

Proteção do direito à vida privada na sociedade da hipereposição: paradoxos e limitações empíricas

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da ROCHA*

Klever Paulo Leal FILPO**

RESUMO: Os estímulos de uma sociedade marcadamente visual e unida de modo complexo pela tecnologia digital das assim chamadas *redes sociais* produzem uma exposição cada vez mais intensa que pode acarretar efeitos nefastos sobre a vida de seus usuários, gerando desafios para o direito e convocando os juristas do século XXI a repensarem os instrumentos clássicos de proteção da vida privada. O presente artigo enfoca a chamada tutela inibitória como um desses mecanismos de proteção. Metodologicamente, combina uma revisão bibliográfica com o estudo de decisões judiciais emanadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para refletir sobre limitações práticas da tutela inibitória.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela inibitória; direito de personalidade; vida privada; estudo de casos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A proteção da vida privada: da definição clássica ao direito à autodeterminação informativa; – 3. A insuficiência da tutela reparatória: uma visão prospectiva da responsabilidade civil; – 4. A tutela inibitória como instrumento de proteção; – 5. Perplexidades empíricas da tutela inibitória; – 5.1. Um caso em que a tutela inibitória prospectiva não foi concedida; – 5.2. Dois casos em que a tutela inibitória foi concedida, a posteriori; – 5.3. Reflexões sobre os casos examinados; – 6. Considerações Finais; – Referências.

TITLE: *Protection Of Right To Privacy In The Hyperexposition Society: Paradoxes And Empirical Limits*

ABSTRACT: *The stimuli of a visual society, linked by digital technology of the so-called social networks, produce an increasingly intense exposure which, however, can have harmful effects on the lives of its users. It generates challenges for law and calls jurists of the 21st century to think about the classic instruments of protection of private life. This article focuses on the so-called inhibitory tutelage as one of these protection mechanisms. Methodologically, it combines a bibliographical review with the study of judicial decisions from the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro to reflect on some practical limitations of inhibitory protection.*

KEYWORDS: *Injury protection; personality rights; private life; case study.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Privacy protection: from the classic definition up to the right to self-determination; – 3. The insufficiency of reparative protection: a prospective view of civil liability; – 4. Inhibitory protection as a procedural protection instrument; – 5. Empirical perplexities of inhibitory protection; – 5.1. One case in which prospective protection was not granted; – 5.2. Two cases in which protection was*

* Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

** Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (PPGD/UGF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP) e Pesquisador do INCT/InEAC/UFF.

belatedly granted; – 5.3. Reflecting on the cases; – 6. Final considerations; – References.

1. Introdução

Em abril de 2015, Tiziana Cantone envolveu-se em uma situação que viria a desestruturar sua vida. Na ocasião, a italiana enviou através do aplicativo *WhatsApp* para cinco pessoas (dentre as quais o namorado, Sergio Di Palo) alguns vídeos íntimos, nos quais mantinha relações sexuais com diferentes parceiros. Os vídeos, rapidamente compartilhados, foram parar em páginas de conteúdo erótico, sendo acessados por inúmeras pessoas. Suas únicas palavras, ditas em um desses vídeos e dirigidas ao homem que segurava a câmera – *você está fazendo um vídeo? Bravo!* – se disseminaram rapidamente, sendo alvo de comentários satíricos e montagens de cunho supostamente humorístico¹. Sua aparente desinibição parecia, aos olhos de muitos, conter uma autorização implícita para que sua imagem circulasse livremente².

Desesperada com a repercussão tomada pela propagação dos vídeos, Tiziana ajuizou ação na Justiça italiana, pleiteando a supressão dos mesmos, alegando terem sido disponibilizados em sites públicos de forma alheia ao seu consentimento. A Corte napolitana acolheu o pedido para a retirada do material, tendo determinado, contudo, que ela realizasse o pagamento de vinte mil euros a título de custas legais. Ademais, a retirada do material dos referidos *sites* e dos principais mecanismos de busca não impediram que os vídeos, replicados de modo incontrolável por incontáveis meios, ainda pudessem ser obtidos, tampouco evitaram a repercussão devastadora. Em 13 de setembro de 2016, Tiziana, de 31 anos, cometeu suicídio³.

Situação análoga vitimou a jovem Júlia Rebeca, 17 anos, natural de Parnaíba, litoral do Piauí, Brasil. A adolescente registrou um vídeo de sexo com dois outros jovens (igualmente menores). As imagens foram distribuídas por celulares de moradores da cidade, levando a jovem a cometer suicídio. Em entrevista concedida ao programa televisivo *Fantástico*, sua mãe mostrou-se estupefata com a morte da filha: “Ela não demonstrou nada, nada. Todo adolescente tem o direito de ser adolescente. Eles são

¹ Conhecidas no jargão popular como *memes*.

² Conforme relatado em reportagem dedicada ao caso: “Tais palavras sugeriam uma mulher desinibida, que gostava de ser filmada durante o sexo. Por acaso, também pareciam dar permissão para que as pessoas vissem o vídeo sem restrições: se ela estava tão feliz em ser filmada, não se importaria de ser vista”. REYNOLDS, James. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38954744>>. Acesso em 12.03.2017.

³ Para a íntegra da reportagem sobre o caso, cf. *Tiziana Cantone: a italiana que teve a vida destruída por vídeos virais de sexo*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38954744>>. Acesso em 12.03.2017.

inconsequentes mesmo. Essa exposição toda, do vídeo, da imagem da minha filha, é uma violação”⁴.

Tragédias pessoais como as das jovens Tiziana e Júlia refletem de forma dramática um paradoxo vivenciado na sociedade contemporânea: cada vez mais as pessoas expõem voluntariamente aspectos íntimos de sua vida, os quais, contudo, assumem proporções negativas não desejadas que não conseguem controlar e face às quais a sociedade tem se mostrado incapaz de prover remédios adequados.

Com efeito, os estímulos de uma sociedade marcadamente visual e unida de modo complexo pela tecnologia digital das assim chamadas *redes sociais* produzem uma exposição voluntária cada vez mais intensa a qual, contudo, pode acarretar efeitos nefastos sobre a vida de seus autores. Esta contradição cotidiana produz inúmeros desafios para o direito e convoca os juristas do século XXI a repensarem os instrumentos clássicos de proteção da vida privada.

O objetivo deste *paper* é apontar a transformação do pensamento jurídico acerca da proteção conferida à vida privada⁵ e a insuficiência da concepção clássica de ‘ato ilícito’ para lidar com situações como as supramencionadas. Ademais, pretende-se refletir sobre os mecanismos jurídico-processuais propensos a oferecer tutela adequada a tal sorte de situações, especialmente a chamada tutela inibitória.

Finalmente, por meio da análise de decisões emanadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pretende-se colocar sob discussão as limitações concretas dessa modalidade de tutela na proteção da vida privada, em situações tais como estas citadas linhas atrás, identificando também alguns paradoxos de índole material e processual que se erguem como verdadeiros obstáculos à tutela de tal direito.

2. A proteção da vida privada: da definição clássica ao direito à autodeterminação informativa

⁴Conferir em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>>. Acesso 12 mar. 2017.

⁵ Para os fins deste trabalho, serão utilizadas indistintamente as expressões “vida privada”, “privacidade” e “intimidade”, a despeito da corrente de pensamento que compreende a primeira como gênero, do qual as demais são espécies.

Muito embora haja autores que enxerguem na obra de Jean Jacques Rousseau o gérmen da discussão sobre a privacidade⁶, costuma ser identificado no pensamento dos americanos Samuel D. Warren e Louis Brandeis⁷ (1890-2016) o ponto de origem em que vem a ser tratada como um direito individual, voltado para a exclusão de terceiros de aspectos particulares da vida que deveriam ser preservados da intromissão alheia. A partir de suas reflexões, a *privacy* passa a ser concebida como um direito a ser deixado só (*right to be left alone*), alheio às interferências indevidas e protegido da esfera do espaço público, garantindo, assim, o necessário isolamento para fins de tutela da personalidade⁸, proteção esta que é alcançada por meio de sua vinculação à ideia de propriedade privada⁹.

Esta compreensão asseguraria ao indivíduo uma esfera de controle, pautada por um sentido espacial – os limites do domínio privado, nos quais exerceria à plenitude seu *self*, longe de censuras e julgamentos sociais – que ajudaria a compor a própria definição do indivíduo. Nessa linha encontramos Danilo Doneda¹⁰, em cujas palavras:

A privacidade é componente essencial da formação da pessoa. A sutil definição do que é exposto ou não sobre alguém, do que se quer tornar público ou o que se quer esconder, ou a quem se deseja revelar algo, mais do que meramente uma preferência ou capricho, define propriamente o que é um indivíduo – quais suas fronteiras com os demais, qual seu grau de interação e comunicação com seus conhecidos, seus familiares e todos os demais.

Contudo, a concepção americana de um direito à privacidade carrega consigo desde o nascedouro algumas dificuldades, recebendo críticas. Muitas delas em virtude de suas características típicas do direito liberal-burguês moderno, quais sejam: a

⁶ Conforme ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; tradução: Roberto Raposo. 11^a ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

⁷ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <<http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

⁸ Neste sentido, as palavras de Hannah ARENDT, para quem “Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder”. Cf. ARENDT, Hannah, op. cit., p. 87.

⁹ Esta associação é apontada por Stefano Rodotà, quando afirma que “não se entra na propriedade, não se entra na vida privada.” Citado por SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, Diálogos Sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

¹⁰ DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460 Acesso em 12 mar. 2017.

individualidade, o viés patrimonialista e o viés voluntarista¹¹. O italiano Stefano Di Rodotà¹² relaciona tais características ao perfil de seus idealizadores, Warren e Brandeis:

O primeiro, um conservador de cunho tradicional, mostrava-se interessado somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos e mundanos; o outro, liberal- progressista, ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas, podendo provocar o aumento da impopularidade destas¹³.

O apontado caráter patrimonialista, nessa ótica, deixaria a descoberto aqueles que não sejam titulares do domínio privado. Se apenas o *dominus* possui um direito à privacidade (na medida em que esta seria exercida primordialmente no interior da propriedade, ou ao menos encontraria ali seu nível mais denso de proteção), como tutelar os interesses de uma imensa massa humana alijada de tal direito? Ademais, se a tutela da vida privada estivesse vinculada a uma delimitação espacial, circunscrita à esfera daquilo que pertence ao sujeito, surgiria uma evidente dificuldade de garantir sua preservação no espaço público que inclui, atualmente, alguns sítios na *internet*.

Se regressarmos às motivações originais daqueles que contribuiriam para delinear o referido direito, veremos que o mesmo surge como uma reação ao significativo incremento técnico e científico alcançado ao final do século XIX e início do século XX, que permitiu uma maior invasividade, violadora de momentos de isolamento, cada vez mais essenciais aos indivíduos. Aqui em tradução livre:

A intensidade e a complexidade da vida, acompanhadas do avanço da civilização, tornaram necessário algum retiro do mundo, e o homem, sob a refinação da influência da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a privacidade tornaram-se mais essenciais para o indivíduo; mas a empresa moderna e a invenção, através de invasões sobre sua privacidade, submeteu-o à dor e dificuldade mental, muito maiores do que poderiam ser infligidas por mera lesão corporal¹⁴.

¹¹ KONDER, Carlos Nelson. *Privacidade e corpo: convergências possíveis*. Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 352-398, 2013, disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf>>. Acesso em: 12 mar.2017.

¹² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

¹³ Idem, nota 12, supra.

¹⁴No original: “The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual ; but

Nos dias atuais, verifica-se que tais riscos foram significativamente potencializados. O domicílio não é mais a *casa-fortaleza*, aproximando-se da *casa-vitrine*, na qual, cada vez mais, realizam-se interações sociais¹⁵. A barreira física dos portões fechados não é mais suficiente para fornecer a tutela plena das relações íntimas. A ideia de que a vida privada encontra guarida *intra muros* torna-se insípida e desatualizada a partir do momento em que o advento da *internet* e de todas as interações permitidas por ela trouxeram o campo das relações sociais para o interior do lar, levando a uma demolição das fronteiras espaciais da privacidade (tal qual concebidas por Warren e Brandeis), ou, quando ao menos, exigindo sua reestruturação.

Além disso, esta onipresença do *espaço virtual*, associada ao amplo acesso aos meios tecnológicos de captação e divulgação de imagens e sons permite que todos sejamos, a um só tempo, vigilantes e vigiados. Dados estatísticos recentes sobre a realidade brasileira, nesse particular, contribuem para demonstrar empiricamente esse fenômeno.

O suplemento de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgado em dezembro de 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁶, deu conta de que, embora haja diferenças regionais, no ano de 2015 o telefone celular se consolidou como o principal meio de acesso à internet no Brasil. Naquele ano, 92,1% dos domicílios brasileiros acessaram a internet por meio do telefone celular, enquanto 70,1% dos domicílios o fizeram por meio do microcomputador. O principal motivo apontado é o fato da *internet* móvel ser uma opção mais barata e acessível.

Conclui-se que os brasileiros estão conectados ao espaço virtual por meio de aparelhos que permitem, em fração de segundos, produzir e enviar textos, fotos e imagens, prontas para serem imediatamente compartilhados: um álbum permanentemente aberto sobre a vida de cada um, possivelmente à disposição de todos.

modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury". Ver: BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <<http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>>. Acesso em: 18 jun. 2016, p. 03.

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (Org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

¹⁶ Informação disponibilizada pela Agência Brasil, em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-celular-se-consolida-como-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-brasil>>. Acesso em 10 set. 2017.

Diante destes desafios que escancaram a insuficiência do conceito clássico de *privacy*, uma releitura foi proposta pelos estudos do professor Stefano di Rodotà¹⁷. O autor sustenta que a noção de individualidade passa a ser reestruturada ao redor das informações relevantes envolvendo uma pessoa, de modo que o controle acerca das mesmas torna-se componente definidor de sua identidade. Assim, nas palavras do autor:

Desta forma, pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre as quais o interessado pretende manter um controle exclusivo. Em consequência, a privacidade pode ser identificada com a “tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”, em um quadro caracterizado justamente pela “liberdade das escolhas existenciais”¹⁸.

Em doutrina pátria, Anderson Schreiber¹⁹ reforça a importância desse controle:

Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um *site* qualquer da *internet*.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁰ afirma que o controle de tais dados produz um empoderamento do indivíduo na medida em que permite a este moldar a sua imagem, a forma como é percebido pelo meio social em que se insere. Percepção esta pautada justamente por seus dados conhecidos. Trata-se da autodeterminação informativa, a qual representa uma viragem qualitativa na dinâmica da proteção da vida privada.

De fato, nas sociedades de informação, como as nossas, podemos dizer que *nós somos nossas informações*, pois elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam. A privacidade, hoje, manifesta-se

¹⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (Org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁸ Idem, página 92.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 135-136.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana - Estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

sobretudo na capacidade de se controlar a circulação das informações. Saber quem as utiliza significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo. Trata-se de uma concepção qualitativamente diferente da privacidade como *direito à autodeterminação informativa*, o qual concede a cada um de nós um real poder sobre as nossas próprias informações, os nossos próprios dados²¹.

Em sua exposição, Rodotà²² aponta para a presença daquilo que denominou de *paradoxos da privacidade*, nos quais as tensões relacionadas ao referido direito entram em contradição, ou apontam para resultados inesperados. Seriam três. O primeiro destes paradoxos é produzido pela capacidade dos meios tecnológicos em tornarem a vida privada mais rica, ao mesmo tempo em que a fragilizam, expondo-a a novas ameaças, o que resulta numa necessidade de ampliação de suas fronteiras de proteção por parte do Direito.

O segundo paradoxo refere-se à ampliação da categoria dos denominados *dados sensíveis*, ou *sensitive data*, cujo potencial discriminatório justifica sua proteção. Ao referir-se a eles, Rodotà²³ demonstra que informações outrora não componentes do chamado *core*²⁴ da vida privada passam a receber tutela, conforme ilustra o trecho a seguir:

A necessidade de intimidade dilatou-se para muito além das informações relacionadas à esfera íntima da pessoa, constituída esta pelos dados que o indivíduo quer ver excluídos de qualquer tipo de circulação. Do exame dos textos relevantes nessa matéria, percebe-se claramente que o *núcleo duro* da privacidade é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo (por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos sexuais): internamente, porém, assumiram cada vez maior relevância outras categorias de informações, protegidas sobretudo para evitar que pela sua circulação possam nascer situações de discriminação com danos os interessados. Trata-se, em especial, de informações relacionadas às opiniões políticas e sindicais, além daquelas relativas ao credo religioso. Ora, a particularidade dessa situação decorre do fato de que as opiniões políticas e sindicais não podem ser confinadas somente na esfera *privada*: pelo menos nos estados democráticos elas são destinadas a caracterizar a esfera *pública*, fazem parte das convicções

²¹ Idem, p. 142.

²² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 95.

²³ Idem.

²⁴ Coração, centro.

que o indivíduo deve poder manifestar *em público*, contribuem a determinar a sua identidade *pública*.²⁵

O tratamento dispensado a tais dados privados permitiria uma plena participação na vida pública²⁶, conforme complementado pelo mesmo autor:

A classificação desses dados na categoria de dados “sensíveis”, particularmente protegidos contra os riscos da circulação, deriva de sua potencial inclinação para serem utilizados com finalidades discriminatórias. Exatamente para garantir a plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações, que recebem um fortíssimo estatuto *privado*, que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação.²⁷

Já o terceiro paradoxo apontado pelo autor está ligado à necessidade de incremento de mecanismos de controle referentes ao acesso às informações conectadas aos dados componentes da privacidade, prevalente ainda que as mesmas tenham sido obtidas de forma legítima²⁸. Tal controle, derivado do reconhecimento do *status* da vida privada como um direito fundamental, permite obter um maior nível de transparência relativo ao tratamento de tais dados. Assim:

O reconhecimento da condição de direito fundamental à privacidade, do ponto de vista de poder *acompanhar* as informações pessoais mesmo quando se tornaram objeto da disponibilidade de um outro sujeito, deu relevo especial ao direito de acesso, que se tornou a regra básica para regular as relações entre sujeitos potencialmente em conflito, superando o critério formal da posse das informações. Acima do critério proprietário, fundado na legitimidade da coleta e do tratamento de informações relativas a outras pessoas, prevalece o direito fundamental da pessoa à qual se referem as informações. O fortalecimento do direito individual à privacidade converte-se assim em instrumento para tornar mais transparentes e controláveis as esferas de outros sujeitos. Não por acaso, o desenvolvimento da legislação sobre a tutela dos dados pessoais foi acompanhado pela difusão de leis sobre o acesso às informações (normalmente públicas, mas em certos casos também privadas).

²⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 95-96.

²⁶ Conforme também preconiza o pensamento de ARENDT (2013, p. 87), mencionado em notas anteriores.

²⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.96.

²⁸ *Idem*, p. 97.

Ao lado dos três paradoxos acima apontados, o autor anuncia ainda a existência de quatro tendências de *aperfeiçoamento*, por assim dizer, do tratamento dispensado à vida privada²⁹. Cada uma dessas tendências comporta uma mudança de perspectiva, a saber: 1º) do direito a ser deixado só ao direito de manter o controle sobre as informações que me digam respeito; 2º) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa; 3º) da privacidade à não-discriminação; 4º) do sigilo ao controle das informações. Tal abordagem, complementar ao conceito tradicional, parece ajustar adequadamente aos dias atuais.

Por fim é possível, em adição, trazer um quarto paradoxo, para além dos apontados pelo pensamento até aqui estudado. O controle acerca das informações sobre si, nessa perspectiva, passa a ser um componente crucial da definição da personalidade humana. E – conforme apontado nos comentários sobre o primeiro paradoxo – o incremento tecnológico, a um tempo em que enriquece e potencializa a personalidade (exemplificativamente, permitindo uma projeção da manifestação de pensamento a níveis até então inalcançáveis ao indivíduo comum), gera uma grande fragilização da mesma.

Ocorre que, no mais das vezes, tal fragilização deriva de atos de hiperexposição voluntária, motivados por uma necessidade crescente dos indivíduos em revelarem aspectos particulares de suas vidas. O envio de *nudes* (imagens da própria pessoa nua), cada vez mais comuns, pode ser um exemplo. Para Rodotà, isso seria decorrência da combinação entre um isolacionismo crescente com a popularização de novos mecanismos de interação social, proporcionados pelas novas tecnologias³⁰.

Tal necessidade faz com que o próprio indivíduo submeta a vida privada a riscos, diuturnamente, riscos estes cujos efeitos, por vezes, são fatídicos³¹, como nas situações narradas na introdução deste *paper*.

²⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.97-98.

³⁰Como antevisto pelo autor italiano supracitado, na seguinte passagem: “Mas a crescente possibilidade de o indivíduo fechar-se na ‘fortaleza eletrônica’ parece oferecer apenas a ilusão de um fortalecimento e enriquecimento da esfera privada. Mais do que se subtrair ao controle social, o indivíduo se encontra na situação de ver rompido o liame social com os seus semelhantes, que se tenta reconstruir com base somente na comunicação eletrônica. Na ‘aldeia global’ aumenta a sensação de autossuficiência, mas também a separação em relação aos demais. Deterioram-se as tradicionais formas de controle social, cujo lugar é assumido, no entanto, por controles mais penetrantes e globais, tornados possíveis pelo tratamento eletrônico das informações”. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³¹ Outro exemplo concreto: o Jornal Expresso, publicado e distribuído no Estado do Rio de Janeiro, ano XII, nr. 4.018, noticiou na edição de 19 de outubro de 2017 que um jovem teria assassinado seu namorado quando este, por vingança, enviou fotos do casal nu para o celular da mãe. A manchete era a seguinte: “Jovem gay mata namorado que mandou *nudes* para sua mãe. Crime aconteceu na Baixada. Assassino ficou revoltado quando o companheiro enviou fotos íntimas do casal, revelando o romance”. O jovem

Esse fenômeno nos conduziria ao *quarto paradoxo*, que pode ser assim definido: a necessidade crescente de exposição de aspectos componentes da vida privada faz com que os indivíduos espontaneamente se coloquem em situações cujos efeitos não são desejados – expressa ou implicitamente – tampouco controláveis.

O Código Civil Brasileiro dedica à privacidade um dispositivo específico, qual seja, o seu artigo 21³², que professa a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Decerto que tal inviolabilidade não é absoluta, podendo ceder diante de circunstâncias justificantes (por exemplo, a quebra de sigilo bancário em virtude de ordem judicial) mediante exercício de ponderação³³ a ser realizado *in concreto*³⁴. O maior mérito do dispositivo normativo, contudo, parece residir na possibilidade de o magistrado adotar medidas necessárias a “*impedir ou fazer cessar*” violações ilícitas, na medida em que não se justifiquem por parâmetros ponderativos, o que não só permite o emprego da tutela inibitória como instrumento processual coerente com uma visão prospectiva da Responsabilidade Civil (de que trataremos adiante), como ainda não limita a tutela reparatória a medidas de caráter pecuniário, admitindo que, na situação concreta, mecanismos não pecuniários possam se revelar tão ou mais eficientes à tutela dos interesses do jurisdicionado³⁵.

Os aspectos positivos da norma não parecem suficientes, contudo, para proporcionar de forma plena o atendimento aos interesses do titular do direito, dadas a estonteante

acusado de assassinado havia autorizado que as fotos fossem tiradas e armazenadas em um dispositivo eletrônico, mas não autorizara o envio das mesmas para terceiros.

³² Naturalmente que a privacidade pode ser afetada por condutas que violem outros direitos da personalidade, como o nome (art. 16) ou a imagem (art. 20). Contudo, apesar da possibilidade de um mesmo fato afetar diferentes aspectos da proteção da personalidade humana, não se filia este trabalho à corrente doutrinária que pugna pela existência de um único direito da personalidade, com emanações distintas (obrigatória, neste sentido, a leitura a respeito da divergência encontrada em TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44-46).

³³ Neste sentido, importante posicionamento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando, no julgamento da ADIn 4.815/2015, entendeu pela desnecessidade da obtenção do consentimento de pessoa retratada quanto à divulgação, em obra de cunho biográfico, de fatos referentes à sua vida pessoal e privada. A decisão - cuja análise mais aprofundada esgota os limites impostos por este trabalho (para uma leitura mais aprofundada, sugere-se FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 209-213.) - considerou a relevância da liberdade de expressão, criação artística e produção científica como critérios apriorísticos que determinam uma maior densidade *prima facie* ao interesse em retratar tais fatos. Não parece, contudo, critério que possa ser adotado no tema em análise, que aborda as perplexidades causadas pela auto exposição voluntária, cujas consequências extrapolam o desejado pelo titular do direito, bem como pela hétero exposição de sua privacidade, não consentida (ou cujos limites de consentimento foram excedidos), situações nas quais inexistente suposto interesse público, de caráter histórico ou cultural a ser ponderado. Especialmente considerando que, muitas das vezes, a vítima de tais atos não se enquadra no perfil de “pessoa famosa”, que supostamente acarretaria uma maior sujeição ao interesse público em acontecimentos que lhe dizem respeito (para uma crítica a este parâmetro do “preço da fama”, recomenda-se SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 146) .

³⁴ Criticável a omissão do legislador ao não fornecer critérios (ao menos em caráter exemplificativo) para estabelecer tal ponderação, entregando a tarefa ao cargo da jurisprudência.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 205-219.

complexidade e todas as nuances que envolvem a privacidade nos tempos atuais, quando seus maiores desafios se encontram “não na sua afirmação, mas na sua efetividade”³⁶.

É por essas e outras razões que a efetiva garantia do direito à vida privada exige, mais do que nunca, repensar os mecanismos voltados à sua tutela, ficando evidente que uma visão meramente preventiva da responsabilidade civil não é capaz de dar conta desse estado de coisas. Em realidade, há de se indagar sobre a utilização de instrumentos mais adequados a fornecer a tutela processual dos referidos direitos, de molde a otimizar sua efetividade. É o tema do item seguinte.

3. A insuficiência da tutela reparatória: uma visão prospectiva da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil é tradicionalmente apontada como o ramo do Direito Civil voltado à reparação dos danos injustos. Neste sentido, é tradicionalmente concebida como um *dever jurídico sucessivo*³⁷. É invocada como instrumento reparatório, voltado à recomposição patrimonial da vítima (sintetizada na máxima *restituto in integrum*), ou à compensação por uma lesão a seus direitos da personalidade. Esta visão é aqui denominada *retrospectiva*, na medida em que voltada para situações já consumadas.

A despeito da função de reparar o dano ser aspecto crucial deste ramo do direito, a complexidade característica da sociedade contemporânea conduz à insuficiência da reparação em inúmeras situações para as quais a recomposição dos danos seja impossível. Desta maneira, exsurge o protagonismo da função preventiva ou precautória da responsabilidade civil, que lança um olhar *prospectivo* sobre ela. Acompanha este raciocínio Cristiano Chaves de Farias³⁸, para quem:

Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI. A prevenção como antonomásia da responsabilidade civil contemporânea. Ao invés de agir relativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto,

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 02.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil, vol. 03 -Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 60.

agindo conforme a boa fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude.³⁹

É uma mudança de paradigma que produz, nas palavras de Geneviève Viney⁴⁰, alguns efeitos práticos, como permitir o ajuizamento de demanda para fazer cessar atividade potencialmente perigosa, equiparando a ameaça de um dano ao dano em si. A tutela da vida privada tem sido tradicionalmente enfocada sob um ângulo reparatório, conforme o modelo europeu, criticado por Luiz Edson Fachin⁴¹, na medida em que sua ocorrência se dá *a posteriori*, pressupondo a ocorrência de um dano efetivo para que possa ser adotada alguma medida.

Este modelo, herança de uma concepção liberal de direito pautado num raciocínio até certo ponto patrimonialista (moldado para assegurar relações patrimoniais, mas inadequado àquelas que envolvam situações jurídicas existenciais) parece incapaz de responder de modo satisfatório às exigências da sociedade da *hiperexposição* – que dá nome ao presente artigo. Isso porque os instrumentos midiáticos hoje disponibilizados a uma enorme quantidade de pessoas tornam possível violar os direitos de personalidade de uma forma tão abrangente e profunda que a simples reparação não parece suficiente para restabelecer o equilíbrio do fiel da balança.

A forma ideal de proteção do direito – assim diz Guilherme Marinoni ⁴²– é aquela que impede a sua violação. Nunca antes tal assertiva pareceu fazer tanto sentido. Retornando aos dramáticos exemplos mencionados ao início deste *paper*, como gostariam os amigos e parentes de Tiziana e Rebeca que as imagens dessas jovens jamais tivessem sido disseminadas, indevidamente, na *internet*. Alguma obrigação de compensar o mal sofrido, em pecúnia, é a forma clássica como o direito costuma lidar com isso. Mas é evidente que tal solução se mostra lacunosa, incompleta, dentro desse contexto. Novamente em Marinoni encontramos:

Ter direito, ou ter uma posição jurídica protegida, é, antes de tudo, ter direito a uma forma de tutela que seja capaz de impedir ou inibir a violação do direito. Essa forma de tutela é importante sobretudo para

³⁹ Idem, p. 60.

⁴⁰ VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. In: TEPEDINO, et. all. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *A construção do direito privado contemporâneo a experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil*. In: TEPEDINO, et. all. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 246.

os direitos não patrimoniais, isto é, para os direitos que não podem ser reparados por um equivalente monetário. Não há como pensar em direito à honra ou à intimidade sem tutela inibitória.⁴³

O mesmo autor propõe que tal ordem de coisas exige repensar o conceito de ilícito civil e, especialmente, de tutela conta o ilícito civil, o qual sempre foi tradicionalmente enxergado como o ato contrário ao direito e que também produz dano. Nessa visão, o elemento dano é exigido como um componente essencial para a configuração do ilícito. Assim em uma interpretação literal do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Há quem sustente, como por exemplo Gaio Júnior⁴⁴, que a conjunção aditiva “e” teria sido fruto de um equívoco do legislador e que, na forma correta, haveria de ser substituída pela conjunção alternativa “ou”. Abrindo-se espaço, assim, para interpretação mais ampla do dispositivo.

A proposta de Marinoni e outros autores brasileiros contemporâneos⁴⁵ caminha no sentido de separar os conceitos de ato contrário ao direito (o ato em si) e a sua potencial consequência (o dano), a qual, eventualmente, pode tardar a ocorrer, não se verificar, ou, como uma terceira hipótese, vir a se intensificar com o passar do tempo. Observe-se, para argumentar, que no caso estudado de Tiziana a decisão judicial que determinou a supressão das imagens não foi capaz de eliminar definitivamente a exposição porque repercutiram de forma incontrolável, provavelmente jamais imaginada até mesmo por quem as disseminou.

A conclusão a que se pode chegar a partir desse raciocínio é de que a presença do dano não se faz necessária, ou uma condição indispensável, para justificar a intervenção judicial, outorgando-se tutela para um direito prestes a ser violado. Pode não parecer a um observador apressado, mas se trata de uma mudança de perspectiva bastante relevante, quando comparada com a percepção tradicional no tocante à responsabilidade civil, já comentada linhas acima.

⁴³ *Idem*, p. 246.

⁴⁴ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 119.

⁴⁵ Por exemplo: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 119.

Vejam, por exemplo, a explicação de Cristiano Chaves de Farias⁴⁶. Analisando a visão clássica, afirma serem em número de quatro as funções fundamentais da responsabilidade civil, a saber:

a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; b) a função de reprimir o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.⁴⁷

Nessa perspectiva, a responsabilidade civil atuaria tão somente sobre o fato consumado, buscando minorar-lhe os efeitos, evitar reincidências e buscar compensação. Na mesma linha de pensamento, Orlando Gomes⁴⁸ postulou que o ilícito civil somente poderia adquirir substantividade se o fato é danoso.

Contudo, dentro da realidade contemporânea que se procurou apresentar linhas acima, a idéia de que o ressarcimento seria a única forma de tutelar o ilícito não tem mais resistido, levando os juristas a elaborar alternativas, dentre elas o fortalecimento da chamada tutela inibitória – propensa a impedir que uma lesão ao direito seja perpetrada – de que trataremos a seguir.

4. A tutela inibitória como instrumento de proteção

Nesse contexto é que vem ganhando cada vez mais força, entre as chamadas tutelas jurisdicionais de direitos, a chamada tutela inibitória, de natureza preventiva, que se propõe a tutelar de forma eficaz os direitos de personalidade em casos como aqueles que motivaram o presente artigo. Segundo Gaio Júnior⁴⁹, trata-se de uma forma de proteção do direito material que não tem caráter punitivo, mas preventivo, razão pela qual pode ser manejada em face de alguém que, ainda que sem culpa, estiver na iminência de praticar um ilícito.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil, vol. 03 -Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie*. Salvador: JusPodivm, 2014.

⁴⁷ Idem, p. 87.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 314.

⁴⁹ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p; 119-120.

Para Marinoni⁵⁰, é instrumento que pode impedir ou inibir a violação do direito, a sua repetição ou a continuação de uma atividade ilícita. Assim explica o autor, em didática passagem:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ser ressarcível e ter sido produzido ou não com culpa.⁵¹

Evidente que não se trata de uma idéia nova. Humberto Theodoro Júnior⁵² nos lembra que desde a remota antiguidade – referindo-se ao direito romano – já se utilizava o interdito proibitório, no âmbito da posse, como remédio para vedar que viesse a se consumir ameaça de esbulho ou turbação, igualmente contemplada em nosso ordenamento jurídico. No ordenamento jurídico brasileiro, o mandado de segurança preventivo do artigo 1º da Lei 12.016/09 também tem, nessa mesma linha, característica marcadamente inibitória. E não se pode esquecer que a tutela civil inibitória é ainda anterior à tutela processual inibitória, a teor dos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02), a saber:

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

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

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

A diferença é que, atualmente, sobretudo à luz do artigo 497 do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015), concebe-se a generalização dessa modalidade de

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

⁵¹ *Idem*, p. 32.

⁵² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 57.

tutela jurisdicional, de modo a “proporcionar provimentos jurisdicionais inibitórios de qualquer ameaça de agressão injusta”⁵³. Exatamente com o intuito de proteger de forma eficiente os direitos de personalidade, diante das ameaças do mundo moderno, é que vem sendo edificada tal possibilidade, a partir da garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No aspecto da operacionalidade – de forma sintética, para não fugir aos propósitos deste trabalho – tal tutela é passível de ser obtida por meio de processo de conhecimento voltado para o futuro, requerendo uma obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de imputação de multa ou outras medidas necessárias que garantam o resultado prático equivalente – ou seja, a inibição do ato ilícito. Estando à disposição do jurisdicionado a possibilidade de requerer ao juiz providência jurisdicional de urgência⁵⁴.

Nesse sentido é um provimento satisfativo com amparo no art. 497, caput, do CPC de 2015, quando determina que “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Tal dispositivo, embora não se limite a isso, pode ser considerado o fundamento processual da tutela inibitória propenso a produzir um provimento jurisdicional inibitório para proteger o direito, especificamente considerado.

Já o parágrafo único do art. 497 determina que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Trata-se de previsão legal que não encontra correspondência no Código de Processo Civil anterior, demonstrando que o legislador esteve sensível à necessidade de proteger de forma prospectiva e específica certos direitos, não considerando apenas o aspecto reparatório de que tal tutela pode se revestir.

Trata-se, segundo Marinoni⁵⁵ da mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil. Isso porque, se o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito e não há pretensão preventiva apenas em face do dano, mas também

⁵³ Idem, p. 57.

⁵⁴ Nesse caso, observar os procedimentos e diferentes modalidades de tutela provisória de urgência previstas nos artigos 300 a 310 do Código de Processo Civil, atentando para as peculiaridades de cada caso.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o Ilícito*. Disponível em: <http://lex.com.br/doutrina_27247131_TUTELA_CONTRA_O_ILICITO_ART_497_PARAGRAFO_UNICO_CPC_2015.aspx>. Acesso em 20 mai. 2018.

em face do ato contrário ao direito, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito - visto como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.

Vislumbrando todo esse arcabouço legislativo e doutrinário, um observador apressado pode avaliar que está diante de um sistema capaz de proteger, de forma absoluta, o direito à vida privada, mantendo-o, desse modo, imune a qualquer lesão. Ou, antes ainda, livre de qualquer ameaça, desde que sejam utilizados os mecanismos apropriados de natureza inibitória. Com efeito, no plano normativo, parecemos estar diante do melhor dos mundos.

Há, porém, a necessidade de refletir sobre a forma como essa modalidade de tutela é operacionalizada. É que qualquer tutela inibitória que venha a ser concedida em amparo ao direito de alguém sempre irá significar, como a outra face da mesma moeda, o cerceamento do direito de outrem. Uma ordem para que determinada informação comprometedor não seja divulgada acabará arranhando o direito à liberdade de manifestação, ou o direito da sociedade à informação. Por isso tais casos envolvem, além da complexidade que já lhes é própria por tudo o que foi dito até aqui, relevante análise probatória – no aspecto processual – e a ponderação de interesses – no campo constitucional. Não se trata, assim, de tarefa fácil. Há sérias dificuldades no plano prático.

Algumas dessas dificuldades já vêm sendo enfrentadas, e não é de hoje, pelos Tribunais brasileiros. Neste sentido, importante posicionamento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando, no julgamento da ADIn 4.815/2015, entendeu pela desnecessidade da obtenção do consentimento de pessoa retratada quanto à divulgação, em obra de cunho biográfico, de fatos referentes à sua vida pessoal e privada. Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias.

Seguindo o voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, a decisão⁵⁶ deu interpretação conforme à Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou

⁵⁶ Uma análise mais aprofundada parece ultrapassar os limites e propósito deste trabalho. Sobre o tema, sugere-se FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 209-213.

licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Por outro lado, e afastando-nos da atividade de ponderação de princípios constitucionais, a conjugação entre o direito material e direito processual envolvidos na presente discussão também oferecem dificuldades, que podem configurar verdadeiros limites à tutela inibitória. Das três dimensões em que esta se propõe a atuar – isto é: (1º) inibir a prática; (2º) inibir a continuação e (3º) inibir a repetição de atos ilícitos que possam afetar o direito à vida privada – é fácil perceber que apenas na primeira dimensão o direito é efetivamente protegido, isto é, resta imaculado, sem sofrer qualquer lesão. Enquanto nas duas últimas dimensões alguma lesão se verifica, mas a tutela jurisdicional chega para evitar que o ato lesivo se estenda.

Não obstante, a primeira dimensão é mais raramente verificável, por questões materiais, concretas. É que, quando a vítima toma conhecimento do ilícito, este já se encontra concretizado: as fotos já foram publicadas; o áudio circula nos celulares dos colegas de classe; o vídeo já foi disponibilizado no *Facebook* e visualizado por centenas de pessoas. Este, por si só, já consiste em um obstáculo relevante à efetivação de tal direito, no tocante à busca pela *não violação*. A pergunta é: seria possível, concretamente, erguer algum tipo de barreira infalível em proteção a tal direito?

Diante dessas perplexidades, e com o objetivo de contribuir com o esforço de aperfeiçoamento das formas de tutela de tais direitos, foi realizada uma análise de decisões judiciais proferidas em casos específicos em que medidas inibitórias foram requeridas e, às vezes, deferidas, para proteger direitos de personalidade. Por meio dessa análise, conduzida da forma descrita abaixo, pretendeu-se identificar dificuldades de operacionalização das tutelas inibitórias que serão objeto de reflexões não exaurientes, a seguir.

5. Perplexidades Empíricas da Tutela Inibitória

Considerando a sede profissional dos autores deste artigo, buscou-se realizar uma pesquisa de natureza exploratória a fim de identificar casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), contendo pedidos de concessão de medidas destinadas a inibir a violação de direitos de personalidade, mais especificamente o aqui denominado direito à vida privada. Tal pesquisa foi realizada por meio da ferramenta de pesquisa pública da jurisprudência do Tribunal, disponível

em seu sítio eletrônico, considerando a opção de pesquisa livre de jurisprudência⁵⁷. Tudo com o objetivo de identificar, nos casos que viessem a ser localizados, o êxito ou o insucesso das medidas inibitórias pleiteadas, no que pertine ao acolhimento do pleito pelos julgadores (sem considerar, no caso, a efetividade das medidas concedidas, mas apenas o entendimento adotado em cada caso pelos órgãos julgadores).

A ferramenta eletrônica acima referida permite que, com a digitação de expressões de busca à livre escolha do interessado, utilizando palavras de ligação como *e* e *ou*, possam ser localizados julgados que contenham, nas respectivas ementas (resumos dos julgados), as palavras contidas na busca. O sistema permite a utilização de filtros diversos como, por exemplo, o ano da decisão e o órgão julgador. Tal pesquisa foi feita durante o segundo semestre do ano de 2017, privilegiando-se casos que fossem representativos da problemática enfrentada neste artigo.

5.1. Um caso em que a tutela inibitória prospectiva não foi concedida

Como primeira tentativa, foram lançadas as expressões de busca *tutela e inibitória e personalidade*, limitando-se a pesquisa aos últimos 10 anos (2007 a 2017). Retornaram apenas 6 julgados que atendiam a esses parâmetros. Chamou a atenção dos pesquisadores o fato da expressão *tutela inibitória* ter aparecido tão poucas vezes associada a direitos de *personalidade*, no lapso temporal considerado, o que pode significar que os instrumentos processuais pertinentes a esse tipo de intervenção são pouco utilizados.

Foram eliminados os casos que tocavam no direito à personalidade de forma acessória, por exemplo, pedidos de exclusão de nomes de listas de inadimplentes em função de a dívida ter sido paga, e questões relacionadas a direitos autorais e de imagem decorrentes de contratos rescindidos.

Dos dois casos que restaram, um deles chamou atenção por envolver a potencial divulgação de informações sobre a vida íntima e pessoal dos autores e o aspecto prospectivo da medida pleiteada, uma vez que, no momento que a ação foi ajuizada, nenhuma ofensa havia, ainda, se concretizado. Nesse caso, a tutela antecipada pleiteada, de natureza inibitória, foi indeferida pelo juízo de primeiro grau. E, no agravo interposto pelos autores, melhor sorte não os socorreu. Senão vejamos:

⁵⁷ Tal ferramenta de busca pode ser localizada e utilizada em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em 20 out. 2017.

Os fatos, segundo a narrativa contida nos autos⁵⁸, ocorreram assim: o primeiro autor é um músico nacionalmente conhecido e a segunda autora é a atual esposa do primeiro autor, sendo também rainha da bateria de uma conhecida escola de samba do grupo especial, no Rio de Janeiro. Já os réus são dois: uma rede de televisão de projeção nacional e a ex-esposa do primeiro autor. Esta última estava para participar de um programa de TV denominado *A Fazenda 5*, promovido, realizado e divulgado pela primeira ré. Alegaram os autores que o objetivo da segunda ré seria “ao que tudo indica, buscar promoção pessoal através de exposição na mídia” o que lhes trouxe preocupação, eis que a segunda ré vinha levantando, em ocasiões anteriores, declarações que prejudicaram a honra dos postulantes, dado que eram desafetos. Em síntese, os autores receavam que a segunda ré aproveitaria a oportunidade de estar diante das câmeras para propagar, em rede nacional, maledicências contra eles, de modo a criar polêmica e auto promoção. Com base nesses fatos, requereram a concessão da antecipação da tutela para que os réus fossem compelidos a se absterem de utilizar os nomes e imagem dos autores durante a exibição do programa e em qualquer meio de comunicação de sua propriedade, seja pela *internet*, TV, radio, TV a cabo, dentre outros, ficando, inclusive, responsáveis pela veiculação por terceiros mediante vazamento de material que contenha qualquer conteúdo pejorativo contra os autores, suas pessoas e sua instituição familiar, sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

O juízo de primeiro grau indeferiu a medida pleiteada utilizando, em essência, o seguinte argumento:

No caso, não há qualquer prova inequívoca da verossimilhança da alegação de que a 2ª ré fará comentários a cerca dos autores - existindo tão e somente receio de que tal fato venha a ocorrer -, sendo certo que o inciso IV do art.5º da CRFB estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Além disso, a presente medida busca atingir o direito constitucional assegurado a 1ª ré no inciso IX do art.5º da CRFB, qual seja: a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Assim sendo, considerando que até o momento não há prova do alegado na inicial, indefiro a antecipação de tutela requerida. CITE-SE os réus e

⁵⁸ Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Capital. Processo nº: 0207128-65.2012.8.19.0001. Decisão Interlocutória proferida em 30 de maio de 2012. Agravo de Instrumento nº 0029944-28.2012.8.19.0000, julgado Monocraticamente pelo Desembargador Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA, da 19ª Câmara Cível do TJERJ, em 04 de junho de 2012. Decisão confirmada por Acórdão proferido em Agravo Interno em 18 de setembro de 2012. Consulta processual disponível no *site* do TJERJ em <www.tjrj.jus.br>.

INTIME-SE a parte autora. PRI. Rio de Janeiro, 30 de maio de 2012⁵⁹.

Inconformados, os autores interpuseram agravo de instrumento, recurso este que teve o seu seguimento negado por decisão do Desembargador Relator⁶⁰. Este entendeu que, efetivamente, não existia nos autos prova inequívoca da verossimilhança das alegações, e “o receio de que os nomes e imagens dos ora agravantes serão usadas de forma vexatória, visando prejudicar sua imagem profissional, não passam de meras conjecturas.” E ainda declarou que “iniciado o programa de televisão indicado na inicial há mais de uma semana, nenhuma mácula a honra ou a imagens dos autores foi comprovada nos autos capaz de ensejar a drástica medida de censura prévia ao direito de informação ou a livre manifestação do pensamento.”

Assim, por não vislumbrar de plano a presença de requisito necessário ao deferimento da tutela antecipada (a decisão foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973), qual seja, prova inequívoca da verossimilhança da alegação e sob o entendimento de que “a decisão atacada não era teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”, a decisão denegatória da medida pleiteada foi mantida.

Passados alguns meses, ao longo dos quais o programa televisivo permaneceu no ar, o processo foi extinto por sentença, sem julgamento do mérito, porque os autores deixaram de impulsioná-lo⁶¹. Tal conduta evidenciou, formalmente, seu desinteresse no prosseguimento do feito. Pode-se intuir que isso se deu em função da inutilidade de levar o processo adiante, considerando a forma como os pedidos haviam sido formulados, pleiteando a fixação de penalidade para o caso dos autores serem alvo de comentários desabonadores durante o programa.

5.2. Dois casos em que a tutela inibitória foi concedida, *a posteriori*

Prosseguindo na pesquisa de julgados do TJERJ, decidiu-se utilizar expressões de busca que melhor se afinassem com os casos mencionados no início do presente artigo,

⁵⁹ Trata-se da parte final da decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 13^a Vara Cível da Capital do Rio de Janeiro, nos autos do Processo nº: 0207128-65.2012.8.19.0001, decisão esta que indeferiu o pedido de tutela antecipada. A decisão foi proferida em 30 de maio de 2012, na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

⁶⁰ Agravo de Instrumento nº 0029944-28.2012.8.19.0000, julgado Monocraticamente pelo Desembargador Des. Eduardo de Azevedo Paiva, da 19^a Câmara Cível do TJERJ, em 04 de junho de 2012.

⁶¹ Na parte final da sentença de extinção, proferida em 23 de outubro de 2014, lê-se: “dada oportunidade aos autores para que dessem andamento ao processo, os mesmos quedaram-se inertes desde outubro de 2013, apesar de intimados pessoalmente. Assim sendo, com fundamento no artigo 267, inciso III e parágrafo 1º do CPC, julgo extinto o processo, sem exame de mérito, condenando a parte autora nas custas processuais”. Consulta processual disponível no *site* do TJERJ em <www.tjrj.jus.br>.

que se relacionam à exposição pública de imagens íntimas das vítimas. Lançando mão da mesma ferramenta de busca, acrescentamos as palavras *sexo* e dois estrangeirismos, a saber: *nude* e *porn*. Assim foram encontrados dois julgados pertinentes, a seguir comentados.

No primeiro caso examinado⁶², a ementa ostenta a expressão *sexo*, razão pela qual foi capturado na busca realizada. A autora era, à época dos fatos, uma adolescente. Foi fotografada na escola com o rosto apoiado no colo de seu namorado, em posição que poderia lembrar, não sem alguma dose de malícia, a prática de sexo oral. O autor da foto, um colega de escola também adolescente, sem autorização da vítima ou de seu namorado, postou a fotografia em sua página do *Facebook*, onde ela permaneceu exposta por cerca de 24 horas, sob o título “*explícito*”. A fotografia foi retirada a pedido das mães da vítima e de seu namorado, sendo tal pedido feito diretamente na rede social. Assustado, o autor da postagem compareceu à Delegacia de Polícia na companhia de seu pai, onde registrou que se sentira ameaçado por essa abordagem *virtual*, momento em que também confessou a autoria das fotos e da postagem maledicente.

A vítima, representada por seus genitores, ajuizou ação em face do autor das fotos, seu pai e sua mãe, pleiteando a concessão de tutela antecipada, a ser convertida em definitiva, para que o réu se abstinhasse de veicular qualquer imagem da demandante em rede social, bem como em sites pessoais ou quaisquer outros meios de comunicação. Pleiteou também indenização por danos morais.

O juízo de primeira instância indeferiu o pedido de tutela antecipada, ao argumento de que o menor retirou a foto do local onde estava inserido (sua página no *Facebook*) em cerca de 24 horas depois de formalizada reclamação dos pais da autora. Tal decisão não foi hostilizada por nenhum recurso. No prosseguimento do feito, em fase probatória, levou-se em consideração a confissão implícita na declaração dada pelo réu em sede Policial. A sentença mandou que o réu se abstinhasse de veicular quaisquer imagens da autora e condenou os réus ao pagamento de indenização fixada em R\$15.000,00, sentença esta mantida, por unanimidade, em sede recursal.

⁶² Informações retiradas do acórdão proferido na Apelação Cível julgada pela Vigésima Primeira Câmara Cível do TJERJ, por unanimidade, em 20 de setembro de 2016. Foi Relatora a Desembargadora Denise Levy Tredler. Processo nr. 0292283-70.2011.8.19.0001, originário da 5ª Vara Cível da Capital do Rio de Janeiro. Consulta processual disponível no *site* do TJERJ em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 20 fev. 2018.

Já o segundo julgado foi identificado na pesquisa pelo fato da ementa conter as expressões *tutela inibitória* e *revenge porn*, isto é, vingança pornô⁶³. Alegou a autora, em sua inicial, que manteve breve relacionamento com o réu e que, por confiar nele, permitiu o registro em vídeo de um momento íntimo do casal. Contudo o réu divulgou o mesmo na rede social conectada pelo aplicativo *Whatsapp*, desencadeando ampla divulgação daquele conteúdo. Também chamando atenção, no caso, o fato da autora residir em uma pequena cidade do interior do estado do Rio (Comarca de Vara Única), o que contribuiu para que muitas pessoas do convívio da demandante tivessem acesso ao vídeo.

A autora pleiteou a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, bem como que se abstinhasse de disponibilizar mais imagens, sob pena de multa a ser fixada pelo juízo. Ambos os pedidos foram julgados procedentes, chamando a atenção, contudo, o fato de que não foi formulado pedido de tutela provisória de nenhuma espécie. Isso se justificou porque, quando a ação foi ajuizada, o vídeo já havia sido amplamente difundido, a ponto de a autora ter problemas junto ao seu círculo de amizades e trabalho. Uma medida de urgência que determinasse, por exemplo, a retirada das imagens de determinado *site* de buscas parecia, ao momento em que a ação foi ajuizada, completamente inócua. Afinal, como controlar a propagação das imagens, ao infinito, por meio de outros *sites*, dispositivos e ferramentas, públicos e particulares?

Esses fatos foram levados em conta no momento da condenação, pela sentenciante, para conceder a tutela inibitória, determinando ao réu “que se abstenha de divulgar novamente o vídeo em questão, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 por cada ato”. Mas o mal já havia sido causado, tornando inviável para a autora a permanência no emprego, por exemplo. Destacam-se, nesse contexto, os seguintes trechos da decisão de primeiro grau:

(...) Outro fato que restou devidamente demonstrado foi a origem da divulgação inicial do vídeo. O próprio réu admite que o vídeo foi enviado a grupos de rede social através do aplicativo *WhatsApp* tendo como origem seu aparelho telefônico celular. Nesse sentido também são as palavras das testemunhas/informantes ouvidas em Juízo, mormente aquelas arroladas pela parte requerida, afirmando os depoentes que participam de grupo de mensagens integrado em sua

⁶³ Informações retiradas do Acórdão proferido na Apelação Cível 0000445-89.2015.8.19.0033, julgada pela Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 22 de agosto de 2017, por unanimidade. Relatou o Desembargador André Ribeiro. Consulta processual disponível no *site* do TJERJ em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 20 fev. 2018.

grande parte por taxistas, profissão do réu na ocasião, e que inicialmente o vídeo foi remetido a tal grupo pelo perfil do réu. Nesse passo, está sobejamente comprovado que a gravação foi realizada pelo requerido e que o vídeo foi enviado por seu perfil de rede social e aparelho telefônico. Frise-se que embora a autora tenha consentido a gravação, em momento algum esse consentimento pode ser entendido como total e irrestrita autorização para utilização do vídeo pelo réu como bem entendesse. Não logrou a parte ré comprovar que a requerente tenha autorizado a divulgação do vídeo em redes sociais pelo requerido, sendo que tal circunstância sequer foi alvo de comentários pela parte reclamada. Assim, a despeito de ter havido autorização para realização da gravação, sua divulgação nas circunstâncias demonstradas nos autos caracteriza conduta ilícita.(...)

(...) A verdade é que o réu se contradiz a todo momento, e que a prova produzida nos autos é suficiente a apontá-lo como autor da conduta consistente na divulgação inicial do vídeo ao grupo de *WhatsApp* do qual fazia parte. Portanto, está comprovada a conduta ilícita do réu, o qual divulgou vídeo íntimo com cenas de ato sexual do qual participou com a autora. Assim, provada a conduta ilícita e culpa do réu, resta analisar a ocorrência dos alegados danos e o nexo de causalidade entre aquela e esses. Conforme se infere de tudo que consta dos autos, o dano extrapatrimonial ficou indubitavelmente demonstrado, uma vez que a divulgação do vídeo causou enorme constrangimento e abalo psicológico à autora, trazendo-lhe consequências negativas. Além de ser presumido o prejuízo moral e psicológico ocasionados por ações de tal natureza, a divulgação do vídeo contendo ato sexual, no caso dos autos, trouxe à autora outros diversos danos os quais restaram comprovados, principalmente pela análise do depoimento da informante arrolada pela requerente. Apesar de descompromissada, a informante (...) foi firme, clara e verdadeira ao afirmar que depois dos fatos a autora foi abandonada por todos aos amigos e familiares, chegando a ser afastada de sua atividade laborativa e passando por momentos de dor e angústia, o que perdura até a atualidade. As consequências para a autora tomam enormes proporções, considerando a sociedade machista e extremamente conservadora (...)

(...) Isso Posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS para: 1 - CONDENAR o réu a pagar a título de indenização por danos morais à autora o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil Reais). Os valores deverão ser corrigidos com os índices estabelecidos pela CGJ-RJ e acrescidos de juros de mora na taxa de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir desta sentença. 2 - DETERMINAR ao réu que se abstenha de divulgar novamente o vídeo

em questão, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 por cada ato. (...)⁶⁴

O que se percebe dos casos analisados é uma utilização da tutela inibitória que se mostra, de certo modo, insuficiente ou inadequada a proporcionar a proteção integral ao jurisdicionado, no tocante aos direitos de personalidade violados naqueles *cases*, propiciando algumas reflexões, no item seguinte.

5.3. Reflexões sobre os casos examinados

No primeiro caso, a negativa de conceder a tutela inibitória, sob o argumento de que a suspeita dos autores possuía caráter meramente especulativo e sem fundamento concreto, parece ressaltar a falta de critérios sólidos que permitam conferir suporte válido para a aplicação do referido instrumento, mesmo quando nenhum dano fora ainda experimentado pelos demandantes. De fato, alegações destituídas de um mínimo de fundamento ou plausibilidade, ou dotadas de caráter puramente especulativo não podem encontrar guarida judicial, nem se prestam a fundamentar decisão legítima.

Contudo, também é verdade que o objetivo da tutela inibitória é acautelar o requerente de situações cuja consumação receia, de forma plausível, e que podem vir a acarretar-lhe danos substanciais. A ponderação adequada entre o impacto que a medida pleiteada poderá trazer para os direitos de autor e o réu deve ser tomada em consideração, de modo a estabelecer um parâmetro para equacionamento dos casos concretos. A reversibilidade ou não da conduta que se pretende inibir, tanto quanto a possibilidade de danos colaterais às partes ou a terceiros, são aspectos a serem levados em conta. Assim, se o potencial risco oferecido ao demandado em função da inibição da conduta se revela potencialmente menor do que o dano que o ato poderá trazer para o demandante, isso seria um critério a ser considerado para deferir a medida.

É preciso ainda que se tenha em mente que a restrição a ser feita aos direitos do réu em caso do deferimento da tutela inibitória deva ser justificada pelo benefício a direito do autor, que se revele no caso de igual ou maior densidade, bem como que seja adequada e estritamente necessária aos fins colimados. No primeiro caso acima examinado os demandantes não buscavam a suspensão do programa televisivo, mas sim que os réus se abstivessem de comentários e notícias depreciativas a seu respeito, o que poderia ser

⁶⁴ Sentença proferida em 20 de setembro de 2016 pelo juízo da Vara Única de Miguel Pereira, nos autos da ação indenizatória que tramitou perante sob o nr. 0000445-89.2015.8.19.0033

plausível. Até mesmo porque objetivamente possível, mediante a edição prévia das imagens e sons a serem televisionados, naquilo que fosse pertinente ao pleito autoral. Afinal, como já extensamente demonstrado, não é necessário aguardar a ocorrência de dano efetivo para, somente após, pleitear-se a tutela jurisdicional aplicável. Essa é uma garantia oferecida pelo ordenamento jurídico.

Por outra feita, nos demais casos analisados, na medida em que as vítimas não tinham como conhecer previamente as condutas lesivas e somente ajuizaram as ações após a constatação do dano sofrido, as decisões se ajustaram a essa realidade fática. Em casos tais, tem-se que a tutela inibitória esteve propensa, apenas, a evitar a repetição ou continuidade da conduta combatida. Destaca-se assim, um novo paradoxo, desta vez de índole processual: quando a antecedência é possível não parece existir, todavia, provas de que a violação ocorrerá. E, quando há provas em abundância, a lesão já está consumada.

Tal paradoxo, projetado no tratamento diverso dispensado aos casos acima examinados, respeitadas as suas peculiaridades, parece enfraquecer a pretendida tutela dos direitos neles discutidos. No primeiro *case*, a não concessão da inibitória leva a refletir sobre a falta de critérios entre o que pode ser considerado *paranóia sem fundamento* e o que é *ação prudente*. Nos demais, a reparação e o uso da inibitória como forma de evitar reiteração podem ser insuficientes quando a repercussão já tenha acarretado consequências intoleráveis, tais como aquelas que concretamente ocorreram.

Desta maneira, depreende-se a necessidade de aprimorar a técnica de aplicação sob pena de desatender a missão constitucional do Estado de assegurar o exercício dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. Tal aprimoramento parece exigir a compreensão de que a tutela inibitória indeferida sem justos motivos, ou vinda de modo intempestivo, representa não proteger ou conferir proteção muito inferior àquela que o legislador pretendeu atribuir à tutela dos direitos de personalidade, como exaustivamente demonstrado ao longo deste texto.

6. Considerações finais

Dificuldades em identificar os responsáveis pela lesão sofrida, estabelecer critérios satisfatórios para aferição do nexo de causalidade ou para a mensuração dos danos surgem como um desafio aos juristas da contemporaneidade, no campo da

responsabilidade civil. As dimensões reduzidas deste trabalho impedem análise mais minuciosa de tais obstáculos. Quiçá seja impossível superá-los por meio de uma lógica estritamente jurídica. Contudo, tal não impede que a responsabilidade civil seja empregada na proteção da vida privada, como adverte Danilo Doneda⁶⁵:

Não se deve entender que a proteção da privacidade não realize também por via da responsabilidade civil - ela é mais um instrumento que pode e deve ser utilizado. Apenas é patente a dificuldade em se utilizar este instituto quando o dano é tão dificilmente demonstrável ou é, em si, pouco significativo, como em tantos casos de violação da privacidade, apesar de evidente a antijuridicidade pelo desrespeito à pessoa e à sua dignidade. Ao clamar pela criatividade do magistrado para que tome as providências adequadas, o Código dá mostras da necessidade de uma atuação específica de todo o ordenamento na proteção da privacidade da pessoa humana, que seja uma resposta eficaz aos riscos que hoje corre.⁶⁶

Além disso, argumentos tradicionalmente empregados para a redução do âmbito da proteção à vida privada no espaço público (como a notoriedade do indivíduo cuja intimidade foi devassada, ou que o envio voluntário de vídeos e imagens de cunho particular implicam em uma autorização implícita para a sua divulgação) tendem a se mostrar obsoletos no contexto aqui explicitado. Não se pode inferir que o titular do direito estaria renunciando ao mesmo, pois esta inferência colide contra dois pressupostos elementares relacionados aos direitos da personalidade.

O primeiro deles é a irrenunciabilidade dos referidos direitos. Enquanto projeções da individualidade humana, os direitos da personalidade não podem ser alvo de renúncia completa. O segundo pressuposto é que, ainda que possa haver autorização implícita para a utilização dos dados privados em determinadas circunstâncias (e ainda que se considere a *internet* um *locus* público), uma interpretação de tal argumento pautada em critérios mínimos de razoabilidade desautorizaria a conclusão de que uma pessoa viria a concordar com o uso de seus dados e informações particulares totalmente além de suas possibilidades de controle vindo a produzir efeitos não desejados.

Regressando aos casos que ilustram a parte inicial deste trabalho, parece inconcebível, de um ponto de vista jurídico, sugerir que as autoras dos vídeos íntimos tivessem

⁶⁵ DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, et. all., A parte geral do novo Código Civil - Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

⁶⁶ *Idem*, p. 54.

autorizado (ou mesmo dimensionado) a ampla divulgação dos mesmos, antevendo e concordando com todas as repercussões negativas por eles geradas. Ou que seria necessário aguardar a efetiva configuração do dano para tomar as providências judiciais cabíveis. Por outro lado, a análise dos casos levados a efeito no item 3, supra, ressalta ainda as dificuldades de se valer dos mecanismos processuais tradicionalmente disponíveis para assegurar um resultado protetivo e garantidor do exercício de direitos fundamentais individuais.

Os casos parecem demonstrar, em síntese, que a proteção mais ampla e efetiva de tais direitos depende de que seja conferida, à tutela inibitória, o máximo de efetividade, incluindo a absorção e utilização dos meios processuais que lhes são próprios, e cuja implementação está a demandar, dos juristas, alguma dose de sensibilidade e criatividade. Estas últimas parecem ferramentas necessárias para que seja possível contornar as dificuldades percebidas na tutela desses direitos.

A proposta deste trabalho não foi, como se pode perceber, de apresentar soluções que se pretendam definitivas, ou mesmo de resultado ótimo. Seu intento é apontar para a necessidade de maiores reflexões sobre o tema, bem como destacar as limitações dos institutos clássicos de direito material e processual em lidar com as questões suscitadas, embora sejam cada vez mais frequentes.

Tais óbices, contudo, não podem refrear o debate. Cabe ao direito reconhecer a existência de novas tecnologias que impactam profundamente as formas de interação da sociedade e, enquanto tais, impõem ao jurista uma contínua reflexão que, conjugada com ação, poderá identificar e edificar as respostas jurídico-processuais mais adequadas para a tutela efetiva dos direitos.

Referências

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 11^a ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <<http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>> . Acesso em: 18 jun. 2016.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.* Códigos Conjugados Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 10^a ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460> . Acesso em 12 mar. 2017.

_____. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil.* In: TEPEDINO, et. all., *A parte geral do novo Código Civil -Estudos na perspectiva civil-constitucional.* 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *A construção do direito privado contemporâneo a experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil.* In: TEPEDINO, et. all. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil, vol. 03 -Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie.* Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.* 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil.* Salvador: Jus Podivm, 2016.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.

KONDER, Carlos Nelson. *Privacidade e corpo: convergências possíveis.* Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 352-398, 2013, disponível em <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf>>. Acesso em: 12.03.2017.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tutela contra o Ilícito - art. 497, parágrafo único, CPC/2015.* Disponível em <http://lex.com.br/doutrina_27247131_TUTELA_CONTRA_O_ILICITO_ART_497_PARAGRAFO_UNICO_CPC_2015.aspx>. Acesso em 20 mai. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana - Estudos de direito civil constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

REYNOLDS, James. *Tiziana Cantone: a italiana que teve a vida destruída por vídeos virais de sexo.* Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38954744>. Acesso em 12.03.2017.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (Org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002.* In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, *Diálogos Sobre Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. In: TEPEDINO, *et. all.* *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 13.02.2018
Aprovado em:
14.02.2018 (1º parecer)
20.03.2018 (2º parecer)

Como citar: ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hipereposição: paradoxos e limitações empíricas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/protacao-do-direito-a-vida-privada/>>. Data de acesso.