARRETO, Wanderlei de Paula. *Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea*. 2009. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br>. Acesso em: 01 mai. 2015, p. 21.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

ganharia uma função social (que o vincula ao livre exercício e desenvolvimento da personalidade) ao lado da clássica função jurídica (selo do negócio jurídico)³⁹ (daí o porquê seja ingênuo falar que a pessoa “assume o risco”, pois estar-se-ia culpabilizando a vítima).

Tradicionalmente, o Judiciário tem tutelado atos de extimidade (de direitos da personalidade) por meio de tutelas inibitórias, cessando a lesão ou impedindo a ameaça de lesão (art. 12, CC e art. 497, PU, CPC). Isso não significa, obrigatoriamente, que a mesma situação contasse com resolução positiva em termos de responsabilização civil. Bom exemplo é o famoso caso “Cicarelli”, no qual a modelo e seu então namorado ajuizaram apenas Ação Inibitória, evitando eventual derrota em ação reparatória⁴⁰.

Em termos de responsabilidade civil a questão pode cindir-se em três: (a) a de pessoas comuns; (b) a do jornalista, enquanto profissional liberal; e, (c) da empresa de comunicação, enquanto fornecedora de serviços, que responde objetivamente. Quanto a pessoas comuns e quanto ao jornalista a responsabilidade é subjetiva. A vítima deve demonstrar que o ofensor cometeu um ato ilícito (art. 186 ou 187, CC), agiu com culpa (dolo ou culpa estrita), causou dano e que há nexo de causalidade entre a conduta e o dano. No caso do jornalista, ademais, sua profissão lhe exige o dever ético de verdade, vedando a disseminação de fatos inverídicos. Por seu turno, quanto à empresa, a responsabilidade é objetiva. A vítima deve demonstrar que a empresa exerce sua atividade com habitualidade e que esta implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, PU, CC); a violação no dever de segurança ou adequação; além disso, deve comprovar o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o dano e a atividade.

O reconhecimento da responsabilização civil por violação do direito à extimidade é caminho que ainda está por ser trilhado e lapidado. Não obstante, indícios da sua possibilidade começam a aparecer nos tribunais, como no julgado do TJSP, em 2018, na Apelação Cível n. 024293-40.2016.8.26.0007. No caso, a ex-participante do Big Brother Brasil 5, Aline, ajuizou demanda em face de empresas de comunicação. A autora relatou que as empresas realizaram uma série de reportagens sobre sua atual vida privada (11 anos depois do BBB que participou), valendo-se de fotografias que possuía no Facebook, sem o seu consentimento. Vale destacar o contexto das matérias: quando participou do BBB,

³⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

⁴⁰ Lembrando que ao casal foi reconhecida *astreint* em desfavor da Google, no valor de 250 mil reais para cada, em razão do atendimento intempestivo do comando judicial.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Aline ficou conhecida como “Aline X-9”, em razão das intrigas que causava. Em razão disso, se tornou *persona non grata* e foi eliminada com históricos 95% de rejeição.

Em decisão, o TJSP, por maioria, reconheceu que, muito embora o direito à privacidade não seja absoluto e as “pessoas notórias” (celebridades, pessoas públicas) sofram, juridicamente, certas ressalvas na tutela deste direito, também o direito à imprensa não é irrestrito. No caso, fatos que não digam respeito ao interesse público ou que invadam informações da intimidade alheia ficam desamparados da imunidade jurídica da liberdade de imprensa. Ao lado, afirmou-se que, mesmo a configuração de “perfil público” das redes sociais não autoriza, só por isso, a livre reprodução do conteúdo veiculado pelo seu titular⁴¹. A vítima foi reparada no valor de R\$ 20 mil.

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

CONCLUSÃO

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

Esse direito passou por profunda ampliação de sentido desde a sua origem, em muito motivado pelo contexto contemporâneo. Em suma, já não é apenas a faculdade de “estar só” e “não ser importunado”, mas também, notadamente, o poder de gestão de dados pessoais para fins de autodeterminação informativa. Muito especialmente no ciberespaço, a privacidade ganha uma perspectiva ativa, consistente em um conjunto de

⁴¹ Disse-se que o TJSP: “teve fotografias atuais reproduzidas sem autorização, extraídas de seu Facebook, sofrendo ofensa a sua autoestima, uma vez que a matéria não tinha interesse jornalístico atual, e não poderia ser divulgada sem autorização [...] Saliente-se que o livre acesso às páginas do Facebook não autoriza a livre reprodução de fotografias, por resguardo tanto do direito de imagem, quanto do direito autoral”.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

poderes perante terceiros e visando uma navegação segura cujo histórico não implique em discriminações.

Nesse contexto, também ocorre uma série de influxos sociais e políticos. Socialmente, tem-se um gradual deslocamento de uma sociedade disciplinar para uma sociedade de controle, temperada por questões de consumo e espetáculo. Estimulam-se lógicas simultâneas de vigilância e visibilidade reticuladas que acabam formando sístole e diástole da convivência em espaços de socialidade - que mesclam o público e o privado.

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

Portanto, não é surpresa que as práticas de extimidade, ou seja, de exposição voluntária de fragmentos da própria intimidade em espaços de socialidade, seja um comportamento generalizado. Não à toa, então, passa a ser coerente falar-se em um direito à extimidade como a faculdade que se tem de usufruir propositivamente de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando a emancipação e/ou empoderamento. Em termos práticos, é o poder de controlar essas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas.

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



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

seguirão desamparados juridicamente, sendo tratados como condutas narcisistas ou autoviolação de direito da personalidade.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. 2009. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br>. Acesso em: 01 mai. 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

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

DIAS, Felipe da Veiga. **O direito à informação na infância online**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, 20117, p. 265-288.

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

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

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

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

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

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

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