

**Privacidade, imagem-atributo e liberdade de expressão.
Colisão e parâmetros de ponderação.
Comentários ao acórdão no REsp nº 1.235.926/SP**

Fabiano PINTO DE MAGALHÃES*

SUMÁRIO: 1. Ementa do acórdão. 2. Apresentação do caso. 3. Novos perfis do direito à imagem. Imagem-retrato e imagem-atributo. 4. A tutela do direito à privacidade: do isolamento à proteção de dados pessoais. 5. Colisão entre privacidade e liberdade de expressão. Necessidade de parâmetros objetivos de ponderação. 6. Conclusão.

1. Ementa do acórdão¹

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e por violação de direito de imagem. Publicação não autorizada de foto e nome do autor, que acompanhava a vítima quando de agressão, de que resultou a morte, praticada por "skinheads" por motivação homofóbica. Alegação de violação do art. 535 do CPC afastada. Acórdão que afastou pretensão a indenização por dano moral, mas condenou por uso indevido de imagem. Alegação de ofensa ao art. 460 do CPC afastada. Correção monetária incidente a partir da data da fixação do valor da indenização. Falta de indicação de dispositivo violado. Súmula 284 do STJ. Recurso especial improvido.

1. A contradição passível de sanção por intermédio de Embargos de Declaração é a ocorrente entre a fundamentação e o dispositivo da decisão, não se verificando, pois, a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. Julgada improcedente ação de indenização por danos morais, ante a publicação de notícia jornalística de agressão e homicídio, motivado por homofobia, praticado por "skinheads", contra jovem, que era acompanhado pelo autor, em praça da capital paulista, é adequada, contudo, nas circunstâncias do caso, concernente à vida privada, a procedência da ação pelo fato da publicação não autorizada de foto e nome do autor.

3. O provimento judicial está adstrito tanto ao pedido quanto à causa de pedir, delimitada pelos fatos narrados na inicial, conforme o princípio da substanciação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, encontra-se o Magistrado vinculado

* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Professor da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado – ESAP/PGE-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

¹ STJ, REsp nº 1.235.926/SP, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 14.11.2012.

aos fatos narrados na inicial, o que lhe permite aplicar a lei que entende adequada à resolução da lide, mesmo que não apontada pelo autor.

4. Incabível o Recurso Especial quando ausente a técnica própria indispensável à apreciação do recurso (Súmula 284 do STF).

5. Recurso Especial improvido.

2. Apresentação do caso

D.P.N. ajuizou ação em face da Editora Globo S.A., pleiteando a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da divulgação de sua fotografia e nome em matéria jornalística sobre crime de homicídio praticado contra outro jovem, na cidade de São Paulo, por motivação homofóbica.

Alegou o autor que, por estar na companhia do jovem, no momento em que este foi agredido e assassinado, e por ter sido arrolado como testemunha em processo criminal, teve sua imagem e nome divulgados, sem sua autorização, na matéria jornalística, bem como revelada sua opção sexual, violando seu direito à privacidade.

Os argumentos do autor podem ser resumidos na seguinte passagem da petição inicial:

A sua imagem e privacidade, que antes eram preservadas com rigor, tornaram-se públicas com a divulgação de seu nome completo, profissão e fotografia. E mais, divulgou-se explicitamente sua opção sexual.

(...) No presente caso, tem-se verdadeira violação à privacidade, intimidade e imagem, pois a exposição de sua intimidade divulgou um conjunto de informações que o autor mantinha sob seu exclusivo controle, devendo somente ser divulgada a quem entendesse necessário e em condições que julgasse conveniente.

(...) A reportagem publicada deveria ter omitido seu nome e fotografia, não poderia expô-lo sem a devida autorização. Fato que por si caracteriza o dano moral.

Contra a sentença de improcedência, o autor interpôs recurso de apelação, provido parcialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para condenar a ré ao pagamento de indenização, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelo uso indevido de imagem do autor.

Da ementa deste acórdão, colhe-se o seguinte trecho, revelador de sua fundamentação:

INDENIZAÇÃO – Danos morais – Matéria jornalística sobre crime violento praticado por motivo homofóbico – Publicação da opção sexual assumida

pela testemunha quando de seu depoimento – Informação diretamente relacionada ao fato criminoso que causou indignação na sociedade – Ausência de comentários preconceituosos, agressivos, jocosos, inverídicos ou atentatórios na matéria – Interesse público na divulgação da notícia ante a repercussão do caso – Pretensão indenizatória por ofensa à dignidade da pessoa humana afastada – Reportagem ilustrada com foto da testemunha sem a sua autorização expressa – Violação ao direito de imagem – Ocorrência – Indenização devida e fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – Quantia suficiente à compensação dos danos morais sofridos, sem caracterizar o enriquecimento ilícito do autor e que traz em si a função de desestimular a prática de atos semelhantes – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.

A ré interpôs Recurso Especial, alegando, em síntese, que a matéria jornalística apenas noticiou fatos públicos e de interesse social, diante da gravidade do crime. Estas circunstâncias tornariam desnecessária a autorização do retratado para a divulgação de sua imagem.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso, sob o principal fundamento de que “a divulgação da imagem, sem autorização, gera o dever de indenizar”, independentemente da prova de prejuízo ou do uso ofensivo ou não à honra².

Em acréscimo, reconheceu-se que, no caso específico, a revelação da opção sexual do autor, em notícia sobre crime praticado por razões homofóbicas, constitui ofensa a aspecto importante de sua intimidade.

Assim se manifestou o Ministro relator:

E, ainda que se argumente que a veiculação da fotografia sem autorização não gera por si só o dever de indenizar, devendo ser consideradas as circunstâncias de cada caso, há de destacar, no presente caso, que por tratar a matéria jornalística de um crime violento, com motivação homofóbica, conforme posto pelo Acórdão recorrido, com foco em circunstâncias da intimidade do recorrido, no caso a sua opção sexual, a publicação da fotografia com o destaque ‘o sobrevivente’ não poderia ter sido feita sem a sua autorização expressa, pois, sem dúvida submeteu o recorrido, no mínimo, ao desconforto social de divulgação pública de sua intimidade.

Por essas razões, manteve-se a condenação ao pagamento de indenização, considerando-se configurado o dano moral indenizável, o qual “deve ser qualificado por

² A esse respeito, o voto se baseia no EREsp nº 230.268/SP, Segunda Seção, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04.08.2003.

um elemento psicológico que evidencie o sofrimento a que foi submetida a vítima, o sentimento de tristeza, desconforto, vexame, embaraço na convivência social ou a exposição ao ridículo no meio social onde reside ou trabalha”.³

3. Novos perfis do direito à imagem. Imagem-retrato e imagem-atributo

A internet e as novas mídias representam a face mais visível do atual contexto social, notadamente marcado pelo uso de signos visuais e pela preeminência da imagem e de suas variadas formas de representação, como os mais fortes instrumentos de comunicação.

Há, de fato, um liame necessário entre o progresso tecnológico e o vertiginoso uso de imagens pelos meios de comunicação, que se tornam cada vez mais visuais, moldados pelas novas tecnologias digitais e interligados, em tempo real e no universo virtual da internet, às novas redes sociais. Com isto, aumentam-se, diversificam-se e tornam-se mais facilitadas as técnicas de captação, tratamento, armazenamento e veiculação (até anônima) das imagens, com os riscos daí decorrentes.⁴

Não é surpreendente, assim, que significativa parcela das lesões praticadas a direitos da personalidade, especialmente nos meios de comunicação, envolva, de uma ou de outra forma, o chamado direito à imagem, seja por ofensa direta, autonomamente⁵ ou em conjunto a outro interesse não patrimonial, seja como simples veículo de violação de outro interesse existencial.⁶

³ No ponto, o acórdão transcreve trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 622.872/RS, Terceira Turma, DJ de 01.08.2005.

⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos da personalidade. In Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148, p. 136. Um dos problemas apontados envolve, por exemplo, os riscos do uso de imagens fora de contexto. A propósito, ver ALMEIDA Júnior, Vitor de Azevedo. *A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo*. In SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158-183.

⁵ Considera-se, de acordo com a jurisprudência do STF (RE 215.984, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.06.2002) e do STJ (REsp nº 46.420/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 12.9.1994), superada a discussão sobre a autonomia do direito à imagem frente a outros direitos da personalidade, como a honra e a privacidade. “A tutela do direito à imagem independe da lesão à honra”. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101.

⁶ Da complexidade inerente à personalidade humana, resultam a fluidez dos conceitos dos diversos interesses existenciais, a impossibilidade de sua diferenciação absoluta e abstrata e a constante interconexão entre eles, fatores que demonstram a inadequação e insuficiência da utilização da categoria do direito subjetivo, bem como a incapacidade de classificação, em categorias fixas, tipificadas, estanques, dos direitos da personalidade. Sobre o caráter elástico da dignidade humana, abrangendo número ilimitado de situações, ver BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 126-127.

Esta peculiaridade do direito à imagem demanda meios adequados e suficientes para sua proteção e promoção e, ainda, dos outros interesses não existenciais merecedores de tutela, que com ele se relacionam.⁷

Este contexto parece explicar o motivo pelo qual o acórdão exposto no item antecedente (bem como o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no mesmo processo judicial) utilizou a violação ao direito à imagem, como primordial razão de decidir, sem abordar, com a atenção desejada, a violação a outros interesses não patrimoniais de extrema relevância.

Vale observar que a referência ao direito à imagem decorre da expansão de seu conceito, a fim de englobar a representação da pessoa no meio social, raciocínio que fez surgir a ideia de imagem-atributo, coincidente com o conteúdo do direito à identidade pessoal, mas distinta da imagem-retrato, que é a representação gráfica da pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios.

A imagem-atributo “nasce do próprio uso vulgar do termo ‘imagem’, o qual passa a significar não apenas a fisionomia e a sua reprodução, mas também o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. (...) Assim, cumpre ressaltar que as particularidades que compõem a imagem-atributo de uma pessoa serão colhidas através da reiterada observação de seu comportamento nas relações sociais”.⁸

O direito à imagem, em síntese, passa a conter dois perfis: a imagem-retrato, prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal, representa a fisionomia e sua representação; a imagem-atributo, cujo fundamento se reporta ao art. 5º, V, do texto constitucional, protege os atributos da pessoa que a identificam na sociedade.⁹

Esta nova função do direito à imagem representa uma significativa aproximação à ideia de direito à identidade pessoal,¹⁰ circunstância que conduz Maria Celina Bodin de Moraes a definir a imagem-atributo como o “conjunto de características decorrente do

⁷ Carlos Affonso Pereira de SOUZA fala em vários “pontos de contato” entre o direito à imagem e outros direitos da personalidade e elabora cuidadoso estudo sobre a distinção entre eles. *Contornos atuais do direito à imagem*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13, jan/mar 2003, p. 33-71, p. 51. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade, p. 110.

⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Contornos atuais do direito à imagem, cit.*, p. 42.

⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Contornos atuais do direito à imagem, cit.*, p. 40.

¹⁰ Dois recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça acompanham esta mudança: REsp 1.063.304, Terceira Turma, rel. Min. Ari Pargendler, DJe 13.10.2008; e REsp. 1.135.543, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.11.2012.

comportamento do indivíduo, de modo a compor sua representação no meio social”. E, assim, prossegue a autora:¹¹

(...) [a imagem-atributo] seria lesionada através não simplesmente pela divulgação não autorizada da imagem, mas quando esta fosse veiculada de maneira ‘deformada’, não condizente com a identidade que o sujeito constrói socialmente. A tal ponto que se passou a defender a reconstrução classificatória no sentido de conceber um novo direito, o direito à identidade pessoal, que representa uma ‘fórmula sintética’ para destacar a pessoa globalmente considerada, de seus elementos, características e manifestações, isto é, para expressar a concreta personalidade individual que veio se consolidando na vida social. Este novo direito da personalidade consubstanciou-se em um ‘direito de ser si mesmo’ (*diritto ad essere se stesso*), entendido como o respeito à imagem global da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências pessoais, com as convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que distinguem a pessoa e, ao mesmo tempo, a qualificam.

A alteração de conteúdo, significado e função deve ser vista como um acontecimento natural e até esperado nos institutos jurídicos, marcados pela sua historicidade e relatividade. A esse respeito, Pietro Perlingieri ensina que, “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais”.¹²

Diante deste cenário, nota-se que a imagem-atributo, a identidade pessoal e a privacidade se complementam em um contexto mais amplo de tutela de dados pessoais.

Contudo, desconsiderando esta evolução do conceito de imagem, a doutrina tradicional e a jurisprudência predominante, diante das frequentes hipóteses de colisão entre o direito à imagem e outro direito da personalidade, se limitam a utilizar os insuficientes e imprecisos critérios do interesse público na divulgação, do lugar público e da pessoa pública, sem exame do contexto em que a imagem é captada, da expectativa das pessoas envolvidas e do grau de individualização da sua imagem.

Ou, então, sob perspectiva estática e estrutural, perquire-se, tão-somente, a existência de autorização da pessoa como critério único (ou preponderante) para legitimar a utilização de sua imagem.

¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 207. Acerca deste ponto específico, veja-se, da mesma autora: *Sobre o nome da pessoa humana*. Revista da EMERJ, v. 3, n. 12, 2000, p. 48-74, p. 71.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

Embora não se negue que a regra, em tema de veiculação de imagem, seja a exigência de autorização (ainda que tácita, extraída a partir do inequívoco comportamento) do retratado, o fato é que, em hipóteses como a do acórdão, a discussão é muito mais rica do que a verificação da presença ou não de consentimento, de forma a caracterizar o uso indevido ou não de imagem.¹³

Com efeito, o envolvimento de outros interesses merecedores de tutela pode justificar ou vedar a veiculação desautorizada da imagem alheia,¹⁴ razão pela qual se mostram inadequados o recurso exclusivo ao direito à imagem¹⁵ e a adoção, como parâmetro balizador, do consentimento. Este raciocínio confere à análise da situação concreta um caráter formal e estrutural, perdendo-se a riqueza das circunstâncias fáticas e desprezando o perfil dinâmico e funcional do direito à imagem.

Idêntico problema decorre da utilização dos critérios do “lugar público” e da “pessoa pública”, sem exame do “contexto em que a imagem é captada, da expectativa das pessoas envolvidas e do grau de individualização da sua imagem”.¹⁶

Impõe-se, portanto, uma ressignificação do direito à imagem, no sentido de ser considerado o direito ao controle de sua representação na sociedade, inserido, sem dúvida, na realidade global de controle e proteção dos dados pessoais.

Tendo em vista que, em regra, se verifica a colisão entre estes interesses e outros igualmente protegidos constitucionalmente, o juízo de merecimento de tutela em concreto decorrerá do exercício de ponderação, através da utilização de parâmetros, para favorecer uma análise adequada das circunstâncias fáticas e dos efeitos jurídicos possíveis.

4. A tutela do direito à privacidade: do isolamento à proteção de dados pessoais

¹³ Sobre a insuficiência do critério da autorização prévia, GALVÃO, Helder. *Direito de imagem e fotojornalismo*. In SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*, p. 27-47, p. 34.

¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 139.

¹⁵ Sem contar a pertinente crítica à redação do artigo 20 do Código Civil, cujo enunciado fechado e restritivo, apegado ainda à técnica regulamentar, não fornece parâmetros úteis para a solução dos inúmeros conflitos que envolvem o direito à imagem e sugere que a reparação é devida apenas se houver ofensa à honra e finalidades comerciais e que a veiculação não autorizada só é legítima quando necessária à administração da justiça e à manutenção da ordem pública. Para a crítica, ver SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 103; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Contornos atuais do direito à imagem*, cit., p. 52-53.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 107.

A atriz sueca Greta Garbo, ainda no auge da fama, decidiu abdicar da vida pública e levar uma rotina de reclusão, curiosamente seguindo a vontade de sua personagem Grusinskaya, no filme Grande Hotel (de 1932), que suplicou: “*I want to be alone... I just want to be alone*”.¹⁷ Esta ideia de privacidade, equipara ao isolamento e à solidão, dificilmente pode ser vivenciada na atual realidade social.¹⁸

A construção moderna da privacidade surgiu, a partir de famoso artigo de Warren e Brandeis, como o direito de ser deixado só (*right to be let alone*),¹⁹ consagrando uma concepção individualista, egoísta, de solidão, de isolamento de outras pessoas, típica da época em que foi forjada.²⁰

A noção, de caráter marcadamente patrimonialista,²¹ limitava a proteção da privacidade à elite burguesa, classe emergente e proprietária. Por tal motivo, Stefano Rodotà destaca que a privacidade era um direito recente, individualista e burguês, surgido, segundo sua expressão, na “era de ouro da burguesia”, a segunda metade do séc. XIX, do apogeu do liberalismo clássico.²²

Esta concepção originária explica-se pelo conjunto de fatores, agregados naquele período, que permitiram o surgimento da privacidade: mudança de costumes, inserção do individualismo na sociedade, fortalecimento da burguesia e nova disposição arquitetônica de casas e cidades, com a separação do espaço do lar e do trabalho e a divisão das residências em cômodos individualizados.²³

¹⁷ A artista não é a única figura pública que defendeu seu isolamento. J. D. Salinger se recolheu da exposição pública, logo após o sucesso de *O apanhador no campo de centeio*. No Brasil, Rubem Fonseca mantém rotina de reclusão, se recusa a tirar fotos e conceder entrevistas, e, quando solicitado pela imprensa, afirma que “a verdadeira biografia de um escritor está contida em seus livros”. Revista Isto É. *Rubem Fonseca por ele mesmo*. Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/145379_RUBEM+FONSECA+POR+ELE+MESMO>. Acesso em 20.10.2013.

¹⁸ RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma: Laterza, 2005, p. 10; *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 99-100.

¹⁹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. In 4 Harvard Law Review 193 (1890).

²⁰ Desconsideram-se a alteridade – que caracteriza a relação (interação) humana (coexistência) – e que a privacidade é essencial ao desenvolvimento da personalidade humana. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos da personalidade, cit.*, p. 141.

²¹ No entanto, Danilo Doneda ressalva que o artigo citado não restringia a privacidade à proteção proprietária: “o artigo reflete a tendência a uma fundamentação diversa para a proteção da privacidade, desvinculada do direito de propriedade, que começa a despontar. Um de seus pontos fundamentais é a observação de que o princípio a ser observado na proteção da privacidade (no caso específico, na publicação de escritos pessoais) não passa pela propriedade privada, porém pela chamada *inviolable personality*”. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

²² RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy, cit.*, p. 9. A ironia, para RODOTÀ, é que a privacidade ingressou, expressamente, no ordenamento italiano, pelo “Estatuto dos trabalhadores” (art. 8º, da Lei nº 300 de 20 de maio de 1970), que proibia a coleta de opiniões políticas, sindicais e religiosas. *Intervista su privacy, cit.*, p. 25.

²³ RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy, cit.*, p. 9; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 125-128. Ambos os autores se referem à clássica obra de Lewis MUMFORD. *La cultura delle città*.

O direito à privacidade, neste momento inicial, segue, excessivamente, uma lógica proprietária, cuja proteção mantém-se muito vinculada à propriedade privada, como direito de excluir o outro²⁴. Esta formulação contribui para afastar a proteção da privacidade à pessoa no espaço público. Aqui, sobressai apenas a dimensão negativa da privacidade, como o direito a ser deixado só, não ser importunado, não ter a vida revelada.

A privacidade é invocada, ainda, para tutela de diversos interesses que, a rigor, não se inserem em seu conteúdo, tal como formulado pelo direito romano-germânico, tais como, a publicação de retratos sem consentimento do retratado, o direito de abortar, a inviolabilidade de domicílio.²⁵

A concepção de privacidade restrita à tutela da propriedade, além de sua manifesta incompatibilidade axiológica, soa inadequada e insuficiente para a proteção dos interesses existenciais da pessoa humana. Na sociedade da informação, caracterizada pelo desenvolvimento tecnológico, pelo crescimento exponencial do tráfego de informações (decorrente da maior capacidade técnica de recolher, processar, armazenar e utilizar a informação), pelo surgimento de novas técnicas invasivas e pelo aumento da curiosidade no meio social (especialmente sobre a vida de personagens famosos), a pretensão da solidão e do isolamento se limitará, possivelmente, a um fluido desejo inviável de ser atingido.

A internet é global e a circulação de informações não encontra fronteiras,²⁶ e o fluxo de dados pessoais aumenta, diversifica-se e torna-se a cada dia, mais veloz, de maneira que, sendo um processo irreversível, não seria mais possível restringir a privacidade a uma vedação de intromissões não desejadas na esfera privada.

²⁴ A privacidade seguia o esquema “*non si entra nella proprietà, non si entra nella vita privata*”. RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*, cit., p. 8. Danilo Doneda informa que a tutela do direito de propriedade se mantém como fundamento da *privacy* para parte considerável da doutrina norte-americana. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 116-117. Defensor desta ideia é POSNER, Richard. *The right of privacy*. In *Georgia Law Review*, vol. 12, n. 3, 1978, p. 393-422. Para uma visão contemporânea: SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

²⁵ WHITMAN, James Q. *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*. In *The Yale Law Journal*, vol. 113:1153, p. 1158 e 1161-1162. Este conteúdo aproximaria, naquele ordenamento, a privacidade de um direito geral de personalidade. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 137. Como exemplo deste fenômeno, William Prosser enumera quatro tipos de ilícitos vinculados à privacidade (*privacy torts*): (i) *intrusion into a person's solitude*; (ii) *misappropriation*; (iii) *public disclosure of private facts*; (iv) *false light in the public eye*. PROSSER, William. *Privacy*. In *California Law Review*, vol. 48:383, august 1960, p. 389.

²⁶ RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy*, cit., p. 106.

No atual contexto social, as questões relacionadas à privacidade se desenvolvem em um ambiente condicionado pela tecnologia – sobretudo, no meio digital, diante da penetração capilar da tecnologia eletrônica,²⁷ dada através, principalmente, da difusão dos computadores pessoais e *smartphones*, e do uso da internet – e se relacionam com o tratamento dos dados pessoais, os quais ganham destacado papel na construção da representação e da identidade da pessoa humana.

Não há, portanto, isolamento possível, visto que uma coleta mínima de dados pessoais é inevitável para o exercício mínimo da cidadania. De fato, informações (*transactional data*) são fornecidas em todas as relações comerciais com outros sujeitos, como contrapartida ao gozo de determinados bens. Stefano Rodotà assim ilustra o problema:²⁸

Rispetto ai propri dati personali, sul terreno del diritto, non ci si può limitare a dire di voler essere lasciati soli, perché, se io volessi essere lasciato solo, non userei il telefono, non userei l'autostrada, non entrerei in un ufficio dove mi verrebbe chiesto di usare il badge elettronico, non userei la carta di credito e via dicendo. Noi viviamo in una società dove lo scambio di informazioni è regola.

Diante deste quadro, além da preocupação de que os dados pessoais não sejam equiparados a mercadorias (e recebam tratamento equiparado – fato que ocasionaria perigosa subversão axiológica, submetendo interesses existenciais de extrema relevância à formação da personalidade humana a uma lógica patrimonial e mercadológica),²⁹ destaca-se, como mais importante faceta da personalidade, a efetiva possibilidade de controle das informações pessoais pelo próprio interessado.

Com efeito, o crescimento dos meios de comunicação em massa e esta potencialização e diversificação do tráfego de informações alteraram, profundamente, o panorama da proteção dos dados pessoais e a expectativa de privacidade. Basta lembrar que a evolução da tecnologia, o surgimento da internet e, após, das redes sociais, bem como a difusão, por um custo relativamente baixo, de computadores pessoais e modernos

²⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*, cit., p. 112.

²⁸ RODOTÀ, Stefano. *La nuova nozione di riservatezza nella disciplina del trattamento dei dati personali*. In VISINTINI, Giovanna (coord.). *Dieci lezioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 50.

²⁹ Este aspecto não fugiu à análise de Gustavo Tepedino: “(...) não bastam as ações individuais ressarcitórias, associadas à noção de privacidade como isolamento e reserva, na perspectiva tornada clássica por Warren e Brandeis no início do século XX. Torna-se imperioso, no mundo globalizado, impedir que os dados pessoais sejam tratados como simples ativo empresarial, controlando-se as finalidades de sua utilização e especialmente suas transferências – usualmente ditadas por opções do mercado –, de modo a se evitarem abusos e interferências nos mais variados campos de atuação da vida privada”. Prefácio a DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit.

celulares, com câmera e acesso a internet, transformaram, ao menos potencialmente, todo indivíduo de espectador a ator deste processo.³⁰

Esta realidade torna-se ainda mais dramática, tendo em vista que a velocidade de circulação da informação é inversamente proporcional à capacidade de seu controle, retificação e eliminação. Diz-se até que a internet não esquece³¹.

A privacidade está longe, portanto, de ser uma preocupação apenas da ‘classe burguesa’ ou das ditas pessoas notórias, submetidas à exposição pública. A circulação de dados pessoais é assunto do interesse de todas as pessoas, visto que qualquer delas pode sofrer ofensa à sua privacidade (e todas tem o direito de protegê-la) e que estas violações deixaram, há muito, de ser provocadas apenas pelo Estado e podem ser cometidas por qualquer particular, com acesso às novas tecnologias.³²

Além disso, há enorme dificuldade em conhecer quem detém os dados pessoais e de que forma os utiliza; na maioria das vezes, a vítima sequer toma conhecimento da lesão praticada (ou das diversas lesões, até diárias).

Neste ponto, cabe lembrar que, sem negar o direito à privacidade às pessoas famosas, Stefano Rodotà esclarece que a ‘figura pública’ tem expectativa de privacidade inferior àquela do cidadão comum.³³ A esse respeito, Luís Roberto Barroso complementa que a intensidade de sua proteção deve se dar em razão do grau de exposição pública, tendo em vista a ocupação de um cargo ou exercício de atividade ou mesmo de uma circunstância eventual. Nesta medida, reconhece que o âmbito de proteção da privacidade existe para todas as pessoas, mas deve ser menor no caso das chamadas pessoas públicas.³⁴

³⁰ Como mera curiosidade histórica, cabe lembrar que um traço característico comum aproxima a realidade atual do contexto social enfrentado por Warren e Bradeis: o surgimento de novas tecnologias da informação (sobretudo, a evolução das técnicas fotográficas) e da comunicação em massa.

³¹ LEMOS, Ronaldo. *A internet não esquece*. Revista TRIP. Disponível em <<http://revistatrip.uol.com.br/revista/186/colunas/a-internet-nao-esquece.html>>. Acesso em 23.10.2013.

³² Mesmo no caso Snowden, as ações praticadas pela Agência nacional norte-americana (NSA) eram auxiliadas ou executadas por corporações privadas terceirizadas. Bruno Lewicki, em artigo anterior, já destacava os riscos à privacidade originários do setor privado. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 27, 2006, p. 211-219 p. 211.

³³ RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy*, cit., p. 12. Sobre a questão: TEPEDINO, Gustavo. *Informação e privacidade*. In Temas de direito civil, p. 558-560, p. 559. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 107.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*. *Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 11.10.2013.

Diante desta realidade e considerando as significativas transformações tecnológicas e a indiscutível vocação do ordenamento jurídica para a tutela e promoção da pessoa humana, surgem novos conteúdo e conceito de privacidade (e não mera adaptação), superando a velha ideia de “direito a ser deixado só”.

Estas mudanças axiológica (centralidade da dignidade da pessoa humana) e fática (desenvolvimento tecnológico e aumento do fluxo em massa de informações) demandam a consolidação de uma nova função do direito à privacidade,³⁵ que, reconhecendo a insuficiência da tutela oferecida pelas noções de vida privada e intimidade, passa a abranger a proteção e o controle dos dados pessoais.

A ampliação do conceito de privacidade, que, em razão do amplo e inevitável fluxo de informações, deixa de ser a mera reserva ou isolamento para abranger a proteção dos dados pessoais, transfere a atenção principal do sigilo ao controle. Desta forma, Stefano Rodotà observa que sua estrutura abandona o “eixo” “pessoa-informação-segredo” para balizar-se em “pessoa-informação-circulação-controle”.³⁶

A proteção de dados pessoais merece ser vista, portanto, como a funcionalização da privacidade, cujas definição e estrutura são transformadas:³⁷

Le definizioni della privacy, infatti, sono progressivamente cambiate. Non si parla più esclusivamente di un ‘diritto a essere lasciato solo’, ma piuttosto di un ‘diritto a controllare l’uso che altri fanno delle informazioni che mi riguardano’, di un ‘diritto a poter effettuare le proprie scelte di vita al riparo dal controllo pubblico e dalla stigmatizzazione sociale’, di un ‘diritto alla libertà delle proprie scelte esistenziale’, di un ‘diritto a mantenere il controllo delle proprie informazione e di determinare liberamente le modalità di costruzione della propria sfera privata’, di un diritto a non essere semplificato, trasformato in oggetto, valutato fuori dal contesto’.

A privacidade, de fato, passa a constituir uma situação subjetiva complexa, formada por diversos interesses, “não apenas com respeito à reserva e ao isolamento, porém à

³⁵ “A privacidade, como qualquer conceito jurídico, muda de função ao sabor das mudanças históricas, adaptando-se às novas exigências sociais. Reconhecer esta variação no conteúdo da privacidade, ou seja, a sua mutabilidade funcional, importa reconhecer também que ela não representa uma entidade preconcebida”. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8-9.

³⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.

³⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*, p. 100. Sobre o caráter dinâmico e funcional da tutela dos dados pessoais, ver RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*, cit., p. 198-199. A evolução do conceito de privacidade culminou com a consagração, autonomamente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, do direito ao respeito pela vida familiar e privada (art. 7º) e do direito à proteção dos dados de caráter pessoal (art. 8º).

construção de uma esfera pessoal na qual seja possível uma liberdade de escolha e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade”.³⁸

A possibilidade de construção da própria esfera privada, a partir da tutela das escolhas de vida, pressupõe um enfoque funcional à proteção dos dados pessoais, caracterizado por uma tutela positiva e dinâmica, que permita ao titular o controle direto e contínuo das informações, que poderão ser acompanhadas em todas as fases de tratamento.³⁹

Com esta finalidade de propiciar à pessoa o efetivo poder de escolher quais informações a seu respeito permite circular, em que extensão, onde e quando, Stefano Rodotà construiu o conceito de corpo eletrônico, que representa o conjunto de informações relativas à pessoa e que definem a sua identidade,⁴⁰ permitindo o acesso, a integração, a retificação e a eliminação.

Além disso, a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais provoca “profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais, segundo uma escala de valores renovada, na qual deveria ser garantido o máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva”.⁴¹

Reconhece-se, assim, um ‘núcleo duro’ da privacidade, formado pelos chamados dados sensíveis, ou seja, aqueles dotados de potencial discriminatório ou particularmente lesivo, com riscos potenciais superiores à média. Em regra, trata-se de informações sobre raça, credo, convicção política, filosófica ou religiosa, opções e comportamentos sexuais, saúde, histórico médico ou dados genéticos da pessoa.

Exatamente aqui, chega-se ao ponto de interseção entre a problemática da privacidade e o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, objeto destes comentários.

No caso específico, a questão mais sensível envolvia menos o direito à imagem que a privacidade, tendo em vista que o veículo de imprensa tornou pública informação de extrema relevância para a construção da personalidade da vítima, que deve manter o

³⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 144.

³⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 60.

⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *Entrevista su privacy*, cit., p. 78. A propósito, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*, cit., p. 174; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 129.

⁴¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 35.

efetivo e mais amplo controle sobre a circulação da informação sobre sua orientação sexual.

As estatísticas sobre preconceito e violência sofridos por homossexuais confirmam que a divulgação da opção e do comportamento sexuais possui alto potencial de discriminação e estigmatização, razão pela qual se enquadram na categoria dos dados sensíveis.⁴²

Por tal motivo, o princípio da finalidade deveria servir como relevante critério para manter desconhecida a informação sobre sua orientação sexual, tendo em vista que este princípio impõe a utilização não-abusiva dos dados, bem como permite a eliminação ou transformação em dados anônimos das informações desnecessárias.⁴³

5. Colisão entre privacidade e liberdade de expressão. Necessidade de parâmetros objetivos de ponderação

Majoritariamente, doutrina e jurisprudência utilizam uma noção genérica, abstrata e pouco técnica de dano moral, como a lesão que provoca dor, vexame, humilhação ou sofrimento,⁴⁴ definição que apenas descreve consequências desagradáveis, sem representar um conceito jurídico seguro e idôneo a solucionar uma situação concreta.

Esta definição carrega os inconvenientes de relegar o reconhecimento do dano moral a um exagerado subjetivismo e de confundi-lo com uma possível consequência sua.⁴⁵ Mais adequado será, portanto, conceituar o dano como a lesão a um interesse juridicamente tutelado.⁴⁶

⁴² “O Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais de 2012, compilado pelo Grupo Gay da Bahia, mostrou que 338 gays, travestis e lésbicas foram assassinados no ano passado, fazendo o país ocupar o primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos homofóbicos. Nos dois primeiros meses de 2013, já foram 48 homicídios. À medida que os direitos avançam, a estatística de violência aumenta: em 2011 foram 266 mortes; em 2010, 260. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que possui o Disque 100 (canal telefônico por onde homossexuais podem denunciar casos de violência), registrou, em 2011, 1159 reclamações. Em 2012, o número mais que dobrou: 3017”. *Com avanço dos direitos, violência contra gays não cai*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/com-avanco-dos-direitos-violencia-contra-gays-nao-cai-8358921>>. Acesso em 11.10.2013.

⁴³ Sobre os princípios relacionados à proteção de dados, ver RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 59.

⁴⁴ STF, RE nº 172.720, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21.02.1997, em julgamento sobre a condenação ao pagamento de indenização em caso de extravio de bagagem em transporte aéreo. Em doutrina: CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74.

⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 131. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106-107.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 106-107.

E o dano moral, a seu turno, corresponderá à lesão a um interesse existencial constitucionalmente tutelado, ou seja, à dignidade humana, em última análise.

Para dar concretude e evitar o risco de inutilidade e generalização absoluta,⁴⁷ Maria Celina Bodin de Moraes propõe que o conteúdo material da dignidade da pessoa humana seja preenchido pelos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.⁴⁸

Por conseguinte, o dano moral consiste na “lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa”.⁴⁹

Tratando-se o dano moral de agressão a um interesse (extrapatrimonial) merecedor de tutela, o problema central se concentrará na investigação do merecimento de tutela (ou não) do interesse lesado (normalmente, identificado em uma norma de enunciado aberto, como dignidade humana, imagem, privacidade), a fim de definir os interesses merecedores de tutela (ressarcitória).⁵⁰

É dizer: se o dano moral decorre de uma agressão injusta a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial,⁵¹ protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela e promoção da dignidade humana, cumpre investigar a injustiça do dano, ou seja, se houve lesão a um interesse merecedor de tutela.⁵²

Além disso, não raro, estes princípios jurídicos componentes da dignidade da pessoa humana se encontram em colisão, o que não deve ser exatamente uma surpresa, diante

⁴⁷ Atenta para os riscos de inutilidade e banalização, decorrentes da alusão nominal e retórica à dignidade humana, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 124-126.

⁴⁸ Estes princípios são corolários dos seguintes postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que ele é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120, p. 85. Notável esforço de concretização também foi empreendido por BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

⁴⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Honra, liberdade de expressão e ponderação – comentários ao acórdão no REsp 1.021.688/RJ*. In FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 563-614, p. 606.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 118.

⁵¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 132.

⁵² “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 179.

da complexidade da personalidade humana e de suas diversas manifestações.⁵³ Anderson Schreiber acrescenta que “os conflitos de responsabilidade civil se dão, amiúde, no campo de colisão entre normas de conteúdo genérico e abstrato, campo de predominante aplicação da técnica da ponderação”.⁵⁴

Considerando a possibilidade de confronto entre interesses abstratamente merecedores de tutela (previstos em normas de conteúdo aberto),⁵⁵ impõe-se o exercício de ponderação, no caso concreto, entre as situações tuteladas, com vistas a definir qual delas deve prevalecer (naquela específica hipótese e com o sacrifício mínimo do outro interesse) e, assim, reconhecer a existência de um dano injusto, vale dizer, indenizável.⁵⁶

Em outras palavras, significa verificar que certas circunstâncias fáticas, à luz do dado normativo, determinarão o interesse que, no caso concreto, deve prevalecer, seja a privacidade ou a imagem, seja a liberdade de expressão, e permitirão definir a existência ou não do dano ressarcível. Realiza-se, então, a ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se imputa lesiva.

Anderson Schreiber propõe um método de aferição de dano ressarcível dividido em duas fases: “a primeira, em que se verifica o merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes; e a segunda, em que, não havendo prevalência estipulada entre dois interesses tutelados (por receberem ambos, em abstrato, proteção de igual patamar), confere-se ao juiz um espaço de ponderação para que decida qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias concretas”.⁵⁷

Este método se desenvolve em quatro etapas: (i) exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado; (ii) exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo; (iii) existência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes; (iv) inexistência de regra geral de prevalência entre os interesses conflitantes.

⁵³ A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas (e a conseqüente diversidade de valores e interesses tutelados) e a normatividade dos princípios são razões apontadas para as frequentes colisões. BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, cit.* Ainda sobre o confronto entre aspectos da dignidade humana: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil, cit.*, p. 177.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil, cit.*, p. 149. BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, cit.*

⁵⁵ A técnica da ponderação não se restringe, contudo, aos casos de colisão entre normas de conteúdo genérico. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil, cit.*, p. 150.

⁵⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana, cit.*, p. 179.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil, cit.*, p. 162.

Em hipóteses como a do acórdão do STJ, em que não há uma prevalência abstrata entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade,⁵⁸ cabe ao juiz realizar a ponderação dos interesses em colisão para estabelecer uma ordem concreta de prevalência, a partir da análise das circunstâncias fáticas e do ordenamento jurídico.

Sobre o juízo de ponderação, recorre-se, uma vez mais, às lições de Anderson Schreiber:⁵⁹

A ponderação consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraindo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame. (...) A ponderação judicial permitirá, então, que se delimite a área de atuação legítima de cada interesse na situação fática em análise, verificando-se se houve ou não invasão desta área e, conseqüentemente, dano ressarcível.

Cabe, então, proceder à análise das circunstâncias fáticas para verificar, no caso concreto, se é possível estabelecer uma regra de prevalência do interesse lesado, reputando-se, portanto, ressarcível o dano provocado.

Com esta finalidade, vale recorrer aos parâmetros específicos apontados por Luís Roberto Barroso para as hipóteses de colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, quais sejam: (i) veracidade do fato, de acordo com um juízo de verossimilhança e probabilidade, caracterizado pela diligência na apuração; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.⁶⁰

⁵⁸ Contra, BARROSO, Luís Roberto: “tanto em sua manifestação individual, como especialmente coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, cit.*

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil, cit.*, p. 166-167.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, cit.*

Anderson Schreiber, diante da necessidade de ponderação entre liberdade de expressão e direito à imagem, sugere a análise das seguintes circunstâncias fáticas, que poderiam auxiliar a resolução deste caso concreto:

Em termos gerais, podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, cumpre verificar: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Em esforço de concretização de critérios de ponderação, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 279, cujo teor é o que segue:

Art. 20: A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Maria Celina Bodin de Moraes analisou as circunstâncias adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de colisão entre direito à imagem, honra e liberdade de expressão. São elas o interesse público à notícia, a veracidade ou verossimilhança da notícia, sua atualidade, a continência e a pertinência do fato noticiado, a notoriedade da vítima, a ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar.⁶¹

Na hipótese do acórdão do STJ em análise, as seguintes circunstâncias fáticas podem servir de parâmetros para solucionar, no caso concreto, a colisão posta entre o direito à privacidade da pessoa retratada e a liberdade de expressão: (i) interesse público, veracidade e atualidade da notícia; (ii) notoriedade da vítima; (iii) meio clandestino de obtenção da informação; (iv) apresentação sensacionalista do fato; (v) expectativa de

⁶¹ Para a análise aprofundada desses critérios e dos casos em que foram utilizados, ver BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Honra, liberdade de expressão e ponderação*, cit., p. 600-603.

privacidade;⁶² (vi) comportamento reservado da vítima em relação à sua orientação sexual; (vii) grau de relevância para a notícia na sua identificação; e (viii) grau de lesividade da divulgação do dado sensível nos meios social, familiar e profissional da vítima.

De acordo com estes critérios, pode-se concluir que deve prevalecer, no caso concreto, a privacidade da pessoa retratada, reputando-se correta a condenação do meio de comunicação ao pagamento da reparação pelo dano injusto causado.

Com efeito, embora a notícia fosse verdadeira e atual, e houvesse interesse público em sua divulgação, a apresentação do fato ocorreu de forma sensacionalista, visto que o jovem retratado foi apontado como “o sobrevivente”, após presenciar o assassinato de um amigo, por motivação homofóbica.

Ademais, era amplo seu grau de expectativa de privacidade, apurado objetivamente, pois não é pessoa notória e revelou sua orientação sexual apenas em meio de acesso restrito (em depoimento prestado na ação criminal em que foi arrolado como testemunha). Este fato indica, ainda, a clandestinidade do meio de obtenção da informação, transmitida com finalidade restrita ao âmbito judicial. Acrescente-se o comprovado comportamento reservado da vítima quanto à sua opção sexual, o que reforça seu direito a manter oculto este seu dado pessoal.

Outro importante fator consiste no baixíssimo grau de relevância de sua identificação para a veiculação da notícia. Com efeito, a não revelação de sua imagem, nome, profissão e, especialmente, orientação sexual não retiraria o interesse jornalístico na circulação da reportagem e, ao lado disso, sua identificação pouco (ou nada) contribuiu para o enriquecimento da notícia.⁶³

De fato, sem prejuízo à qualidade da reportagem, a imagem poderia não ter sido veiculada ou, então, ter sido divulgada sem possibilidade de identificação, através do uso de recursos técnicos, como traja preta ou borrão na face.⁶⁴ Por igual, seu nome, sua

⁶² Bruno Lewicki alerta contra o risco de se exigir que “as pessoas – sobretudo as famosas – presumam que são objeto permanente da vigilância alheia, tendo em vista que as novas tecnologias permitem um grau de intrusão cada vez maior”. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*, cit., p. 213.

⁶³ Bruno Lewicki propõe recorrer a um juízo de proporcionalidade sobre os efeitos decorrentes do inevitável aumento de vigilância provocado pelos avanços tecnológicos. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*, cit., p. 218.

⁶⁴ Mostra-se favorável a essas medidas SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 111-112 e 155. Veja-se, ainda, RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*, cit., p. 41. Há previsão, no ordenamento jurídico, de meios de não identificação: art. 143, p. ú., da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

profissão e sua orientação sexual deveriam ter omitidos ou o texto deveria ter utilizado apenas iniciais ou nome ‘falso’.

Por fim, cabe destacar o alto grau de lesividade da revelação de dado sensível (orientação sexual) da vítima, no seu meio social, com grave risco de discriminação e estigmatização. Lembre-se de que a amplitude do público atingido pelo meio de comunicação é extraordinariamente superior e distinta do público com acesso direto ao processo judicial.

Danilo Doneda refere-se a uma chamada “anonimação” de dados pessoais, como o recurso utilizado por algumas leis de proteção de dados para, através da ocultação da informação relativa à pessoa retratada, reduzir os riscos inerentes ao seu tratamento, resultado que também poderia ser obtido pelo uso de pseudônimos.⁶⁵

Por estes fundamentos, consideradas a violação da finalidade para a qual a informação foi coletada e a inutilidade de sua divulgação e da imagem para a qualidade e relevância da reportagem, deve preponderar, de fato, o direito à privacidade da pessoa.

6. Conclusão

Vive-se hoje num outro mundo. Alguma coisa está fora da ordem. Parece ingênuo ou ilusório imaginar uma vida de isolamento ou absoluta reclusão.

As transformações tecnológicas e o avanço das técnicas de informação, através da internet, dos computadores pessoais e dos aparelhos celulares, tornaram impossível cogitar de uma pessoa que não receba ou veicule dados, ainda que involuntariamente e mesmo nas mais prosaicas atividades.

Alteraram-se, qualitativamente, os meios de transmissão de dados, aumentou-se, significativamente, o fluxo das informações e modificou-se a realidade sócio-cultural, crescendo, inegavelmente, um sentimento de curiosidade da vida alheia. Atualmente, qualquer pessoa pode ser ator no teatro mundial da informação, transmitindo, em tempo real, através de um *smartphone*, dados sobre o que acabou de presenciar. Há

⁶⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 157-158. Stefano Rodotà relata que, graças ao trabalho inicial de conscientização da *Autorità Garante* italiana, os meios de comunicação demonstraram uma adesão espontânea à legislação sobre proteção dos dados pessoais, sendo notado que “in molti articoli vengono citate le persone solamente con le iniziali o con nomi di fantasia”. *La nuova nozione di riservatezza nella disciplina del trattamento dei dati personali*, cit., p. 64.

peçoas, por outro lado, que desejam ‘despir-se’ aos olhos do público e revelar suas mais recônditas intimidades, em regra nos famosos *reality shows*.

A privacidade alterou-se, indubitavelmente. Mas apenas alterou-se. Cabe ao jurista a difícil tarefa de desfazer qualquer ideia de inexistência de privacidade, sugerindo instrumentos para garantir que cada pessoa se relacione no meio social e concretize sua identidade, expondo-se mais ou menos, de acordo com sua convicção.

Os parâmetros devem ser formulados em respeito à opção do constituinte de privilegiar como valor máximo a pessoa humana, de forma que é dever a busca da tutela e promoção integrais da dignidade humana, garantindo-se adequado, amplo, permanente e eficaz controle de seus dados pessoais.

Como citar: MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Privacidade, imagem-atributo e liberdade de expressão. Colisão e parâmetros de ponderação. Comentários ao acórdão no REsp. 1.235.926. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/privacidade-imagem-atributo-e-liberdade-de-expressao-colisao-e-parametros-de-ponderacao-comentarios-ao-acordao-no-resp-1-235-926/>>. Data de acesso.