

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA –
IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

MARCELLA LEONEL VIOTTI LEITE PRAÇA

**NOVOS CONTORNOS DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE EM MEIO À
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:
LIMITES PARA COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE
INFLUENCIADORES DIGITAIS.**

SÃO PAULO

2023

P886nnn Leonel Viotti Leite Praça, Marcella

Novos contornos da privacidade e intimidade em meio à sociedade da informação: / Marcella Leonel Viotti Leite Praça. - Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2023.

96f.

Dissertação (Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP) - Escola Superior do Ministério Público da União: Brasília, 2023.

Orientador(a): Dra. Tainá Aguiar Junquilha

1. Privacidade, intimidade, imagem no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Revolução das comunicações e a sociedade da informação. 3. Direitos de privacidade, redes sociais e seus usuários. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

MARCELLA LEONEL VIOTTI LEITE PRAÇA

**NOVOS CONTORNOS DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE EM MEIO À
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:
LIMITES PARA COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE
INFLUENCIADORES DIGITAIS.**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da Profa. Dra. Tainá Aguiar Junquilho apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

SÃO PAULO

2023

MARCELLA LEONEL VIOTTI LEITE PRAÇA

**NOVOS CONTORNOS DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE EM MEIO À
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:
LIMITES PARA COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE
INFLUENCIADORES DIGITAIS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

30 de março de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Tainá Aguiar Junquillo
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Professor João Paulo Lordelo Guimarães Tavares
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Professora Yara Alves Gomes
Universidade Nove de Julho – Uninove

Se tornou aparentemente óbvio que nossa tecnologia excedeu nossa humanidade.

Albert Einstein.

AGRADECIMENTOS

Nada nunca teria acontecido se não fosse o sonho de um avô que hoje brilha lá no céu e sempre dizia: Faça direito, você nasceu pra isso!

Obrigada vovô por todo o exemplo; o senhor é a minha maior saudade.

Após a partida deste avô, um outro incentivador surgiu e, sem sombras de dúvidas, sem ele o mestrado não teria acontecido: Rafael.

Meu marido e melhor amigo; que muitas vezes acreditou e acredita mais em mim que eu mesma. Que cuidou do nosso pequeno todas as vezes que tive aula ou precisei me ausentar para escrever a minha dissertação.

Agradeço aos meus amigos, alguns estão comigo desde sempre, outros foram presentes da docência e ainda teve aqueles que o mestrado me apresentou. Obrigada por estarem sempre comigo!

Amo todos vocês mais do que digo habitualmente.

Agradeço o professor Danilo Doneda, que me encantou com suas aulas e despertou em mim o interesse pelo direito digital. Lamentarei eternamente a sua perda tão precoce mas com a certeza de que o seu legado será eterno.

Agradeço imensamente a minha querida orientadora que surgiu em meio a um furacão, sempre sorridente, positiva, com um conhecimento ímpar, pronta para ajudar no que fosse necessário e que sem ela, esse trabalho não seria possível.

Meu querido colega Fábio Toledo, você sem sombra de dúvidas foi o nosso braço direito, esquerdo e todo o resto no IDP, obrigada pelo apoio, pelas palavras, por toda a ajuda para que o mestrado pudesse ser finalizado.

Agradeço aos meus alunos, todos eles; que há oito anos me ajudaram a descobrir a vocação mais genuína de todas: a docência.

E, por fim, a minha eterna gratidão a Deus que no seu infinito amor, nunca me desamparou e sempre iluminou o caminho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PRIVACIDADE, INTIMIDADE, IMAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
1.1 Breve perspectiva histórica dos direitos fundamentais: Das Declarações de Direitos ao Constitucionalismo.....	14
1.2 Direitos fundamentais à luz da Constituição Federal de 1988: Privacidade, Intimidade e Imagem.....	24
1.3. Conflitos e concorrência entre princípios constitucionais.....	29
1.4 Privacidade e a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.....	35
2 A REVOLUÇÃO DAS COMUNICAÇÕES E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	47
2.1 Os desafios impostos ao Direito com as novas tecnologias de informação e comunicação.....	47
2.2 As redes sociais e seus desdobramentos.....	51
2.2.1 O regime jurídico das redes sociais.....	53
2.2.2 Os influenciadores digitais.....	59
3 DIREITOS DE PRIVACIDADE, REDES SOCIAIS E SEUS USUÁRIOS.....	62
3.1 A exposição midiática e a delimitação da esfera de proteção dos direitos de privacidade e intimidade nas redes sociais.....	63
3.2 A sociedade moderna e os influenciadores digitais como novos potencializadores do discurso midiático: análise de casos concretos.....	69
3.2.1. Caso da Influenciadora Bianca Andrade da Silva: Boca Rosa.....	70
3.2.2. Caso da menina Alice: Propaganda do Banco Itaú.....	72
3.2.3. Caso da modelo Daniela Cicarelli: Divulgação de vídeo de momento íntimo.....	75
3.2.4. Caso da atriz Carolina Dieckmann: Vazamento de fotos íntimas.....	76
3.3 Análise dos dados apresentados.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS.....	88

RESUMO

O trabalho tem por objeto, uma análise pormenorizada da evolução dos direitos fundamentais em especial à intimidade e à privacidade, relacionando-os com a evolução midiática. Ao longo da pesquisa, demonstra-se que assim como qualquer outra garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988, não são absolutos. E uma vez existindo conflito entre os princípios constitucionalmente previstos faz-se necessária a utilização da técnica de ponderação de interesses. Fato é que, com a difusão da *internet* e, conseqüentemente, dos meios de comunicação digitais, houve a necessidade de se discutir inúmeras questões ligadas à privacidade na rede. Com o aparecimento de novas tecnologias surgiu, assim, desafios impostos ao Direito a fim de regular as emergentes formas de informação e comunicação, que integram a cultura de um mundo globalizado. As redes sociais passaram a demandar um regime jurídico próprio, para que o ambiente digital não se tornasse uma terra sem lei, inclusive em razão do surgimento da nova profissão de influenciador digital. Face à exposição digital, tem-se a instituição de leis especiais, tais quais o Marco Civil da *Internet* e a Lei Geral de Proteção de Dados, cujo objetivo precípua é garantir maior segurança aos usuários das redes. Portanto, com a exposição midiática, este trabalho buscou delimitar a esfera de proteção dos direitos de privacidade e intimidade nas redes, a fim de evitar invasões desmedidas, ao passo que, em contraponto ao princípio da liberdade, é preciso garantir direitos peculiares aos indivíduos, na medida em que se resguarda a autodeterminação informativa no país. Ao analisar casos concretos de influenciadores, este trabalho observa como os influenciadores digitais são os novos potencializadores do discurso midiático, através da espetacularização da individualidade do ser, inclusive em razão da exposição infantil em detrimento dos corolários da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança. Ciente de que nenhuma estrutura normativa é estática, através da existência desses personagens digitais, ratificam-se as tutelas legislativa e jurisdicional eficientes por parte do Estado, muito além da garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação dos direitos da personalidade, e a forma como o ordenamento jurídico hoje vigente é capaz de evitar e/ou punir abusos. É neste contexto que a legislação pátria não é capaz de acompanhar a velocidade das alterações na rede mundial, razão pela qual a jurisprudência tem se envolvido casuisticamente, porquanto precária, inclusive, a regulamentação básica dos novos contornos da privacidade e intimidade em meio à sociedade da informação. Não se pode olvidar, assim, que o parâmetro legislativo para a proteção de dados no Brasil permanece insatisfatório, razão pela qual, a jurisprudência pátria tem decidido casuisticamente, o que se aproxima de uma insegurança jurídica já que necessária a aplicação de diversas leis em busca do desiderato em particular, sem conformidade com outros casos.

Palavras-chave: Privacidade; Intimidade; Direitos da Personalidade; Regime Jurídico; Influenciador Digital.

ABSTRACT

The object of this work is a detailed analysis of the evolution of fundamental rights, especially to intimacy and privacy, relating them to the digital evolution. The rights to intimacy and privacy, as well as any other fundamental guarantee provided for in the Federal Constitution of 1988, are not absolute. And since there is a conflict between the constitutionally foreseen principles, it is necessary to use the technique of weighing interests. The fact is that, with the spread of the internet and, consequently, of digital media, there was a need to discuss numerous issues related to privacy on the network. With the emergence of new technologies, challenges were imposed on Law in order to regulate the emerging forms of information and communication, which are part of the culture of a globalized world. Social networks began to demand their own legal regime, so that the digital environment did not become a lawless land, including due to the emergence of the new profession of digital influencer. In view of digital exposure, special laws have been instituted, such as the Civil Rights Framework for the Internet and the General Data Protection Law, whose main objective is to guarantee greater security for network users. Therefore, with media exposure, this work sought to delimit the sphere of protection of privacy and intimacy rights on networks, in order to avoid excessive intrusions, while, in contrast to the principle of freedom, it is necessary to guarantee rights peculiar to individuals, to the extent that informational self-determination is safeguarded in the country. By analyzing concrete cases of influencers, this work observes how digital influencers are the new potentializers of media discourse, through the spectacularization of the individuality of the being, including due to children's exposure to the detriment of the corollaries of absolute priority and the best interest of the child. Aware that no normative structure is static, through the existence of these digital characters, it ratifies the efficient legislative and jurisdictional protections by the State, far beyond the guarantee of compensation for material or moral damage resulting from the violation of personality rights, and the form how the current legal system is capable of preventing and/or punishing abuses. It is in this context that the national legislation is not able to keep up with the speed of changes in the global network, which is why jurisprudence has been involved on a case-by-case basis, since precarious, including the basic regulation of the new contours of privacy and intimacy in the midst of society of information. Therefore, it cannot be forgotten, that the legislative parameter for data protection in Brazil remains unsatisfactory, which is why the national jurisprudence has decided on a case-by-case basis, which is close to legal uncertainty, since the application of various laws in pursuit of the dehydration in particular, without compliance with other cases.

Keywords: Privacy; Intimacy; Personality Rights; Legal regime; Digital Influencer.

LISTA DE TABELAS

Quadro 1 – Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados.

Quadro 2 – Sanções Administrativas previstas na LGPD.

Quadro 3 – Família de Analista de Mídias Sociais da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO.

Quadro 4 – Comparativo das modificações trazidas pela Lei n. 14.155/21 ao Código Penal.

Quadro 5 – Análise de legislações aplicadas aos casos concretos apresentados.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Banner Boca Rosa Big Brother Brasil (2020)

Figura 2 – Comercial com Fernanda Montenegro e Alice.

Figura 3 – Foto de Daniela Cicarelli que ainda circula nas redes.

INTRODUÇÃO

É inegável o avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas, e as consequentes transformações que refletiram na sociedade. A expansão do mundo digital trouxe consigo uma nova forma de interação social: a virtual. A globalização e a democratização das informações sofreram na última década a maior revolução até hoje vista após a Revolução Industrial.

E a transformação que a sociedade da informação trouxe em todos os âmbitos das relações pessoais e profissionais, o Direito, que tem o papel de acompanhar tais fenômenos, também precisou ser transformado. Para isso, foi necessária uma nova regulamentação, que protegesse os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos face a toda essa mudança.

Diante da forma de interação e dos novos personagens do discurso midiático, surge a necessidade crescente de tutelas legislativa e jurisdicional eficientes por parte do Estado. Tendo em vista todas as particularidades que o meio digital apresenta, o ordenamento jurídico vigente não se mostra suficiente, sendo certo que o estudo pormenorizado desse tema é imprescindível.

A Constituição Federal de 1988 protege e elenca, como direito fundamental, os direitos à privacidade e intimidade, tratando-os como direitos basilares, sem os quais não há como se fazer *jus* ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 2022)

Diante de uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais, da forma como se apresentam hoje, são fruto de uma longa caminhada e resultaram de uma conquista iluminista, ainda que em constante evolução.

Assim como os direitos de intimidade e privacidade surgiram de forma tímida, atrelados ao direito de propriedade, e evoluíram, juntamente com os novos modelos de sociedade ao longo da história, o avanço tecnológico e a sociedade da informação trouxeram uma nova perspectiva acerca do significado dessa intimidade e dessa privacidade. É nesse contexto que procuraremos realizar um estudo, com a finalidade de

demonstrar a evolução dos direitos fundamentais e a necessidade de sua contínua progressão e proteção.

O ordenamento jurídico, como se apresenta hoje, mesmo com a instituição de leis específicas, como o Marco Civil da *Internet* e a Lei Geral de Proteção de Dados, tem se mostrado frágil no que tange à efetividade dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, anteriormente elencados, face à exposição digital.

É de grande relevância o tema proposto pelo presente estudo, sendo certo que seu debate pode contribuir para a conscientização sobre a necessidade de novas soluções que visem proporcionar mais segurança jurídica aos usuários dessas redes sociais e maior proteção para os que fazem desse meio digital sua plataforma de trabalho.

É inquestionável que campanhas políticas, publicidade, direito, jornalismo, relacionamentos afetivos, dentre outras situações, passaram por uma profunda alteração diante da sociedade da informação. A era do imediatismo e das facilidades ao poder de um clique veio para aproximar os que estão longe, para dar voz àqueles que, por meios tradicionais, provavelmente não se destacariam, e, infelizmente, também para auxiliar aqueles que se utilizam dos meios digitais para propagar o ódio, a intolerância e a desinformação.

Esses novos personagens que despontam no meio tecnológico são denominados Digitais *Influencers*, ou Influenciadores Digitais; eles são indivíduos que, por sua capacidade intelectual, de comunicação, profissional, dentre outras características, se destacam e atraem milhares de seguidores, tornando-se verdadeiras celebridades do ciberespaço¹.

Tais pessoas expõem sua rotina pessoal e profissional, suas visões políticas, realizam debates sobre temas relevantes e divulgam produtos e serviços que, em grande parte, tornam-se objetos de desejo para consumo. Nesse meio digital, a imagem passa a ser sinônimo de credibilidade, que é utilizada como objeto de trabalho.

Há, assim, uma incontestável contribuição do espaço digital para a democratização da informação e para a divulgação de pessoas, ideias, opiniões etc. Entretanto, como explanado, apesar de todo esse avanço, a ciência jurídica enfrenta hoje um grande desafio: acompanhar a revolução tecnológica com soluções e proposições para

¹ A palavra ciberespaço foi inventada em 1984 por William Gibson em seu romance de ficção científica *Neuromancer*. No livro, o termo designa o universo das redes digitais, descrito como campo de batalha entre as multinacionais, palco de conflitos mundiais, nova fronteira econômica e cultural, sendo uma das principais funções do ciberespaço o acesso à distância aos diversos recursos de um computador, bem como a transferência de dados entre eles. (1999, p. 17)

que esse desenvolvimento e suas inovações aconteçam nos limites da lei.

Conforme se pontuou, face a toda essa revolução e aos inúmeros benefícios da democratização digital da informação, os usuários das chamadas redes sociais e seus Influenciadores Digitais ainda carecem de proteção, principalmente acerca de sua privacidade e intimidade, uma vez que a legislação sobre o assunto ainda é muito incipiente.

A título de curiosidade e dimensionamento dos possíveis detentores dos direitos que propomos pesquisar, de acordo com a revista *Exame*, em matéria publicada no ano de 2020, “a cada segundo, 14 pessoas começam a usar uma rede social pela 1ª vez”; “mais de 450 milhões de pessoas começaram a usar redes sociais nos últimos 12 meses” (SOUZA, 2020, on-line).

Assim, cabe indagar: quais limites legislativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro podem ser aplicados aos usos dos dados pessoais dos influenciadores digitais?

Resta evidente a importância do tema, de sua análise e estudo, e, principalmente, da proteção aos mais de 450 milhões de usuários das redes sociais.

Para chegar a uma resposta, o presente trabalho atuará no campo da pesquisa bibliográfica, buscando compreender a evolução jurídica dos direitos relacionados à intimidade e à privacidade, empregando, para tanto, uma metodologia jurídico-exploratória do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, serão analisados casos paradigmáticos brasileiros que tangenciam o tema da invasão de privacidade e exposição de dados e imagem de personalidades famosas.

Por todo o exposto, o primeiro capítulo irá apresentar a evolução e a conquista dos direitos fundamentais no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro, aprofundando nos direitos relacionados à intimidade e à privacidade. Logo após, uma breve análise da proteção conferida hoje, pelo ordenamento jurídico brasileiro, à privacidade e à intimidade, a partir da Lei Geral de Proteção de Dados.

Em seguida, o segundo capítulo abordará a revolução tecnológica, com exposição da evolução das comunicações e posterior questionamento acerca da dificuldade legislativa em acompanhar tal evolução. Para tanto, é realizada ainda uma análise pormenorizada sobre a regulamentação das redes sociais e uma apresentação dos atuais atores do discurso midiático: os influenciadores digitais.

No terceiro e último capítulo, tratar-se-á dos três principais pontos da presente pesquisa: será realizada uma análise de casos concretos em que influenciadores digitais tiveram violados seus direitos ligados à privacidade, redes sociais e seus usuários,

fazendo-se uma ligação entre a exposição midiática das redes sociais e a tentativa de delimitar a esfera da proteção dos direitos fundamentais de privacidade e intimidade. Em razão disso, os influenciadores digitais serão tratados como atores principais do atual discurso midiático.

Como conclusão, espera-se compreender como a legislação e julgados pátrios tratam a proteção da privacidade no ambiente virtual, especialmente porque o direito é incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças tecnológicas da rede. Estabelecer qual mínimo protetivo, é, portanto, tarefa imprescindível a ser desvendada neste trabalho.

1 A PRIVACIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para uma maior compreensão do direito à privacidade e à intimidade – e seus reflexos no atual discurso midiático, é de suma importância a contextualização no ordenamento jurídico brasileiro. Neste capítulo apresentaremos, de forma breve e sucinta, o surgimento dos direitos fundamentais no mundo, tendo em vista ser o ponto de partida dos direitos de privacidade e intimidade em todos os ordenamentos jurídicos.

Dar-se-á seguimento analisando o direito à privacidade, à intimidade, à imagem e os direitos fundamentais sob a ótica da Constituição Federal de 1988, expondo seus conceitos e a importância de sua aplicação eficaz no Estado Democrático de Direito. Tal contextualização nos induz ao estudo, em tópico específico, dos conflitos e da concorrência entre os princípios constitucionais, em especial a colisão entre o direito à privacidade e à intimidade face à liberdade de informação e expressão. Afinal:

[...] na *Internet* o número de colisões entre princípios tem se intensificado, notadamente devido às novas possibilidades abertas pela rede mundial de computadores. Quer dizer, os princípios fundamentais consolidados na sociedade têm entrado em conflito de maneiras variadas, implicando numa necessidade de maior demanda do Poder Judiciário. (GARCIA; FURLANETO NETO, 2012, p. 7)

Para finalizar este capítulo, então, analisaremos a privacidade e a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as questões apontadas serão fundamentais para os discursos analisados nos próximos capítulos, em especial o que trata sobre direitos de privacidade, redes sociais e seus usuários.

1.1 Breve Perspectiva Histórica: Das Declarações de Direitos ao Constitucionalismo

Para uma posterior análise dos direitos à intimidade, à privacidade e à imagem no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário um breve histórico do surgimento de tais direitos no mundo. No entanto, não há certeza quanto ao surgimento preciso dos direitos e das garantias fundamentais, presumindo-se que suas primeiras exteriorizações vieram em busca da defesa dos direitos individuais nas eras mais antigas.

No terceiro milênio a.C., o Egito e a Mesopotâmia viviam de forma primitiva, razão pela qual não havia divisões de propriedades e os bens eram considerados de todos. Ocorre que, no momento em que as propriedades passam a ter donos, surge uma nova

estrutura de Estado e, com ela, a imposição de classes e de suas vontades aos menos favorecidos. Assim, a dominação de uns sobre outros diminui ou até aniquila os direitos básicos de uma parcela da sociedade.

O Estado e seus representantes passam a ser, então, figuras imprescindíveis para a proteção mínima dos direitos e garantias. Nas palavras de José Afonso da Silva:

O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. O homem, então, além dos empecilhos da natureza, viu-se diante das opressões sociais e políticas, e sua história não é senão a história de lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas. (SILVA, 2000, p. 150.)

Após grandes lutas das classes menos favorecidas, alguns diplomas legais vão surgindo, como a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, elaborada pelos Barões Ingleses e assinada pelo então João “Sem Terra”. Este documento, no entanto, do ponto de vista prático, não teve aplicabilidade por séculos, mas serviu de inspiração para as próximas e importantes legislações.

Com o enfraquecimento das linhagens reais na Inglaterra e os conflitos religiosos contínuos, sobreveio-se a Revolução Inglesa, culminando inclusive em um curto período republicano, de alto teor puritano, havendo retorno à monarquia, que sedimentou as bases para o advento da Revolução Industrial.

A Revolução Industrial ocasionou profundas transformações econômicas e sociais, com a finalidade precípua de acelerar o processo produtivo consolidando, portanto, a produção capitalista. Trata-se do marco de passagem da produção feudal para o sistema fabril, onde o operário dispõe de suas forças de trabalho e produção por preços irrisórios.

A exploração desmedida da mão-de-obra operária, a concentração de riqueza e as condições precárias de trabalho demonstravam o completo desrespeito a direitos básicos do ser humano, oportunidade em que surgiram ideologias de respeito aos direitos do homem.

No mais, os conflitos instaurados nas colônias inglesas na Inglaterra, inspiradas pela própria revolução ocorrida na metrópole, iniciam a Revolução americana (1776), culminando na independência dos Estados Unidos da América, que adotam cartas de direitos através de declarações e de sua constituição escrita, documentos que inspiram, posteriormente, os movimentos revolucionários da burguesia.

Durante o período citado foram elaboradas cartas e estatutos assecuratórios de

direitos fundamentais, como a *Magna Carta* (1215-1225), que protegia essencialmente apenas os homens livres; a *Petition of Rights* (1628), que requer o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei; o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769), que anulava as prisões arbitrárias.

A mais importante dentre elas foi a *Bill of Rights* (1688), uma vez que submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional, e, posteriormente, o *Act of Settlement* (1707), responsável por completar o conjunto de limitações ao poder monárquico do período.

Apesar de ser observado de forma tímida desde a Antiguidade Clássica, o constitucionalismo, que dá origem à história dos direitos fundamentais protegidos e amparados por uma legislação suprema, tem seu grande marco com os ideais liberais, que originam as primeiras constituições do mundo, dentre elas a Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

Assim, com o advento da Revolução Francesa, originada das tensões dos três estados na França e a consequente necessidade de superação do *Ancien Régime*, fora elaborado um dos documentos mais importante da história do homem. Este documento visava proteger os cidadãos quanto aos direitos tidos como elementais, devidamente garantidos com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, pela Assembleia Nacional Constituinte.

Dentre as disposições elencadas na Declaração, destaca-se que o teor revolucionário na França compreendeu o reconhecimento da soberania nacional de um país quando fossem adotados uma Constituição que, necessariamente, possuísse uma carta de direitos essenciais aos seus cidadãos. Tal percepção de estrutura normativa das constituições influencia toda a reflexão sobre o próprio poder constituinte e seus agentes ao longo do século XVIII, havendo a necessidade de preocupação da teoria do direito para com esses direitos essenciais dispostos na carta constitucional.

A partir de então, todas as monarquias absolutistas caem por terra, dando lugar a Estados Constitucionais. Entende Norberto Bobbio (1992, p. 30) "os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais".

Neste momento histórico, a busca era por liberdade; as novas constituições buscavam direitos pautados na esfera do indivíduo. Assim, após um histórico de intervenções e imposições absolutistas por parte do Estado aos seus cidadãos, o que se

buscava era direitos pautados na esfera da liberdade do indivíduo, sem a interferência direta do Estado, o que é denominado Absenteísmo Estatal.

Ainda, essa disposição da carta constitucional deveria trazer a organização do poder político de forma a limitar as atribuições das funções dos poderes do Estado (notadamente a classificação tripartite, qual seja, Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo) como instrumento de garantia dos direitos estipulados na Carta Constitucional.

Foi exatamente no século XIX que se assistiu à consolidação do poder pela burguesia, cuja filosofia do esclarecimento fomenta a formação do positivismo, influenciando a própria noção do Direito a partir do Estado Moderno como Estado de Direito, delimitado pela própria Constituição, sendo o Direito primariamente legislado ou consolidado pelos poderes do Estado.

O início do século XX assiste, com a influência das doutrinas sociais da Igreja e do Socialismo, o surgimento de textos constitucionais que incorporam, na sua carta de direitos elementares, direitos tidos como direitos econômicos e sociais, notadamente o direito ao trabalho e à previdência, que foram centralizados nas Constituições do México (1917) e Weimar (1919).

Ademais, a vitória bolchevique na Rússia, formando a União Soviética (1917) e a profunda crise do capitalismo ao final da década de 20, centralizada na Grande Depressão de 1929, tornaram o Estado protagonista na persecução dos direitos econômicos e sociais, que foram incorporados às cartas constitucionais existentes e/ou estavam presentes nas novas constituições do século XX, com grau de fundamentalidade cada vez mais garantido.

No entanto, conforme afirmado alhures, apenas após a 2ª Guerra Mundial, marcada pela barbárie e desrespeito à pessoa humana, com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos é que houve positivação dos documentos fundamentalmente responsáveis pela internacionalização dos direitos humanos, porquanto universais e indivisíveis, cuja essência versa sobre a importância da proteção à pessoa humana, refletindo sobre os Estados-membros.

Em relação a própria noção de direitos essenciais, pode-se dizer que os direitos humanos ou fundamentais tiveram início conceitual com o advento do Iluminismo, cuja filosofia de esclarecimento, verificando todos os homens como iguais, identificava a possibilidade de identificação, através da razão pura, de determinados direitos como direitos essenciais aos homens.

O viés racional foi refletido nas obras dos autores contratualistas que, visualizando um Estado de Natureza anterior à organização da sociedade, dedicaram estudos para os direitos tidos como essenciais e disponíveis a todos os homens. Tais direitos passam a integrar e corresponder um aspecto ético das instituições políticas.

Em seu livro *Leviatã*², Thomas Hobbes defende que o primeiro direito do ser humano é o direito de usar seu poder de forma livre para a proteção da vida. Para tanto, faz uso do *jus naturale*, conceituando-o como “a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”.

John Locke³ defende que o objetivo da construção de um Estado é salvaguardar direitos intrínsecos ao ser humano. As pessoas são livres desde o estado da natureza e através do individualismo liberal o governo deve preservar os direitos à vida, liberdade e propriedade. Ou seja, apesar da necessidade dos homens se reunirem através de um contrato social para desenvolver uma sociedade civil, os homens já eram detentores de direitos naturais.

A ideia de inalienabilidade dos direitos humanos é fomentada com os estudos de Jean-Jacques Rousseau. Rousseau parte do pressuposto de que o homem é naturalmente bom, mas a sociedade o corrompe. A partir do momento em que nasce a sociedade civil, o estado de natureza é substituído pelos conflitos humanos, porquanto a liberdade somente é alcançada com a igualdade. Da sua obra “Do contrato social” extrai-se que a renúncia às liberdades e igualdade humanas é incompatível com a natureza humana.

O jusnaturalismo medieval foi um importante mecanismo para fomentar a teoria do Direito Natural, mola propulsora para a própria configuração da proteção aos direitos do homem. Com o fim da 2ª Guerra Mundial, houve a elaboração de documentos responsáveis pela internacionalização dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos tinham como premissa básica a proteção da dignidade da pessoa humana.

Já os direitos fundamentais, da forma explícita como se apresentam hoje nas Constituições, são fruto de grandes debates do período após a Segunda Guerra Mundial, com toda a violência e a barbárie que ela representou. Naquele momento, era necessário proteger de forma direta os direitos e as garantias para os indivíduos.

² *Leviatã*, Capítulo XIV, p. 78.

³ Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689).

Diante do exposto, o que o movimento constitucionalista sempre buscou foi a imposição de normas escritas, com valores supremos que consagrassem direitos fundamentais aos cidadãos e os protegessem face à atuação abusiva dos Estados.

É nesse sentido que os direitos fundamentais da personalidade são atributos e prerrogativas considerados essenciais ao pleno desenvolvimento da pessoa humana (física, psíquica e moralmente). Afinal, os direitos fundamentais surgem quando o discurso dos direitos humanos é convertido em conteúdo jurídico positivo e coercitivo (GALUPPO, 2003, p. 233)

As novas conquistas foram classificadas pela doutrina em gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos ora apresentados, na esfera da liberdade, foram classificados como os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração.

E quando o Estado passa a instituir, através de uma lei máxima e escrita, os direitos pautados na esfera da liberdade, sem intervir de fato nas relações dos indivíduos, percebe-se que, sem a vigilância estatal, a liberdade não era usufruída por todos. As classes menos favorecidas continuavam estagnadas, servindo aos grandes proprietários de terra, que, por sua vez, desfrutavam em plenitude dos direitos conquistados.

A liberdade só existe quando é de fato usufruída por todos. Diante dessa percepção, novos direitos fundamentais surgem: os direitos de segunda dimensão ou geração, pautados na esfera da igualdade. Inspirados na Revolução Europeia do século XIX, tem-se a determinação dos direitos sociais, com ideais de cunho social, cultural e econômico, que exigem um dever-fazer por parte do Estado para que este seja, de fato, um garantidor dos direitos fundamentais.

Logo em seguida, como reflexo do período após a Segunda Guerra Mundial, diante da fragilidade da humanidade, despontam os direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, traduzindo valores relacionados à fraternidade e à solidariedade. Trata-se de direitos relativos ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à comunicação etc.

Nesta terceira dimensão estão os denominados direitos transindividuais, ou seja, que transcendem a figura dos indivíduos e se pautam na proteção da coletividade, tutelando valores que visam assegurar um ambiente saudável, plural, pacífico, respeitoso. É nesse momento que os principais direitos fundamentais transindividuais são apresentados.

Existem, hoje, teorias acerca da 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Entretanto, diante da divergência doutrinária acerca de seus temas, essas

teorias não são adotadas pelos nossos tribunais.

Vale ressaltar, neste ponto, que a dignidade está entrelaçada a qualquer direito contemporâneo, embora guarde similitude com valores peculiares aos seres humanos, aqueles que nascem livres e iguais em direitos e dignidade. Isso ocorre, pois, “a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”, consoante entende Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 94).

Trazendo como premissa o entendimento da Corte Constitucional alemã, os direitos humanos fundamentais não apenas impõem ao Estado o dever de resguardar os direitos dos indivíduos em face do arbítrio do Poder Público, como também a garanti-los quando de agressões por terceiros. Em razão do conceito emprestado pela jurisprudência alemã, o Ministro Gilmar Mendes⁴ assevera que o Estado evolui da posição de adversário para a função de guardião.

A inobservância de um dever de proteção pelo Estado implica em lesão ao direito fundamental do homem. Eles são definidos como os princípios positivados em um dado ordenamento jurídico, uma vez que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão: seja direitos intrínsecos da pessoa humana, seja princípios fundamentais do ordenamento nacional.

Para José Soder (1960, p. 15), “os direitos humanos possuem existência intangível, independente das instituições políticas e sociais das organizações humanas”. E a fundamentação ética de tais direitos tem sido um dos grandes dilemas para a sua compreensão, especificamente naquilo que justifica sua validade universal. (BARRETO, 2004, p. 294)

A essência dos direitos humanos é trazida por João Baptista Herkenhoff (1994, p. 30-31) como “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”.

Diante dessa breve exposição acerca da origem dos direitos fundamentais, como premissa para o avanço da pesquisa ora apresentada, passa-se ao esclarecimento sobre o surgimento da noção de intimidade e privacidade. E conforme os ensinamentos do professor Danilo Doneda, a noção de intimidade advém do surgimento da burguesia como classe social:

⁴ Redator do Acórdão proferido no Habeas Corpus 102.087 de Minas Gerais.

Diversas menções à privacidade podem ser encontradas na Bíblia, em textos gregos clássicos e mesmo na China antiga, enfocando basicamente o direito, ou então a necessidade de solidão. Na Inglaterra do século XVII estabeleceu-se o princípio da inviolabilidade do domicílio – *man's house is his castle*, que iria dar origem à tutela de alguns aspectos da vida privada relacionados com o respeito ao *domus*, ao espaço físico privado do homem. Ainda na época feudal, a casa da família passou a representar um espaço de intimidade, proporcionando a separação da vida comum e indo ao encontro de interesses pessoais – a intimidade do sono, do almoço, do ritual religioso, talvez até do pensamento; e com a família burguesa a ideia do ensinamento em casa e de cada indivíduo em seu quarto passou a ser vista como condições de habitabilidade.

Mesmo assim, não foi o homem do medievo, por demais integrado a uma vida cotidiana de caráter coletivista, que desejou o isolamento. No outono na Idade Média surgia o homem burguês que, juntamente com sua necessidade da propriedade privada, precisava também de uma vida privada. O burguês passou a se isolar dentro de sua própria classe, dentro de sua própria casa – dentro de sua propriedade. (DONEDA, 2000, p. 113).

Até o século XIX, com o desenvolvimento das cidades e das relações de trabalho, que acarretou melhorias econômicas e sociais para a burguesia, o entendimento acerca da privacidade nada mais era do que uma proteção ao direito de propriedade, advinda da conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração. Todavia, essa proteção à propriedade acabava sendo estendida também às relações advindas do seu interior.

Nesse sentido é o posicionamento de Milton Fernandes, que afirma que “a conceituação romana do *jus utendi, fruendi et abutendi*, que assegurava ao *dominus* as mais amplas faculdades, continha em si a ideia de amparo à vida privada, na medida em que esta ocorresse dentro de uma propriedade.” (FERNANDES, 1977, p. 17).

Curiosamente, o primeiro significado do termo privacidade se deu a partir do ensaio elaborado pelos advogados norte-americanos Samuel Warren e Louis Dembitz Brandeis, chamado de “The right to privacy”, datado de 1890 e publicado na Harvard Law Review. Trata-se da própria evolução do conceito do “right to be let alone”, ou seja, o direito a ser deixado em paz ou o direito a estar só (DONEDA, 2000, p. 113).

O artigo de Brandeis e Warren criticava os jornais de Boston, que expunham de forma exagerada a vida social da esposa de Samuel (que era filha do Senador Thomas F. Bayard). O texto falava em *right to be alone* (direito de ser deixado só), demonstrando assim a desaprovação com a invasão de privacidade e intimidade por parte da imprensa, porquanto ultrapassadas fronteiras de prudência e decência (AIETA, 1999, p. 81).

O artigo, além de demonstrar a exposição exagerada da vida privada dos influenciadores da época, apontava a importância de se estender a proteção dada pelo

governo americano ao direito de propriedade, à vida íntima, à privacidade dos indivíduos. Em um país *common law*, a partir de julgados emblemáticos dos tribunais ingleses e norte-americanos, ficou exposta a necessidade de se ter um princípio específico para proteger a privacidade do indivíduo, comprovando que isso não mais poderia ser algo ligado ao direito de propriedade.

As ideias propostas sobre privacidade no artigo apresentado foram suscitadas em toda a *common law*, fazendo com que vários julgados posteriores sofressem sua influência. Em 1953, um novo trabalho sobre privacidade ganha destaque – a Teoria dos Círculos Concêntricos da Esfera da Vida Privada, ou Teoria das Esferas da Personalidade, que teve como defensor o jurista alemão Heinrich Hubmann. A obra, denominada *Das Persönlichkeitsrecht*, parte da ideia de que existem diferentes níveis de privacidade, dividindo-a em três camadas, ou círculos concêntricos.

Para Hubmann, os três círculos ou esferas concêntricas dizem respeito: 1. àquilo que o indivíduo guarda na sua esfera íntima, em total segredo; 2. uma esfera um pouco mais ampla que a esfera íntima, tendo em vista aquilo que dividimos apenas com nossos familiares ou grupo restrito de pessoas; 3. esfera mais ampla de todas, abarcando a propagação de informações sobre aquele indivíduo a um determinado grupo de pessoas, alheias àquelas que são de seu círculo íntimo e conhecem seus segredos.

Ainda sobre as esferas, Marcelo Romão detalha que:

(a) A *privatsphäre* (esfera privada) é a mais ampla das esferas e a que guarda as relações interpessoais mais superficiais. Aqui, estão os fatos conhecidos por determinadas pessoas que acessam informações pessoais casualmente, pelo convívio ou por contato eventual, mas que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público. Essas pessoas nem sequer precisam guardar vínculo de intimidade com o indivíduo. O acesso ao restante da coletividade, portanto, é restrito.

(b) a *geheimsphäre* (esfera do segredo) é a esfera intermediária, inserida dentro da camada anterior. Nesta, as informações pessoais são compartilhadas com um número mais reduzido de pessoas. Assim, participam apenas os indivíduos que fazem parte da vida cotidiana da pessoa, como familiares e amigos íntimos, conhecendo-lhe determinados segredos; e

(c) a *intimsphäre* (esfera íntima) é a esfera de menor raio. Representa o maior grau de intimidade e protege o indivíduo de todo e qualquer acesso por parte da coletividade ou de quem quer que seja, em grau absoluto, preservando-lhe aquilo que pretende manter secreto, ou seja, longe do conhecimento de todos. Vale dizer, a pessoa neste grau de intimidade é intocável. (MARINELI, 2019. p. 97)

Logo após, no ano de 1957, o também jurista alemão Heinrich Henkel, influenciado pelo trabalho de Hubmann, alterou a ordem das esferas por ele apresentada, apontando a esfera do segredo como nuclear e ampliando a da intimidade para o raio

mediano. É possível constatar, diante da exposição dos juristas alemães, que temos graus diferentes de privacidade e, conseqüentemente, graus diferentes no que tange à sua proteção. Muitos doutrinadores acreditam que a aplicação da teoria dos círculos concêntricos nos tribunais é infrutífera e subjetiva, no entanto, é inquestionável sua influência na doutrina e no judiciário brasileiro.

Apesar das importantes teorias citadas e do pioneirismo dessas teorias no que diz respeito à importância da preservação e da proteção da privacidade dos indivíduos, foi com a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948, que o direito à privacidade ganhou previsão legal e destaque mundial. A nova legislação traz a ideia de proteção à vida particular e familiar⁵.

A partir daí, com a evolução da sociedade e das suas formas de interação, a concepção de privacidade vai sendo alterada e, conseqüentemente, os direitos relativos à sua proteção também⁶. Não por outro motivo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, coaduna-se à ideia contida na Declaração Universal quando ratifica a liberdade e a justiça sociais, sempre fundado no respeito aos direitos humanos.

Para finalizar e introduzir nosso país como também garantidor dos direitos relativos à privacidade, em 1969 foi assinado o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que, no Brasil, foi aprovado e promulgado apenas em 1992⁷.

⁵ **Artigo V.** Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar. (OEA, 1948).

⁶ **Artigo XII.** Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques. (ONU, 1948)

Artigo 8º.

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Artigo 17.

§1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas ilegais às suas honra e reputação.

§2. Toda pessoa terá direito à proteção da Lei contra essas ingerências ou ofensas. (ONU, 1966).

⁷ **Artigo 11.** Protecção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (OEA, 1969).

O que se depreende, diante dessa breve contextualização do início da proteção do direito à privacidade, é o notável reconhecimento acerca da importância de sua preservação, à medida que a sociedade e os avanços tecnológicos se apresentam, conforme veremos no próximo capítulo, passando de um adendo do direito da propriedade para a garantia da proteção da vida privada.

1.2 Direitos fundamentais à luz da Constituição Federal de 1988: Privacidade, Intimidade e Imagem

Assim como foi necessário no pós-guerra, à medida que a sociedade evolui os direitos e garantias instituídos também ganham novos contornos. Eles vão se consagrando ao longo da história, tornando-se, assim, uma fonte inesgotável a serviço do bem-estar social. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários (SILVA, 2017, p. 155).

No Brasil, a constitucionalização dos direitos passa a ser observada com a promulgação da Constituição de 1824. Nesta Constituição passou a se impor a necessidade de proteção dos direitos dos cidadãos, limitando o poder do Estado com uma tríplice repartição do poder.

Supera-se a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que apresenta o ordenamento jurídico em forma de pirâmide, sob o fundamento de que “a norma hipotética fundamental” ocupa o vértice do ordenamento jurídico, “sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira”. Assim, os direitos fundamentais pertencem à esfera extrapatrimonial do indivíduo, cujos valores não são redutíveis pecuniariamente, a exemplo dos direitos da personalidade (VÁLIO, 2006, p. 33)

A natureza jurídica dos direitos humanos fundamentais é definida como norma constitucional de eficácia plena e imediata. Embora esta afirmação seja refutada pela doutrina clássica de José Afonso da Silva⁸, entendemos que as normas constitucionais são

⁸ Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1998.

dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos.

A compreensão da dignidade enquanto valor indissociável ao ser humano passou a receber tratamento adequado a partir da Constituição em vigor (art. 1º, III, art. 5º, V e X da Constituição Federal), ratificada no novo Código Civil, ao enfatizar a importância dos direitos da personalidade⁹.

Trata-se de verdadeiro norteador de direitos. Seu sentido é projetar a valorização do ser humano, tornando-o como centro de importância na convivência social. Não é à toa que o Código Civil dispõe, no bojo do art. 11, que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, CC, 2002)

No bojo do artigo 20 do *codex* subjetivo civil resta salientado que “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. (BRASIL, 2002)

O Código de Defesa do Consumidor, vigente através da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passou a prevê, no seio do artigo 43, a relação dos bancos de dados e cadastros de consumidores, a partir do qual foi implementada a sistemática com base nos *Fair Information Principles*, de forma que parte da doutrina identifique-o como marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro. (DONEDA, 2011, p. 103)

A própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu art. 17, resguarda a privacidade da pessoa natural, ao afirmar que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei” (BRASIL, LGPD, 2018)

No Brasil, apesar da constatação dos direitos e das garantias desde as Ordenações do Reino, a preocupação explícita com os direitos fundamentais, a serem usufruídos em sua plenitude por todos os indivíduos, em especial os direitos de privacidade e intimidade, sobrevém com o processo de redemocratização, após o período de ditadura militar.

Com a redemocratização do Brasil, não há mais espaço para um ordenamento que não assegure, de fato, os direitos e as garantias fundamentais; e a Constituição Federal de

⁹ Ensina Bittar (2003, p. 03) que os direitos da personalidade são direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

1988 reflete essa característica democrática, a começar pelo seu artigo 1º, que, além de nos instituir como um Estado Democrático de Direito, também impõe os fundamentos desse novo Estado¹⁰.

Os fundamentos citados, que dão início às demais normas constitucionais, deixam claro o porquê da Constituição Federal de 1988 ser também chamada de Constituição Cidadã: Ela denota valores voltados para o ser humano e sua dignidade. Tanto que os artigos subsequentes trazem os desdobramentos desses valores, apresentando um rol de direitos e garantias com condições mínimas de vida e um dever de proteção ampla destes por parte do Estado. Edilson Faria fala exatamente sobre isso quando afirma que:

O respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais (FARIAS, 1996, p. 51).

Fato é que a Constituição Federal de 1988 protege sobremaneira os direitos da personalidade. O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como da Convenção Europeia de 1950.

Dentre essas importantes garantias que legitimam a dignidade da pessoa humana, o legislador trouxe, no artigo 5º, uma gama de proteção no que se refere ao direito à privacidade e à intimidade, como: direito de resposta; inviolabilidade de domicílio; sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas e de dados; resguardo da fonte; direito autoral e da propriedade industrial; restrição à publicidade dos atos processuais; e *habeas data*.

Não obstante, tem-se o direito à imagem como expressão dos direitos à intimidade e vida privada, compreendendo as formas de exteriorização do ser. Em regra, tal direito finda com a morte, ainda que existentes reflexos aos sucessores legais, oriundos da lesão *post mortem*.

¹⁰**Artigo 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

Operadores do direito de todo o mundo buscam explicar o fundamento para a moderna proteção da imagem das pessoas, seja através da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra; o direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo; o direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada; o direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade; o direito à própria imagem e o direito à liberdade.

Fato é que na Constituição Federal de 1988 tornou a imagem um direito independente e autônomo, prevendo-o no art. 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea “a”. No referido inciso V, tem-se o que parte da doutrina chama de imagem-atributo, caracterizado pelo reconhecimento social das características da pessoa. Nele, resta assegurado o direito de resposta proporcional à lesão, garantindo ainda indenização pela lesão, situação ratificada pelo inciso X, art. 5º, da CF.

Já no que concerne ao inciso XXVIII, a, do art. 5º, a Constituição Federal de 1988 assegura “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. Neste caso, estar-se diante da imagem-retrato, considerando a representação das características físicas da pessoa natural.

O próprio código civil prescreve, no art. 20, hipóteses em que podem ser vedadas divulgações, publicações e exposições da imagem das pessoas. Não é à toa que os Tribunais Superiores estão sendo instados a analisar situações concretas em que são divulgadas imagens sem autorização expressa da pessoa, ainda que sem conotação ofensiva ou vexatória, uma vez que exposta visando fins econômicos ou comerciais.

Os casos de imagem-atributo ou de imagem-retrato versam acerca da tutela constitucional do direito estático da imagem. Não obstante a isso, o direito dinâmico da imagem surge com o direito de as pessoas famosas de explorar sua própria imagem por meio de contrato de cessão.

Resta evidente a preocupação da legislação pátria sobre o tema, trazendo tais direitos como essenciais à integridade moral de cada indivíduo, incluídos como direitos da personalidade e tipificados, inclusive, em legislações infraconstitucionais. Para René Ariel Dotti:

Quanto ao direito à vida privada, o sujeito é a pessoa natural, independentemente da idade, sexo, condição social e atributos que a possam distinguir das demais: tanto a criança que vai ao canto da casa para brincar e fazer lições, como o doente mental que busca um refúgio para viver outras dimensões do mundo e da vida. Todos são titulares do direito à privacidade,

pouco importando, quanto aos incapazes, que o direito que eles podem exercer seja defendido pelos seus representantes legais. (DOTTI, 1980, p. 92).

Aprofundando um pouco mais sobre o direito à privacidade e o direito à intimidade, a Constituição Federal Brasileira de 1988, diferentemente das legislações anteriores, optou por prevê-los expressamente em separado. E em que pese alguns doutrinadores identificá-los como sinônimos, nossos tribunais os reconhecem enquanto direitos distintos.

Percebe-se, pelo trecho citado, que o direito à privacidade refere-se àquilo que é compartilhado apenas com um grupo pequeno de pessoas; estaria ligado à expressão vida privada, que é acolhida pela legislação infraconstitucional. Já o direito à intimidade estaria relacionado a pensamentos, momentos e trechos de vida em que se deseja manter total sigilo e cujo compartilhamento (ou não) seguiria critérios do próprio indivíduo.

Importante ressaltar, inclusive, que o Marco Civil da *Internet* também compartilha dessa divisão. Em seu artigo 3º, II, estabelece como princípio, dentre outros, a expressa proteção da privacidade. Já no bojo do artigo 7º, que trata dos direitos dos usuários, expõe, no inciso primeiro, a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Partindo dos exemplos citados, podemos concluir que direito à privacidade ou à vida privada seria o direito de um indivíduo a ter momentos, informações e detalhes compartilhados apenas com um grupo de pessoas, seja por necessidade (compartilhar um documento com seu advogado ou um exame com seu médico), seja pela inserção em um contexto mútuo (momentos em família ou círculo de amizades), o que não gera ou deveria gerar aos indivíduos a liberdade de compartilhamento sem a devida autorização. Por isso, deve haver a proteção da intromissão alheia.

O direito à intimidade, por sua vez, versa acerca de um campo pessoal, em regra, inacessível, tendo em vista que representa um espaço de tranquilidade e de imperturbabilidade da vida individual, cuja modificação depende de movimento ativo por parte da pessoa. (FERNANDES, 1977, p. 67)

A título ilustrativo, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que intimidade seria o “que de mais secreto existe na vida pessoal, que a pessoa nunca ou quase nunca compartilha com os outros, ou que comunga apenas com pessoas muitíssimo próximas, como a sexualidade, a afetividade, a saúde, a nudez” (VASCONCELOS, 2006, p. 80).

Intimidade seria tudo aquilo que não é compartilhado, que é feito de forma isolada e sem pretensão de se tornar público, e, exatamente por sua natureza “secreta”, sua

violação por terceiros deve sofrer sanções mais severas.

Ultrapassada a breve apresentação acerca da dicotomia entre privacidade e intimidade, bem como dos demais direitos que deles decorrem e sua importância para o ordenamento jurídico, é relevante, neste momento, pontuarmos a fragilidade de proteção.

Embora os direitos de privacidade, intimidade e imagem pessoal tenham destaque no atual cenário da sociedade midiática em que estamos inseridos, certo é que não há direito fundamental absoluto, e em algum momento, apesar de coexistirem, eles também irão colidir. Questão a ser, a partir de agora, suscitada, é: qual direito deve prevalecer?

1.3 Conflitos e concorrência entre princípios fundamentais

Ciente de que os direitos fundamentais surgem como normas que visam restringir a atuação do Estado, eles exigem deste um comportamento de abstenção em favor das liberdades dos indivíduos. No entanto, as normas que disciplinam os direitos humanos fundamentais não possuem caráter absoluto porquanto encontram limites em outros demais direitos igualmente consagrados na Constituição.

Ou seja, a natureza jurídica do conteúdo fundamental garantidor dos direitos humanos advém da própria normatização constitucional. Conforme enunciado no art. 29 da Declaração Universal de Direitos Humanos, “no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais”.

Os princípios fundamentais constitucionais são normas basilares do ordenamento jurídico, as verdadeiras garantias fundamentais dos cidadãos. Eles são diretrizes que norteiam as ações públicas e, por isso, são dotados de eficácia jurídica vinculante. Diante das considerações anteriores, pode-se afirmar que os direitos fundamentais “são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária” (BULOS, 2012, p. 522).

A doutrina brasileira, diante da importância e da força dos princípios fundamentais no ordenamento, instituiu características comuns a todos eles, as quais merecem destaque neste trabalho: (a) historicidade; (b) universalidade; (c) imprescritibilidade; (d) irrenunciabilidade; (e) inalienabilidade; (f), limitabilidade; (g) e concorrência.

Sobre historicidade, conforme breve estudo apresentado no tópico 1.1 da presente

pesquisa, é de fácil observação a conquista desses direitos fundamentais ao longo dos séculos, estando em contínua evolução, juntamente com a sociedade. Nesse sentido expõe Pedro Lenza, quando afirma que os direitos fundamentais “possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais”. (LENZA, 2020, p. 1174).

A universalidade dos direitos fundamentais diz respeito ao seu uso indiscriminado a todos os indivíduos, ou seja: os direitos fundamentais têm como destinatário todo e qualquer cidadão, sem distinção. Já a imprescritibilidade, é um instituto que independe do tempo do não exercício, de modo que inexiste perda da exigibilidade em razão da prescrição dos direitos. (SILVA, 2001, p. 213)

Considerar que os direitos humanos fundamentais constituem a base do arcabouço jurídico implica em reconhecer a sua universalidade. A verdade é que, constituindo elementos pré-políticos, os direitos humanos funcionam como escudos para evitar intromissões indevidas na esfera da liberdade individual, garantindo que a autonomia privada possa ser exercida regularmente pelos indivíduos.

O Supremo Tribunal Federal¹¹ descreve que o primeiro direito do ser humano é “direito a ter direitos”. Trata-se do direito que assiste a qualquer um, “uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades”. A propósito, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta todo o sistema de direitos fundamentais brasileiros na medida em que é a base e deve ser utilizado para que todas as demais garantias sejam interpretadas. (CARVALHO, 2007, p. 549)

A irrenunciabilidade, por sua vez, versa acerca da impossibilidade de sua renúncia, uma vez que os direitos fundamentais são inerentes aos indivíduos, conferindo-lhes a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o que pode acontecer é, apenas, a sua não utilização. A sua renúncia, nunca.

A inalienabilidade diz respeito à vedação de sua negociação a qualquer título ou valor. A Lei nº 9.434, de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, é um excelente exemplo sobre a inalienabilidade. Ela traz, de forma expressa e em diversos artigos, o termo gratuidade, demonstrando, assim, impossibilidade de comercialização, sob qualquer hipótese.

Por fim, restam a limitabilidade e a concorrência, duas características que dão início à discussão acerca da colisão dos direitos fundamentais. Por limitabilidade, ou

¹¹ STF, ADI 2903 PB, Relator: Min. Celso de Mello.

relatividade, entende-se que não há direito fundamental absoluto. Nossa Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios fundamentais constitucionais, colocou-os em um mesmo patamar de importância, aplicação e efetividade.

Pode-se afirmar, então, que os direitos fundamentais coexistem, porém, diante de caso concreto, pode haver uma limitação de um princípio face à preferência de outro que melhor harmoniza o conflito tutelado. Canotilho e Vital Moreira, sobre o tema, explicam que:

Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações de direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas *prima facie*). Resulta, então, que é frequente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bem jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa colisão de direitos fundamentais.

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais) (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 135).

A não hierarquia entre os direitos fundamentais deriva do princípio da unidade da Constituição e é de fácil compreensão quando exemplificado: o direito à vida por exemplo. Direito fundamental constitucional que, a princípio, coexiste juntamente com os demais direitos fundamentais; todavia, a própria legislação o limita ou o relativiza em casos de aborto por estupro conforme tipificado no artigo 128, II, do Código Penal.

Sobre concorrência, certo é que, vez ou outra, os direitos fundamentais podem ser exercidos conjuntamente ou cumulativamente quando, por exemplo, emite-se uma opinião em algum jornal. Desse norte, ter-se-ia exercido de forma concorrente¹², dois direitos fundamentais: Liberdade de expressão e direito de informar.

Dessa forma, na concorrência, não há um direito a ser limitado face a outro; não há uma colisão entre direitos, e sim um agrupamento de direitos que se encaixam naquela mesma situação. Dito isso, podemos afirmar que todos os princípios constitucionais têm

¹² Concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. [...] Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente, aquela que resulta do cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos setores limitados, uma “cobertura” normativa igual. [...] Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado “bem jurídico” leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2003, p. 1262).

o mesmo valor, a mesma eficácia, a mesma força normativa. Não se pode falar que existe um princípio superior a outro, mas sim que eles coexistem, se complementam.

No entanto, por se tratar de norma aberta, sujeita à interpretação, por seu grau de abstratividade, muitas vezes, diante de um caso concreto, os princípios poderão colidir entre si. Nesse ponto, será necessário, pelo princípio da ponderação, escolher o que melhor se encaixa para a solução daquele bem jurídico a ser tutelado.

Isso acontece quando temos o direito à privacidade de uma pessoa X e o direito de informação da outra; a Constituição Federal defende paralelamente os dois direitos, e eles coexistem no ordenamento jurídico. Assim, quando se chocam, eles acabam se limitando, cabendo ao poder judiciário decidir qual deve prevalecer. Há colisão quando a Constituição Federal protege, simultaneamente, mais de um valor ou bem em contradição concreta. (ANDRADE, 1987, p. 220)

Diante da coexistência dos princípios constitucionais e da não hierarquia entre eles, como já citado, resta para o intérprete da lei a utilização do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Ora, uma vez colidentes direitos constitucionais expressos, com idêntica hierarquia de fundamentalidade,

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobretudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação *jus* fundamental. (STEINMETZ, 2001, p. 69).

Quando se fala em solução dos conflitos com a utilização do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, fala-se em um poder judiciário que, ao julgar um conflito entre direitos fundamentais, busca aquele que melhor se adequa e que tornará a decisão mais justa, de forma a estabelecer o menor sacrifício possível às garantias em análise.

Nesta senda, quando diante da colisão entre princípios e/ou direitos garantidos constitucionalmente, deve-se observar que tais princípios e/ou direitos encontram seus limites em outros da mesma natureza, devendo-se utilizar o juízo de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

No que concerne, especificamente, à colisão entre a liberdade de expressão e os

direitos atinentes à personalidade do indivíduo, a ponderação deve ser realizada de modo a observar que a livre manifestação de pensamentos não constitui direito absoluto, devendo estar em harmonia com outras garantias constitucionais que protegem intimidade, vida privada, honra e a própria imagem das pessoas envolvidas.

Por oportuno, salienta-se que pessoa jurídica pode sofrer dano moral quando diante da ofensa à honra objetiva, desmoralizando-a no meio social¹³. No entanto, quando se trata de pessoa jurídica de Direito Público, em regra, não goza do direito de pleitear danos morais sob a alegação de ser vítima de ofensa particular.

Excepcionalmente, porém, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a violação da honra e da imagem de determinada autarquia sob o pressuposto de ter proporcionado descrédito em sua credibilidade institucional, desde que o dano reflita sobre os demais jurisdicionados¹⁴.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 4451 de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, consignou que “o direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais”, uma vez que o indivíduo também deve ser protegido da propagação de informações duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Até mesmo as declarações errôneas estão sob a guarda da garantia constitucional em apreço.

Outra questão a ser ressaltada é que a ofensa a direitos individuais da personalidade, sob o pressuposto de observância do direito à liberdade de expressão, enseja a reparação civil. Ao passo que a atividade jornalística deve exercer a liberdade de informação sobre fatos de interesse público, existe uma tênue linha que pode ofender a própria dignidade humana quando expuser de forma indevida a intimidade das pessoas, causando danos à imagem delas.

Para que reste configurada ofensa à honra decorrente do abuso ou excesso no exercício da liberdade de informação e pensamento no contexto jornalístico, deve ser observado o *animus injuriandi* ou *animus caluniandi*, ou o próprio dolo para difamar alguém.

A aplicação da concordância prática (outro nome dado à ponderação), deve observar não só a veracidade dos fatos narrados, como também averiguar a existência de

¹³ STJ. REsp 1298689/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado Em 09.04.2013, Dje 15.04.2013.

¹⁴ STJ. 2ª Turma REsp 1722423-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24.11.2020.

conduta ilícita para obter a informação, a natureza do fato publicado, a existência de interesse social na divulgação da notícia, dentre outros elementos.

Sendo defeso exigir autorização prévia, a violação aos direitos da personalidade de forma a atingir a dignidade pode ensejar a responsabilização posterior da pessoa. Vedada a censura aos meios de comunicação, tem-se dado prioridade a sanções que não envolvam proibir previamente determinado conteúdo informativo, fixando direito de resposta e/ou indenização condizente com a reprovabilidade da conduta, sua intensidade e a própria duração do sofrimento da vítima, além da capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais do ofendido.

Para o Superior Tribunal de Justiça, para a fixação de indenização por danos extrapatrimoniais deve ser observado o método bifásico, a fim de se estabelecer um arbitramento equitativo na quantificação do dano¹⁵. Afinal, inexistente no direito brasileiro o *punitive damages*, em razão do princípio da reserva legal, motivo pelo qual a indenização tem caráter único e exclusivo de punição.

O jurista alemão Robert Alexy entende que as normas constitucionais podem ser divididas em regras e princípios. Para ele, não há hierarquia entre normas-regras e normas-princípios, apenas apresentam funções distintas e tal distinção é uma das “colunas-mestras” da teoria dos direitos fundamentais.

Os princípios constituem mandamentos de otimização e sequer demandam estar escritos para a vigência no ordenamento jurídico pátrio, enquanto as regras são “mandamentos definitivos” que através da subsunção ao fato da vida alcançam sua finalidade. Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p. 89) defende que “por sua estrutura axiológica, a aplicação dos princípios se caracteriza pela necessidade de ponderação, enquanto as regras jurídicas são aplicadas por subsunção”.

Mas nenhuma Constituição se concretiza sozinha. O texto da Constituição deve ser interpretado de forma a evitar antinomias entre suas normas, sobretudo entre os princípios constitucionalmente estabelecidos, de modo que o intérprete deve considerá-la na sua globalidade, procurando harmonizar suas aparentes contradições.

Konrad Hesse (1991, p. 15-16 e 17-18) reconhece que a Constituição adquire força normativa no momento em que exitosa quanto à pretensão de eficácia, concluindo que “toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter

¹⁵ STJ. AgInt nos EDeI no REsp 1.809.457/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/2/2020, DJe de 3/3/2020.

nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”.

Nesse toar, quanto maior o conteúdo que corresponde à realidade, maior a probabilidade do desenvolvimento da força normativa da Constituição Federal. Para Hesse (1991, p. 20) “constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo”.

Quando há contradição entre normas-regras, uma delas será eliminada do ordenamento jurídico. De outra forma, havendo a colisão aparente entre princípios, nenhum deles resulta excluído da ordem jurídica, porquanto a ponderação autoriza o intérprete a estabelecer uma relação de prioridade, um verdadeiro balanceamento na situação concreta.

Ainda acerca do tema, a existência exclusiva de princípios tornaria a Constituição demasiadamente flexível, porquanto que, enquanto comandos de otimização guardam maior conteúdo moral e valorativo. Ocorre que, faz-se imprescindível a elaboração de uma escala de valores, atribuindo aos princípios maior ou menor grau de interferência ou de importância em razão do fato concreto avaliado.

Noutro ponto, a previsão exclusiva de regras, tornaria o texto demasiadamente rígido. Conforme Dworkin, no que tange às normas-regras, somente uma regra é possível de ser aplicada ao caso concreto, razão pela qual, no momento da subsunção da norma à realidade, aplica-se a regra do tudo ou nada.

Segundo a Teoria adotada Dürig, os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa da liberdade contra a ação estatal. Ocorre que o Estado, enquanto sujeito passivo direto e imediato, tem o dever de proteger os direitos fundamentais em face dos ataques de outros indivíduos.

Por tudo quanto foi exposto, pode-se afirmar que decisões justas, em caso de colisões entre direitos fundamentais, só são tomadas diante da análise do caso concreto, de forma que nenhum direito constitucional seja colocado acima do outro, e sim que seja observado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para que a partir de então seja escolhido o valor que confira a máxima efetividade possível.

1.4 Privacidade e a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

Tomando ciência do panorama histórico acerca da preocupação com a segurança

da informação pessoal, passa-se a analisar a normatização pátria acerca do direito da personalidade relacionado à privacidade das pessoas físicas, considerando que:

As pessoas começaram a filmar seus eventos, de férias a comemorações familiares, assim produzindo as próprias imagens, além do álbum fotográfico. Apesar de todos os limites dessa autoprodução de imagens, tal prática realmente modificou o fluxo de mão única das imagens e reintegrou a experiência de vida e a tela. Em muitos países, da Andaluzia ao sul da Índia, a tecnologia de vídeo da comunidade local permitiu o surgimento da transmissão local rudimentar que misturava difusão de filmes de vídeo com eventos e anúncios locais, muitas vezes à margem dos regulamentos de telecomunicações. (CASTELLS, 1999, p. 363)

Em razão dos desdobramentos da sociedade da informação, as leis de proteção de dados pessoais perpassou por quatro gerações até a atualidade. A primeira diz respeito à criação dos bancos de dados públicos, a segunda decorre da anterior, a partir do momento em que se verifica a necessidade de oferecer formas de controle e acesso às informações registradas. (DONEDA, 2011, p. 96-98)

No que tange à terceira geração, descreve o momento em que surgem as normas de proteção dos dados, a partir do tratamento e coleta dos dados pessoais. Por fim, na quarta geração, destaca-se o alargamento da proteção, especialmente no que tange à defesa dos direitos fundamentais do cidadão no que tange à privacidade, intimidade e honra. (DONEDA, 2011, p. 96-98)

A Lei n. 13.709, editada em 14 de agosto de 2018 passou a dispor sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da legislação pátria, ao ponto que alterou a Lei n. 12.965/14, conhecida como Marco Civil da *Internet*. A Lei n. 13.709/18 hoje é chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), uma vez que desde os primórdios tinha como objetivo precípuo a proteção dos direitos fundamentais à personalidade, corolário da própria privacidade.

Até a edição da Lei n. 13.709/18, havia pouca regulamentação específica para a proteção de dados pessoais no ordenamento pátrio, uma vez que o Marco Civil da *Internet* não tinha o condão de proteger situações hodiernamente comuns, o que havia, até então, era uma previsão vaga do CDC. Era necessário, portanto, uma verdadeira adequação à realidade digital.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais foi responsável por disciplinar o tratamento de dados pessoais em qualquer suporte, inclusive em meios digitais, realizado por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, com o objetivo de garantir a privacidade dos indivíduos.

A LGPD surge, de acordo com a norma ABNT NBR/ISO 27002:2013 (normatização válida a partir de 02 de dezembro de 2013), em decorrência da necessidade de se conferir controles, com a implementação de um sistema de gestão da segurança da informação:

A segurança da informação é alcançada pela implementação de um conjunto adequado de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de software e hardware. Estes controles precisam ser estabelecidos, implementados, monitorados, analisados criticamente e melhorados, quando necessário, para assegurar que os objetivos do negócio e a segurança da informação da organização são atendidos. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2013)

A legislação visava, também, disciplinar de que forma os dados pessoais dos cidadãos deveriam ser armazenados no banco de dados de pessoas físicas e jurídicas. Isso porque, inclusive no acesso às redes sociais, a exemplo do *Instagram*, é necessário realizar um cadastro contendo informações pessoais do usuário, elementos cuja empresa mantém em banco de dados próprio.

Na sociedade da *internet*, as informações coletadas são de grande valia, considerando que apontam as tendências do indivíduo, seja de consumo a questões políticas e religiosas. No ano de 2018, o *Facebook* compartilhou dados de 443 (quatrocentos e quarenta e três) mil brasileiros¹⁶, informações pessoais que foram repassadas para uma agência de *marketing* político britânica.

Em razão do exposto, a rede foi multada em 6,6 (seis vírgula seis) milhões de reais em decorrência do compartilhamento ilegal, pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON)¹⁷. Foi a partir do fato que se constatou a necessidade de uma regulamentação pátria que abrangesse a proteção das privacidade e intimidade no meio digital, estabelecendo como as searas pública e privada deveriam tratar os dados individuais das pessoas.

Não por outro motivo, a legislação (art. 2º) trouxe como fundamentos da proteção de dados o respeito à privacidade; à autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre

¹⁶ CORREIO BRASILIENSE. **Dados de 443 mil brasileiros no Facebook foram compartilhados com consultor.** O Brasil ficou entre os 10 principais territórios que foram afetados pela questão. Postado em 05 de abril de 2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/04/05/interna_tecnologia,671165/dados-de-443-mil-brasileiros-no-facebook-foram-compartilhados-com-con-s.shtml. Acesso em: nov. 2022.

¹⁷ *Idem ibidem*, 2022.

iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

No entanto, apenas em 8 de julho de 2019 – com a publicação da Lei n. 13.853/19 –, a Lei n. 13.709/2018 passa a ser conhecida nacionalmente como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Para fins da LGPD, considera-se dado pessoal a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

A segurança da informação, segundo a norma ABNT NBR/ISO 27002:2013, é alcançada pela implementação de um conjunto adequado de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de *software* e *hardware*. Estes controles precisam ser estabelecidos, implementados, monitorados, analisados criticamente e melhorados, quando necessário, para assegurar que os objetivos do negócio e a segurança da informação da organização sejam atendidos. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2013)

A Lei n. 13.853 de 8 de julho de 2019 não apenas alterou alguns pontos da então vigente Lei Geral de Proteção de Dados, assim como criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Ocorre que, foi a Medida Provisória nº 1.124, de 2022 que definiu os contornos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como “autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal”. (BRASIL, 2022)

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é um órgão da administração pública federal, mais precisamente uma autarquia de natureza especial dotada de autonomia técnica e decisória, a quem compete exercer as competências estabelecidas na LGPD, inclusive zelar pela proteção dos dados pessoais.

É imperioso destacar ainda que em 27 de dezembro de 2018 houve a publicação da Medida Provisória n. 869, que foi convertida na Lei n. 13.853, de 2019, responsável pelas alterações no texto originário da LGPD.

A LGPD alcança seu desiderato ao garantir aos dados pessoais uma ampla proteção. Ela não apenas possibilita correções e retificações de informações, com base na boa-fé, mas busca, como objeto final, promover a segurança dos cidadãos, especialmente porque a ordem jurídica brasileira foi sensivelmente impactada com os desafios impostos pelas transformações digitais.

Quanto ao alcance de aplicação a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nos termos do art. 4º, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam

localizados os dados, desde que, a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. (BRASIL, 2018)

Vale lembrar que a própria lei considera como coletados no território nacional os dados pessoais que pertencem ao titular que se encontre no Brasil no momento da coleta. No conceito de tratamento de dados, engloba-se toda e qualquer operação realizada com dados pessoais, tais quais:

A coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (BRASIL; 2018)

No mais, a própria legislação traz os princípios que devem ser aplicados quando da realização do tratamento de dados pessoais. Eles estão elencados no art. 6º da LGPD, nos termos do quadro abaixo:

Quadro 1 – Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados

FINALIDADE	Realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.
ADEQUAÇÃO	Compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.
NECESSIDADE	Limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.
LIVRE ACESSO	Garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.

QUALIDADE DOS DADOS	Garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.
TRANSPARÊNCIA	Garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
SEGURANÇA	Utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
PREVENÇÃO	Adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.
NÃO DISCRIMINAÇÃO	Impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.
RESPONSABILIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE CONTAS	Demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Fonte: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.853/2018.

Ainda acerca da proteção dos dados pessoais, é necessário observar os requisitos para que seja realizado o tratamento dessas informações. Todos eles estão previstos no art. 7º da LGPD e um dos mais importantes se refere ao fornecimento de consentimento pelo titular dos dados, que não pode ser viciado, porquanto defeso o tratamento dos dados daquelas pessoas que foram induzidas a erro quando do fornecimento.

Outra questão atinente ao consentimento é que ele demanda ser específico, uma vez que deve abranger quais as finalidades da autorização, sendo nula qualquer aquiescência genérica. Não é à toa que a lei prevê que cabe ao controlador¹⁸, ou seja, o agente de tratamento da informação, o ônus de provar que o consentimento foi obtido de forma legal e legítima.

¹⁸ Pode ser pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Além do exposto, o tratamento das informações pessoais que devam ter acesso público deve ponderar a finalidade, a boa-fé e o próprio interesse público envolvido e que justificam sua disponibilização. Ora, restou expressamente dispensada a exigência do consentimento para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do detentor dos dados e os princípios previstos na LGPD.

Não de outra forma, o cidadão titular das informações tem direito a acessar, de forma facilitada, às informações atinentes ao tratamento de seus próprios dados. Tais informações devem ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva, já que refletem o princípio do livre acesso.

O indivíduo que disponibiliza informações tem direito a acessar: a finalidade específica do tratamento; a forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; a identificação do controlador; as informações de contato do controlador; as informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; as responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e os direitos do titular. (BRASIL, 2018)

Já o tratamento de dados sensíveis somente deve ocorrer, em regra, na hipótese do titular ou seu responsável legal consentir, desde que o consentimento seja dado para finalidades específicas. Os dados pessoais sensíveis já foram conceituados:

São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (PINHEIRO 2018, p. 26)

Quando ausente o consentimento do titular, o tratamento dos dados pessoais sensíveis somente ocorrerá quando indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados

os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. (BRASIL, 2018)

É imperioso destacar que eventual comunicação ou uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores, a fim de obtenção de vantagem econômica, poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ainda que seja defeso que os dados pessoais sensíveis referentes à saúde sejam compartilhados com objetivos financeiros, com exceção das hipóteses de portabilidade de dados quando consentido pelo titular; ou da necessidade de comunicação para a adequada prestação.

No que tange ao Poder Público, faz-se necessário observar a Lei de Acesso à Informação. Isso porque a Lei n. 12.527/11, é responsável por dispor “sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal” (art. 1º, *caput*).

Para fins de interpretação da Lei de Acesso à Informação, o conceito de informação pessoal é “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 4º, IV) e o de tratamento da informação abrange o “conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação” (art. 4º, V). (BRASIL, 2011)

Como regra, é vedado ao Poder Público transferir para pessoas privadas os dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso. No entanto, existem exceções que podem ser encontradas no art. 26, § 1º, da LGPD¹⁹. Na visão do saudoso professor

Danilo Doneda a proteção deve alcançar qualquer dado pessoal, a saber:

¹⁹ **Art. 26.** O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.

§ 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) ;

II - (VETADO);

III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.

IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou

V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.

Qualquer dado pessoal e não somente o dado sensível é passível de, em determinadas circunstâncias, dar origem à discriminação ou ao controle, diminuindo as liberdades de escolha de uma pessoa. Os efeitos geralmente atribuídos ao tratamento indiscriminado dos dados sensíveis também podem ocorrer quando da manipulação de dados não sensíveis – tanto é que os dados não sensíveis também merecem proteção, apenas em uma escala inferior. (DONEDA, 2010, p. 191)

Acerca da intervenção do Estado na vida das pessoas, demanda legislação específica, atendendo à proporcionalidade, que os dados pessoais sensíveis a serem tratados pelo Poder Público deverão ser estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observando os princípios gerais e os direitos do cidadão titular dos dados.

No que tange à responsabilização e ressarcimento dos danos, tanto o controlador, quanto o operador, quando do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, quando violarem a legislação de proteção de dados pessoais causando dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a repará-lo.

Assim, o operador “responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador” (art. 42, § 1º, I, LGPD) e os controladores “que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente” (art. 42, § 1º, II, LGPD), embora ambos os casos apresentem exceção, qual seja, os casos de exclusão previstos no art. 43²⁰ da própria Lei Geral de Proteção de Dados.

Assim, os agentes responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, em decorrência das infrações cometidas às normas previstas na LGPD, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas (art. 52), após o prévio procedimento administrativo que garanta a ampla defesa, aplicando-as de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto²¹:

²⁰ **Art. 43.** Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

- I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
- II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
- III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

²¹ **Art. 52.** [...]

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

- I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

Quadro 2 – Sanções Administrativas previstas na LGPD

ADVERTÊNCIA	Com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas.
MULTA SIMPLES	De até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração.
MULTA DIÁRIA	Observado o limite total a que se refere acima.
PUBLICIZAÇÃO DA INFRAÇÃO	Após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência.
BLOQUEIO DOS DADOS PESSOAIS	A que se refere a infração até a sua regularização.
ELIMINAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	A que se refere a infração.
SUSPENSÃO PARCIAL DO FUNCIONAMENTO DO BANCO DE DADOS	A que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador.
SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS	A que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período.
PROIBIÇÃO PARCIAL OU TOTAL	Do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Fonte: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.853/2018.

Observa-se, por conseguinte, o impacto da Lei Geral de Proteção de como mola propulsora para a promulgação da Emenda Constitucional n. 15/2022, responsável tornar a temática uma garantia expressa da Constituição Federal de 1988.

Tal emenda foi promulgada em 10 de fevereiro de 2022 e publicada no Diário

IV - a condição econômica do infrator;

Oficial da União no dia seguinte, 11/02/2022, cuja redação do art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal de 1988, passou a ser: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. (BRASIL, 2022)

Desde então, oficialmente, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é uma cláusula pétrea, protegendo-o do poder reformador, uma vez que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais.

Ora, a Constituição Federal de 1988 consignou limites ao próprio poder constituinte derivado, ao estabelecer limites formais e materiais do poder de reforma do texto constitucional, instituindo as chamadas “cláusulas pétreas”, com menção expressa à vedação de reformas que visem restringir ou abolir direitos e garantias fundamentais, consoante o disposto no art. 60, §4º da Constituição.

Fato é que a inclusão da proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais constitui apenas um reforço, eis que outros dispositivos constitucionais, ainda que de forma genérica, já garantiam a proteção como cláusula pétrea, a saber:

O esforço a ser empreendido pela doutrina e pela jurisprudência seria, em nosso ponto de vista, basicamente o favorecimento de uma interpretação dos incisos X e XII do art. 5º mais fiel ao nosso tempo, ou seja, reconhecendo a íntima ligação que passam a ostentar os direitos relacionados à privacidade e à comunicação de dados. Desta forma, seria dado o passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais completa na vicissitudes da Sociedade da Informação. (DONEDA, 2011, p. 106)

Desse modo, a inclusão realizada no art. 5º da Constituição Federal apenas reforça o caráter especial do amparo, porquanto robustece o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda que fosse dispensável a previsão expressa, porquanto a proteção de dados pessoais está abarcada pelos direitos garantidos à personalidade, foi proposta a PEC n. 17/2019 que resultou na Emenda à Constituição n. 15/22 responsável por incluir – expressamente – a proteção de dados pessoais entre o rol dos direitos e garantias fundamentais e fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento desses dados.

Outra modificação importante foi introduzida no artigo 21 da Constituição Federal de 1988, para acrescentar o inciso XXVI, determinando competência à União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Por último, a Emenda Constitucional nº 115/22, inseriu no artigo 22, o inciso

XXX, para determinar competência privativamente à União legislar sobre a proteção e tratamento de dados pessoais.

2 A REVOLUÇÃO DAS COMUNICAÇÕES E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Este capítulo irá se debruçar sobre os desafios da sociedade decorrentes da revolução das comunicações e formas de informação trazida pela globalização.

Não há dúvida de que nem a sociedade, muito menos o Direito, são estáticos, razão pela qual devem ser alvo de evoluções a fim de manter a dinâmica do meio ambiente, já que o próprio ser humano busca adaptar-se à sociedade em que vive diante das suas necessidades. Este é o grande desafio da Ciência Jurídica diante das novas tecnologias de informação e comunicação.

2.1 Os desafios impostos ao Direito com as novas tecnologias de informação e comunicação

A Ciência Jurídica é uma criação humana que visa a adaptação social, uma vez que o Direito posto deve sempre acompanhar o movimento da sociedade em que está inserido. Dito isto, as normas não podem envelhecer a ponto de não se cumprir suas finalidade precípuas. A criação de novos procedimentos na ordem jurídica é, portanto, indispensável para garantir a segurança social. (NADER, 1987, p. 23)

O próprio Direito é fruto da criação humana, consubstanciando um conjunto de regras para organização da convivência social. No Brasil, com a “hiper-constitucionalização da vida contemporânea”, o Código de Processo Civil de 2015 não alterou o sistema judicial brasileiro para o de *common law*, tendo em vista que não há a predominância dos costumes e dos precedentes sobre a legislação. O sistema brasileiro ainda é o de *civil law*, motivo pelo qual a aplicação das normas jurídicas ocorre mediante a interpretação da lei escrita.

Há uma aproximação das jurisdições *civil law* com *common law*, sobretudo na realidade jurídica brasileira atual. Isso porque os precedentes dentro do sistema jurídico brasileiro são dotados de um reconhecimento peculiar, que é visto como fonte do direito e mecanismo que exprime a igualdade, a segurança e a previsibilidade. Sobre isso:

A intensa imbricação dos aspectos da tradição *common law* ao Brasil é processo natural de difusão cultural. Ciente desse processo de difusão é que deve o País estar atento às implicações da importação da teoria dos precedentes ao cotidiano da atividade judicial. (JUNQUILHO; JEVEAUX, 2016, p. 133)

A adoção do sistema de precedentes na realidade brasileira repousa em dois princípios constitucionais, quais sejam, segurança jurídica e igualdade, embora ambos tenham a sua origem na própria ideia de legalidade.

A cláusula geral da segurança jurídica impõe deveres aos Tribunais pátrios, dentre eles, o dever de uniformidade, pelo qual o órgão jurisdicional deve tratar de modo equivalente os casos substancialmente iguais. Desta forma, a fim de mitigar os efeitos deletérios produzidos por julgamentos divergentes sobre uma mesma matéria, o Código de Processo Civil de 2015 intensificou e aprimorou o tratamento dispensado à temática da uniformização jurisprudencial.

Vale lembrar que a democracia, forma de governo descrita por Aristóteles na Grécia Antiga, reconhece o atributo da soberania popular. Trata-se da necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, via democracia representativa. Os membros dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos pelos cidadãos.

Embora o Parágrafo único, art. 1º, da Constituição Federal, garanta que “todo poder emana do povo”, sua parte final prescreve que a soberania popular é exercida através de representantes eleitos, ainda que presentes instrumentos constitucionais para o exercício da democracia direta. Trata-se do que a doutrina comumente descreve como princípio democrático. (BRASIL, 1988)

O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais os atos normativos devem ser controlados, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição Federal. Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, requer-se a existência de uma Constituição Rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão esse que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

Verifica-se, por conseguinte, uma tendência crescente de ser possível aos Tribunais Superiores realizarem o controle judicial de políticas públicas, inexistindo ofensa ao princípio da separação dos poderes. A própria Constituição Federal de 1988 foi responsável por retomar a teoria clássica da Tripartição de Poderes.

E não obstante a democracia seja um governo regido pela maioria, fundada no princípio da soberania popular, é justamente na democracia onde a judicialização da política é possível.

Diferentemente do regime anterior, buscou-se um maior equilíbrio entre Poderes

Executivo, Legislativo e Judiciário através do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), abrandando a supremacia do Chefe do Executivo, ainda que se mantenha a ideia central do regime Presidencialista: a força do Presidente como ator reativo e pró-ativo, sendo imprescindível um processo de interação com os membros da Casa Legislativa (presidencialismo de coalizão).

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p. 168)

O Estado Federado é marcado por um modelo de descentralização, a partir do qual o poder político-administrativo é repartido entre diferentes entidades governamentais dotadas de autonomia. Nada mais é do que um Estado descentralizado administrativa e politicamente.

Todos os componentes da Federação encontram-se no mesmo patamar hierárquico para fins de exercício das competências que lhes são atribuídas pela Constituição Federal, ainda que os Territórios Federais integrem a União como mera divisão administrativa-territorial, sem que haja autonomia política.

No caso brasileiro, estar-se-á diante de uma Federação formada por desagregação. Neste caso, o Estado unitário se descentraliza, instituindo uma repartição de competências entre entidades federadas, comumente designado de federalismo centrífugo, porquanto se percebe um “movimento de dentro para fora”.

Diferentemente do modelo dual, em que há uma rígida separação de competências entre a União e os demais integrantes da federação, o modelo adotado pelo Brasil pode ser classificado como cooperativo. No conceito de federalismo de cooperação vislumbra-se uma maior proximidade entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto, de modo comum e/ou concorrentemente, de acordo com as balizas constitucionais.

O Brasil enquadra-se no tipo federação de equilíbrio, o que significa que está

fundada no equilíbrio entre as competências e a autonomia conferidas aos entes federados pela Constituição Federal. Eventuais modificações no modelo de equilíbrio delineado pelo legislador constituinte originário, que tendam a quebra do pacto federativo, são inconstitucionais, por ofensa à cláusula pétrea.

O art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 garante que a República Federativa é formada pela união indissolúvel dos entes, porquanto a organização político-administrativa do país compreende a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Isso porque o Estado Federado compõe-se de diferentes entidades políticas autônomas que, em um vínculo indissolúvel, formam uma unidade, diversa das unidades componentes, que é o Estado soberano.

Dito tudo isso, diante das novas tecnologias de informação e comunicação, decorrentes da própria globalização, a relação entre o Estado e a sociedade passa a ter novos contornos. Afinal, no final do século XX, todo o mundo se deparou com a revolução tecnológica, o que ocasionou uma nova forma de se relacionar entre as pessoas. O mundo passa a ser movido pelas informações e comunicação.

Já no século XIX, as pessoas se depararam com a valorização da imagem, cuja identidade individual passou a ser questionada, uma verdadeira crise de identidade. Nesse sentido, Gómez (2015) afirma que “vivemos na aldeia global e na era da informação, uma época de rápidas mudanças, de aumento sem precedentes de interdependência e complexidade, o que está causando uma mudança radical na nossa forma de comunicar, agir, pensar e expressar”.

Jean Baudrillard (1981, p. 103) é dono da célebre frase: “Estamos num universo que existe cada vez mais informação e cada vez menos sentido”. É nesse contexto que a revolução tecnológica demanda haver uma leitura crítica das informações disponibilizadas através da expansão da comunicação global, que no rápido ritmo de propagação pela *internet* pode representar um efeito contrário: a desinformação. A *internet* passa a ser considerada um meio “selvagem e perigoso”. (ECO, 2011)

Não é novidade que a rede mundial de computadores reduziu as distâncias, alterando o próprio conceito de território, uma vez que as fronteiras físicas tornaram-se irrelevantes no espaço digital. Eis um grande desafio:

O território, é antes de tudo, um elemento de força para o poder no sentido de que a autoridade, cônica da estabilidade de seu domínio, pode imprimir mais facilmente uma direção à atividade do grupo. É, depois, um instrumento do poder, porque tem o solo, tem o habitante. É mais fácil fiscalizar e coagir os indivíduos quando se pode dominá-los por intermédio do território sobre o qual

eles vivem. Quando o homem não pode mais escapar à influência dos governantes senão abandonando a terra que os alimenta, sua vulnerabilidade torna-se maior. (BURDEAU, 190, p. 71)

Não bastasse isso, a *internet* se tornou um território sem leis. A sociedade moderna, cujo marco principal é a informação globalizada, passou a contar com a comunicabilidade sem fronteiras, demandando do Direito a compreensão da nova forma de relação interpessoal, sob pena dos reflexos negativos sejam devastadores.

Assim, com a evolução do Direito para acompanhar o novo rumo da sociedade, a disciplina jurídica passa a regulamentar o exercício da *cibercidadania*, não se olvidando do fato de que “a função social e democrática da *internet* está representada pelo diálogo igualitário e a incidência social que ela comporta”. (MACHADO, 2017, p. 614)

Com as inovações, desafios e oportunidades decorrentes das inovações tecnológicas geradas, a própria forma de convivência entre as pessoas tem passado por uma revolução. Não é à toa que pesquisadores entendem estarmos diante da 4ª Revolução Industrial²², porquanto as revoluções anteriores acabaram por modificar a forma e o cotidiano das antigas sociedades. Nesse sentido:

O início do século XXI tem sido marcado por diversas mudanças sociais e tecnológicas que se apresentam como revolucionárias. Ora, elas são descritas como revoluções, em um sentido positivo. Ora, elas são mencionadas como mudanças dotadas de riscos e perigos. (VERONESE, 2020, p. 60)

E não apenas de benefícios vive o cenário de revolução, já que “a ideia de ter dispositivos inteligentes interconectados permitindo uma interação eficiente entre máquinas e humanos, auxiliando estes em suas tarefas diárias, pode parecer um cenário exclusivamente benéfico”. (MAGRANI; OLIVEIRA, 2020, p. 123)

2.2 As redes sociais e seus desdobramentos

O digital se tornou onipresente em diversos campos da vida. Hodiernamente, a *internet* faz parte da cultura mundial de um mundo globalizado, no qual, em qualquer lugar e a qualquer momento as pessoas se conectam em redes em uma velocidade que supera a dinâmica social da vida em sociedade. A partir de então tem-se a interação entre

²² O termo “Quarta Revolução Industrial” ganhou destaque com a sua inserção nos debates do Fórum Econômico Mundial, de Davos (Suíça) a partir de 2015-2016. Um dos fundadores do Fórum, Klaus Schwab, publicou dois livros sobre o tema. (VERONESE, 2020, p. 64)

pessoas através de um espaço considerando de dimensão imaterial, que nas palavras de Marcondes Filho corresponde:

Espaço imaterial tecnologicamente construído na camada eletromagnética do planeta e pressuposto entre computadores conectados por modem e fibras óticas (...). Tal espaço imaterial não tem, naturalmente, qualquer semelhança com o espaço geográfico. Trata-se de um espaço tempo, ou melhor, um espaço-velocidade (...); como tal, não pode ser provocado empiricamente, embora seja real. (MARCONDES FILHO, 1996, p. 100).

E o desenvolvimento das redes sociais decorre dos relevantes avanços originários da década de 1970. É a partir de então que, conforme explana Castells (1999), que “difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma”, porquanto fora repensada a forma das telecomunicações, ao passo em que houve melhoramento do fluxo de informações visando uma sociedade informacional.

Fato é que o surgimento do novo ambiente impulsionou a conectividade entre as pessoas e, como consequência, trouxe vulnerabilidades que passaram a demandar a efetiva proteção dos usuários das redes sociais. Não se pode olvidar do fato de que, com o mundo digital, sobreveio uma nova noção de tempo e espaço, considerando que os recursos digitais possibilitam as pessoas a evitar deslocamentos para resolver uma série de questões da vida cotidiana.

Acerca da era da informação, especialmente decorrente do advento da evolução das tecnologias de informação, Lucas de Souza Lehfeld *et al.* observa:

O conceito de distância e informação foi se transformando, de tal forma que a distância física deixou de representar um obstáculo real às relações sociais e transações em geral. No mesmo sentido, a velocidade no fluxo de acesso e disseminação das informações torna-se o paradigma do final do século XIX, facilitando, em uma estrutura aberta, globalizada e interligada, a formação de banco de dados com possibilidades infinitas de armazenamento de informações dos usuários da *internet*. (LEHFELD; CELIOT; SIQUEIRA; BARUFI, 2021, p. 237)

É nesse sentido que a transformação digital impõe uma série de cuidados, inclusive regulatórios, para que a rede não se torne um mundo novo e sem limites. Nesta era, em que as informações são rápidas e de fácil acesso, é necessário repensar a forma na qual esta conectividade não crie uma ditadura de conceitos e formas.

Portanto, esta parte do trabalho será dedicada a analisar o fenômeno das redes sociais e os consequentes desdobramentos, inclusive jurídicos, da nova cultura, também

denominada *cibercultura*, definida como o meio de comunicação que decorre da conexão mundial dos computadores, abrangendo também todas as pessoas que utilizam da ferramenta. (LÉVY, 1999. p. 17)

E ao se deparar com a agilidade e fluidez com as quais as informações são processadas, é preciso analisar os impactos sociais decorrentes do novo momento tecnológico. O Direito, assim, precisa acompanhar tal transformação digital, porquanto representa uma ciência dinâmica que deve estar em constante evolução. Assim:

As normas jurídicas não podem se imobilizar diante das mudanças dos costumes e dos comportamentos. O direito deve adaptar-se aos novos tempos, uma vez que os comandos normativos e jurisprudenciais se dirigem à coletividade. Perante a nova estruturação da sociedade ao longo dos anos, os direitos e as garantias fundamentais ganharam notoriedade. O vetor axiológico do nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, trouxe à tona a importância e a necessidade de regulamentação de determinados assuntos os quais antes eram negligenciados (KLEIN, 2021, p. 30).

Assim, passa-se a analisar, além do regime jurídico das redes, a nova profissão que surge com a utilização da *internet* através da transformação da comunicação em nível global: a de influenciador(a) digital.

2.2.1 O regime jurídico das redes sociais

Com o surgimento da *internet*, houve o alargamento das formas de comunicação, responsável por fomentar inúmeras questões ligadas à privacidade. Reforçando o quanto já exposto neste trabalho:

O impacto que ela representa, porém, já estava em grande parte incubado em outras tecnologias anteriores, que provocaram fenômenos semelhantes e que, se hoje parecem pálidos, devem ser considerados em relação ao que representaram à sua época – algo que o suceder das gerações apaga da memória. Assim, o telégrafo e o telefone, como instrumentos de comunicação bidirecional, ou mesmo o rádio e a televisão contribuíram cada um deles para formar a consciência de que representavam uma forma de encurtamento das distâncias e do fim de algumas limitações por ela causadas e, conseqüentemente, de uma interação mais frequente entre as pessoas, que está no âmago das questões relacionadas com privacidade. (CELLA; OLIVEIRA, 2015, p. 61)

De fato, o mundo está conectado à rede mundial de computadores. Em razão disso, as redes sociais funcionam – para além da expansão da conexão e interação pessoal –, como ferramenta de *marketing* e venda. Com a virtualização dos negócios, tem-se

agilidade e praticidade, características essenciais que acompanham a demanda oferecida pela globalização.

Sendo assim, um dos objetos de maior preocupação para a atual regulação jurídica decorre do desenvolvimento tecnológico. A partir dele surgem novos espaços para a proteção, porquanto privacidade e a proteção dos dados pessoais constituem direitos fundamentais no Brasil.

Mafalda Martins (2015, p. 5) defende que o mundo está passando pela “maior revolução conhecida depois da revolução industrial: a era da *internet*”. *Vivemos* num mundo em constante mudança; a cada dia que passa surgem novos termos decorrentes da evolução das tecnologias”. Para Bruna Santana Ucar:

O público se conecta às redes sociais para estabelecer novas formas de relacionamento e se engajar de forma colaborativa no ambiente de produção midiática. Neste sentido, o consumidor tem à disposição mecanismos para organizar sua própria grade de consumo midiático e pode optar por suprimir a propaganda. Por outro lado, o consumidor on-line também ganha ferramentas que o aproxima de seus produtos e personagens favoritos, o que aumenta as demandas de engajamento na rede. (UCAR, 2016, p. 126)

A Emenda Constitucional nº 115/2022, promulgada em 10 de fevereiro de 2022 e publicada no Diário Oficial em 11 de fevereiro de 2002, insere na redação do art. 5º, inciso LXXIX, que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. (BRASIL, 2022)

Desde então, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é oficialmente uma cláusula pétrea, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 consignou limites ao poder constituinte derivado, ao estabelecer limitações formais e materiais do poder de reforma do texto constitucional, instituindo as chamadas “cláusulas pétreas”. A Constituição Federal faz menção expressa à vedação de reformas que visem restringir ou abolir direitos e garantias fundamentais, consoante o disposto no art. 60, §4º da Constituição.

Outra modificação importante trazida pela Emenda Constitucional nº 115/2022 foi a introdução, no bojo do art. 21 da Constituição Federal de 1988, do inciso XXVI. Nele ficou determinada a competência da União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Por último – e não menos importante –, a Emenda Constitucional nº 115/22 foi responsável por inserir o inciso XXX ao art. 22 da Constituição brasileira, que determina, conforme dito alhures, a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e

tratamento de dados pessoais.

Vale lembrar que, no Brasil, antes mesmo da alteração do corpo constitucional, vigia uma legislação específica acerca da proteção de dados pessoais: tratava-se da Lei nº 13.709, editada em 14 de agosto de 2018. Após tentativas de adiamento, passou a vigorar a partir de 8 de setembro de 2020, à exceção das penalidades de cunho administrativo, exigíveis somente a partir de 1º agosto de 2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais hodiernamente vigente no país tem como inspiração o Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR, da União Europeia, editado no ano de 2018. A preocupação com a temática decorreu da necessidade de maior cuidado com os dados pessoais, especialmente decorrente do rápido desenvolvimento tecnológico:

Velhas amarras se afrouxam à medida que fragmentos de dados pessoais obtidos para um objetivo são facilmente usados com outro fim. A vigilância se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a. Sem um contêiner fixo, mas sacudida pelas demandas de “segurança” e aconselhada pelo marketing insistente das empresas de tecnologia, a segurança se esparrama por toda parte (BAUMAN; LYON, 2014, p. 10).

O regulamento da União Europeia nº 2016/679, editado no ano de 2016 no continente europeu, apenas passou a ser aplicado a partir do ano de 2018. Tal normativa foi responsável por revogar a regulamentação até então vigente, Diretiva nº 95/46/CE.

Naquela oportunidade, o Parlamento Europeu já havia divulgado, especificamente no ano de 1995, algumas regras específicas para tratamento de informações pessoais armazenadas em bancos de dados de empresas. Tratava-se, na oportunidade, da mencionada Diretiva nº 95/46/CE. O Regulamento (UE) nº 2016/679²³ foi confeccionado pelo Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho Europeu, sendo publicado em 27 de abril de 2016.

Ressalta-se, por conseguinte, que no decorrer do ano de 1970, a *Secretary for health, education and welfare* foi responsável por reunir um grupo de especialistas que, após três anos de estudos, emitiu um relatório concluindo a estreita relação existente entre

²³ 1.O presente regulamento estabelece regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e regras relativas à livre circulação de dados pessoais.

2. O presente regulamento protege os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares e, em particular, o seu direito à proteção dos dados pessoais.

3. A livre circulação de dados pessoais na União não pode ser restringida nem proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. (REGULAMENTO UE, 2016)

a questão de tratamento de dados pessoais e a própria privacidade dos seres humanos, sugerindo, desde então, a elaboração de normativas próprias para controle de riscos.

Ora, a evolução da tecnologia na sociedade globalizada fez surgir uma série de preocupações com a formalização de mecanismos de controle da informação, a fim de evitar a invasão à privacidade. Nesse sentido:

Não há dúvida que foi o desenvolvimento do computador, com a sua capacidade de tratar e de guardar vastas quantidades de informação, e do sistema de comunicações que transformaram o papel da informação, de meramente auxiliar, num papel central em diversas atividades humanas e sociais. Os computadores convertem qualquer tipo de informação num formato digital que as redes de telecomunicações transmitem entre diferentes terminais de computador. A informação aparece-nos sob diversas formas e diferentes conteúdos. No contexto da sociedade da informação e devido ao uso das novas tecnologias, formas inovadoras de tratamento de informação tornaram possível organizar e apresentar sob formatos diversos uma maior quantidade de dados e/ou conhecimentos. (GONÇALVES, 2003, p. 17-18)

Antes mesmo da vigência do GDPR, o Conselho da Europa foi responsável por realizar a Convenção 108, no ano de 1981. Confeccionada em Estrasburgo, na França, trata-se de um pacto transversal e global, e conta hoje com 55 (cinquenta e cinco) países signatários e 8 (oito) países observadores, dentre estes últimos, o Brasil, que se tornou observador do Comitê Internacional da Convenção 108 em outubro de 2018. A mencionada Carta previu a proteção de dados pessoais no bojo do seu artigo 8º²⁴.

Conforme dito, antes mesmo da promulgação da EC nº 115, datada de 10 de fevereiro de 2022, a proteção de dados pessoais já guardava caráter de direito fundamental na Constituição Federal de 1988. No entanto, em consonância com o quanto já garantido constitucionalmente, a LGPD buscou regulamentar a proteção dos dados pessoais. Além disso, ampliou o raio protetivo abrangendo dados de pessoa jurídica de direito público ou privado.

Assim, o direito à proteção de dados pessoais teve sua fundamentalidade apenas reforçada com o advento da EC nº 115/2022, ainda que já fosse considerado um direito fundamental implícito.

A expressa constitucionalização do tema possibilita de forma inequívoca, no seio

²⁴ 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (CONVENÇÃO 108, 1981)

dos avanços tecnológicos que criam uma nova sociedade da informação, a segurança jurídica necessária para assegurar a privacidade dos indivíduos, na medida em que resguarda a autodeterminação informativa no país.

E tendo em vista considerando a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo através da inclusão do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, é imperioso destacar que o dispositivo encontra-se amparado pelas previsões constitucionais que garantem atenção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, além reflexos no direito infraconstitucional.

Não se pode olvidar do fato de que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, sendo reconhecida a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para analisar eventual violação de um direito ou liberdade protegidos.

No art. 11.2 resta inserido que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, motivo pelo qual eventual descumprimento de tais deveres podem ser julgado pela Corte IDH. (CONVENÇÃO AMERICANA, 1992)

O Estado brasileiro reconheceu oficialmente a observância obrigatória da Corte IDH através do Decreto nº 4.463, de 8.11.2002, o que demanda que as normas internas sejam interpretadas de acordo com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos através de um controle de convencionalidade.

Não é à toa que o Código Civil dispõe, no bojo do art. 11, que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. E mais! No bojo do art. 20 do *códex* subjetivo civil resta salientado que “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 (BRASIL, CC, 2002)

A própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu art. 17, resguarda a privacidade da pessoa natural, ao afirmar que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2022)

Tanto os dispositivos do Código Civil, quanto aqueles previstos na LGPD, devem ser interpretados em conformidade com o que preconiza a Constituição Federal,

considerando o quanto afirmado pelo Ministro Dias Toffoli: “os valores em exame (liberdade de expressão e privacidade/proteção de dados) são especialmente caros à ordem jurídica, especialmente na sociedade de informação, e requerem sempre a concordância prática de seus comandos”. (BRASIL, STF, 2021)

No Recurso Extraordinário nº 1.010.606, o Supremo Tribunal Federal foi instado a analisar eventual compensação pecuniária e reparação de cunho material em decorrência da utilização de imagem não autorizada. Embora o cerne do julgado seja o direito ao esquecimento, o acórdão enaltece:

Ainda no art. 17, o legislador garantiu expressamente aos indivíduos a “titularidade de seus dados pessoais” e a observância dos “direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”. Não descuro, portanto, a LGPD da associação entre a proteção de dados pessoais e a privacidade, direito consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (em seu art. XII), assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (BRASIL, STF, 2021)

Não por outro motivo, salienta o Relator do RE nº 1.010.606 observou que “em sintonia com a proteção constitucional, a LGPD buscou ampliar o alcance protetivo, dispondo aplicar-se ‘a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio’ (art. 3º)”. (BRASIL, STF, 2021)

O Código de Defesa do Consumidor, vigente através da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passou a prever, no seio do artigo 43, a relação dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Nesse sentido, defende Danilo Doneda (2011, p. 103) que o:

(...) artigo 43 estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais presentes em “bancos de dados e cadastros”, implementando uma sistemática baseada nos *Fair Information Principles* à matéria de concessão de crédito e possibilitando que parte da doutrina verifique neste texto legal o marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro.

Não é à toa que o art. 46 da LGPD exige adoção de “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”. (BRASIL, 2018)

2.2.2 Os influenciadores digitais

Digital Influencer ou, em português, influenciador digital representa uma nova profissão cuja regulação jurídica específica está pendente. Ainda que haja formalização da parceria para divulgação e/ou venda de produto ou serviço através de contrato, inexistem regras trabalhistas aplicáveis, razão pela qual está sendo regida pelo Código Civil de 2022, o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Marco Civil da *Internet*.

No sítio eletrônico do Centro Universitário Brasileiro – UNIBRA, cujo *campus* está localizado na cidade de Recife, encontra-se o oferecimento da graduação como *Digital Influencer*, cujo objetivo é “oferecer pensamento estratégico para que as influenciadoras e influenciadores digitais possam desenvolver seus negócios pessoais, municiando-os com ferramentas de marketing e Comunicação Digital para conquistarem a relevância, audiência e rentabilização”. (UNIBRA, 2022)

A atividade desempenhada pelos influenciadores digitais foi enquadrada perante a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO ao lado de Analista de Mídias Sociais, integrante da família de Profissionais de Mídias Sociais e Afins, cuja classificação é CBO nº 2534. Ora, a Portaria nº 397, de 10 de outubro de 2002 foi responsável por enumerar as profissões identificadas no mercado brasileiro.

Quadro 3 – Família de Analista de Mídias Sociais da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO

CÓDIGO	SINÔNIMO
2534-05	Analista de mídias digitais
2534-05	Analista de redes sociais
2534-05	Assistente de mídias sociais
2534-05	<i>Social media</i>

Fonte: <https://www.cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/202103/22152042-ocupacao-cbo.pdf>.

Embora a Classificação Brasileira de Ocupações não tenha o condão de regulamentar as profissões existentes no país, ela reconhece a existência do ofício de modo que ratifica a previsão contida no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, acerca da liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão. (BRASIL, 1988)

A previsão constitucional conhecida como liberdade do trabalho deve ser interpretada de acordo com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prevê:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Nesse panorama, a previsão contida na Constituição Federal é considerada como norma constitucional de eficácia contida, uma vez que a própria Constituição define que cabe à União cabe legislar sobre as condições para o exercício das profissões, nos termos do seu art. 22, inciso XVI. (BRASIL, 1988)

Os influenciadores se tornaram as novas personalidades do mundo digital, porquanto compartilham estilos de vida e experiências alcançando a confiança dos seguidores. Para Marina Azevedo e Vanessa Magalhães, “esses personagens surgiram ocasionalmente e passaram a exercer papel de destaque nas redes sociais, de tal forma que marcas e empresas passaram a utilizá-los como instrumentos de divulgação de produtos e serviços”. (AZEVEDO; MAGALHÃES, 2021, p. 106)

Considerando a expansão do *marketing* digital e a atuação determinante dos influenciadores digitais, a Associação Brasileira de Agências Digitais – ABRADI editou, no ano de 2017, um Código de Conduta para a Contratação de Influenciadores. Segundo o documento, seu objetivo é “orientar o setor de comunicação digital brasileiro sobre questões complexas que envolvem ética e comportamento empresarial em campanhas publicitárias digitais com endosso de influenciadores”. (ABRADI, 2017, fl. 2)

Além de propor as melhores práticas a serem adotadas em ambientes digitais, o documento não tem o condão de interpretar a legislação que envolva as questões negociais, empresariais e éticas, motivo pelo qual a Associação parte da premissa de que o ordenamento jurídico deve ser respeitado.

Para tanto, menciona, para além do Marco Civil da *Internet* e do Código de Defesa do Consumidor, as normas do setor de publicidade, a exemplo do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda. (ABRADI, 2017, fl. 3)

Fato é que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR trata o trabalho realizado por influenciadores digitais como anúncios publicitários, cujo art. 18²⁵ do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária conceitua como qualquer espécie de publicidade, independente do meio em que for veiculado.

²⁵ A palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante. (BRASIL, CBAP, 1980)

Vale lembrar que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, art. 3º, *caput*, “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”, que desenvolvem diversas atividades na relação de consumo, a exemplo da comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para Lucas de Souza Lehfeld *et al.*, em razão da expansão do espaço virtual e da própria ausência de proteção e conhecimento dos consumidores acerca dos seus direitos:

Após, insere-se a figura do consumidor e sua vulnerabilidade (*lato sensu*), equiparando-o ao status de usuário do meio virtual para então tratar dos crimes cibernéticos, as novas práticas e denominações, além das condutas igualmente lesivas que ainda não são tipificadas como crime, mas, igualmente, lesam direitos do consumidor (usuário). Ao cabo, expõe-se brevemente a problemática inerente à proteção de dados pessoais, demonstrando a importância da legislação firme para coibir práticas invasoras e lesivas, analisando as disposições da LGPD e as perspectivas após a vigência. (LEHFELD; CELIOT; SIQUEIRA; BARUFI, 2021, p. 238)

Sendo assim, prevê o art. 7º do CDC, especificamente em seu parágrafo único, que todos os fornecedores, a exemplo de quem comercializa o produto ou presta serviços, pode responder solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Confirmando o exposto, tem-se a previsão contida no art. 25 do mesmo *Codex*, que no seu § 1º garante que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”. Não é à toa que Flávio Tartuce e Daniel Neves (2015, p. 120) defendem:

Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Portanto, em razão da vulnerabilidade decorrente da exposição dos consumidores à era da *internet*, parte-se agora para analisar com precisão os direitos de privacidade e sua estreita relação com as redes sociais e os seus usuários. Considerando a alteração crucial de hábitos gerados pelo meio eletrônico, faz-se imprescindível delimitar a esfera de proteção dos usuários e consumidores das redes sociais considerando toda a exposição midiática.

3 DIREITOS DE PRIVACIDADE, REDES SOCIAIS E SEUS USUÁRIOS

Os direitos da personalidade alcançam três dimensões da pessoa, quais sejam, física, intelectual e moral ou psíquica. Quando se trata de privacidade, intimidade e imagem, estar-se-á diante da terceira dimensão listada.

A leitura da parte final do art. 11 do Código Civil – “não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” – traz a falsa ideia de que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. No entanto, o início do mesmo dispositivo sugere que a indisponibilidade relativa ao trazer no texto a expressão “com exceção dos casos previstos em lei”.

Nesse sentido, tem-se que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária. Desde que não seja permanente, nem geral, os direitos da personalidade podem sofrer limitações, mas não podem ser exercidos com abuso de direito ou de forma contrária à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Considerando o exposto, pode-se concluir que o titular pode ceder os seus direitos por um tempo determinado quando tal cessão não for genérica e desde que a exposição dos direitos da personalidade não viole a dignidade e a honra do seu titular. E uma vez violados, os direitos da personalidade são imprescritíveis, embora a indenização decorrente da sua violação possui prazo de 3 anos.

Ora, o art. 12, *caput* e parágrafo, do Código Civil prevê a possibilidade de exigir que cesse lesão a direito da personalidade, por meio de ação própria, sem prejuízo da reparação de eventuais danos materiais e morais suportados pela pessoa. Ressalta-se, por conseguinte, que para o Superior Tribunal de Justiça – STJ, há um único caso de pretensão patrimonial que não prescreve: a indenização por tortura.

Sendo assim, este capítulo será dedicado ao estudo de como a exposição midiática nas redes pode afetar os direitos de privacidade e intimidade, considerando a potencialização de tal discurso pelos influenciadores digitais.

Para tanto, será dividido em duas partes, iniciando com a análise da delimitação da esfera de proteção dos direitos de privacidade e intimidade nas redes sociais, seguido do estudo de como a sociedade moderna e os influenciadores digitais potencializam o discurso midiático.

3.1 A exposição midiática e a delimitação da esfera de proteção dos direitos de privacidade e intimidade nas redes sociais

A exposição midiática favorece o surgimento de novas formas de invasão aos direitos de privacidade e intimidade, razão pela qual a proteção da esfera privada tem se tornado uma verdadeira preocupação pública. Ainda que diversos doutrinadores não delimitem a amplitude exata dos conceitos de privacidade e intimidade, é possível fazer a distinção dos conceitos.

Historicamente, a privacidade está ligada à noção de não ter sua propriedade violada, enquanto intimidade se relacionou, ao longo dos anos, ao próprio desenvolvimento dos direitos da personalidade. No entanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma importante diferenciação entre os termos, ambos condizentes e inerentes à personalidade humana e enumerados no art. 5º da Constituição.

Conceitualmente, Zavala de Gonzáles (1993, p. 175) dispõe que a intimidade “constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”. Já a privacidade, para José de Oliveira Ascensão (2010, p. 127):

É o reconhecimento da existência, sempre, de um espaço residual de não-devassa da vida pessoal e particular do indivíduo, sem o que, como se viu, manca condição própria ao seu desenvolvimento como e enquanto pessoa humana, faltando pressuposto básico para autodeterminação e expansão das suas virtualidades, das suas potencialidades, que o distinguem e diferenciam.

Fato é que a palavra privacidade vem de *privatus*, significando aquilo que pertence à pessoa e que está fora de alcance de terceiros e/ou do Estado. Já o termo intimidade representa algo mais específico, representando aquilo que não deseja compartilhar, o direito de ficar só e ter seus próprios segredos.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1993, p. 439), que segue a corrente formulada por Hannah Arendt sobre a exclusividade, “a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão (o estar-só), o segredo, a autonomia. Na intimidade protege-se sobretudo o estar-só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia”²⁶.

²⁶ Sobre as reflexões de e Hannah Arendt, Celso Lafer (1997, p. 63) discorre: Na fundamentação de sua tutela, entendo que Hannah Arendt oferece como critério para limitar o direito à informação o princípio de

Não é à toa que o Superior Tribunal de Justiça – STJ editou o enunciado sumular n. 403, no qual preconiza que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. E uma vez que haja a publicação da imagem de terceiro, sem a sua autorização, com fins econômicos ou comerciais, resta configurado o dano moral *in re ipsa* (AgInt no AREsp 1467664 SP).

Para Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza (2011, p. 294):

O consentimento do lesado não ser admissível como causa justificativa da ilicitude de ofensas ao bem da igualdade de dignidade natural e social e à qualidade personalística permanente de igualdade genérica ao tratamento da lei, dada a indisponibilidade destes bens apenas podendo ser relevantes as renúncias ou limitações a manifestações secundárias, parcelares e ocasionais da igualdade perante a lei.

Trata-se de um importante entendimento considerando que existirá o dever de indenizar mesmo que a publicação não tenha conotação ofensiva ou vexatória, uma vez que é possível violar a privacidade sem violar a honra. Apesar disso, tem-se que as pessoas públicas sofrem relativização do direito à imagem, uma vez que a própria profissão impõe essa relativização.

Da mesma forma, aqueles que acompanham as pessoas públicas também têm o direito à imagem relativizado. Em seu manual sobre direitos da personalidade, Anderson Schreiber (2001, p. 101) sustenta:

Os precursores dos direitos da personalidade não tratavam da imagem como um direito autônomo, mas como mero instrumento de violação a outros direitos da personalidade, como a honra ou a privacidade. É o equívoco em que incorre ainda hoje o Código Civil, ao afirmar, em seu art. 20, que toda pessoa tem direito a proibir o uso e exposição de sua imagem sem lhe atingirem a honra a boa fama ou a respeitabilidade”. Ao contrário do que sugere o dispositivo, a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com a intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação da sua personalidade.

O desenvolvimento tecnológico cria espaços para a proteção porquanto privacidade e intimidade constituem direitos fundamentais no Brasil. Em choque com a princípio da liberdade, é preciso garantir segurança jurídica necessária para assegurar a

exclusividade. Esse critério, articulado nos seus textos *Reflections on Little Rock* e *Public rights and private interests*, é compatível com os preceitos kantianos de publicidade, por ela esposados, à medida em que a intimidade enquanto the right to be let alone não envolve direitos de terceiros.

privacidade dos indivíduos, na medida em que resguarda a autodeterminação informativa no país.

Ora, a exposição midiática tem gerado a colisão entre valores fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal: intimidade e privacidade vs. liberdade. Gilberto Haddad Jabur (2000, p. 260) lembra:

O direito à privacidade decorre do direito à liberdade, na medida em que o primeiro abriga o direito à quietude, à paz interior, à solidão e ao isolamento contra a curiosidade pública, em relação a tudo o quanto possa interessar à pessoa, impedindo que se desnude sua vida particular; enquanto o segundo resguarda o direito a uma livre escolha daquilo que o indivíduo pretende ou não expor para terceiros, protegendo o seu círculo restrito da forma como lhe aprouver.

Quando da análise dos direitos da personalidade, surge a necessidade de se debruçar sobre o direito ao esquecimento²⁷. Trata-se daquele direito a ser esquecido, desdobramento lógico do direito à privacidade, que se configura como o direito à exclusão de dados pessoais na *internet* e o direito à não veiculação de notícia desprovida de atualidade e de relevância para os telespectadores, quando ofenda a honra do interessado.

No bojo do Recurso Extraordinário n. 1.010.606 RJ, o Supremo Tribunal Federal (2021) defende a ponderação de quanto ao exercício da liberdade de expressão, especificamente no que tange à divulgação de fatos pretéritos²⁸.

De fato, os direitos à informação e expressão de pensamento transcendem os direitos à privacidade e à intimidade, mas é imprescindível que a notícia veicule um dado histórico.

Não obstante a isso, é possível a veiculação de informações inerentes à intimidade e à vida privada das pessoas, desde que haja consentimento com a exposição. Não é à toa que a própria renúncia, seja parcial ou total, do exercício dos direitos da personalidade

²⁷ Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

²⁸ (a) critério da repercussão histórica do fato;
 (b) critério abalo à identidade pessoal dos envolvidos;
 (c) critério da detalhada identificação dos envolvidos;
 (d) critério da ausência de fama prévia dos envolvidos;
 (e) critério da impunidade dos responsáveis;
 (f) a contemporaneidade da notícia;
 (g) a vedação à crítica com o intuito difamatório;
 (h) a indissociabilidade da vítima com o fato narrado;
 (i) a importância do fato para a história;
 (j) o interesse público na divulgação da notícia; e
 (l) a forma como o fato foi narrado, em especial se houve retratação de aspectos sensíveis, reprodução de cenas mórbidas ou de atos de violência sexual.

encontra substrato na própria liberdade.

Acerca da renúncia a um direito fundamental em detrimento de outro, Stancioli (2010, p. 98-99) sustenta:

Por um lado, a renúncia ao exercício de um direito da personalidade, no plano valorativo, é a afirmação da autonomia da vontade da pessoa natural. (...) Situação plenamente diversa encontra-se quando uma pessoa perde a titularidade do direito. Neste caso, o direito da personalidade é extirpado, não existindo mais condições de possibilidade de seu exercício. (...) *a ratio* de ambos os casos é muito diversa. Além disso, na renúncia ao exercício, a personalidade jurídica do agente fica intacta, enquanto na renúncia à titularidade, há uma afetação da personalidade natural.

As redes sociais têm gerado a mercantilização das relações, motivo pelo qual a possibilidade de renúncia do exercício à privacidade precisa estar balizada com princípios constitucionais que norteiam a vida humana. A própria noção de personalidade decorre do reconhecimento da dignidade, ao assegurar um conjunto mínimo de atributos, direitos e garantias para uma vida com dignidade.

No Brasil, a cláusula geral de proteção é a dignidade da pessoa humana prescrita no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, motivo pelo qual os direitos da personalidade e dignidade humana estão estritamente relacionados. Já o art. 5º, inciso IV, dispõe que é livre a manifestação do pensamento, sendo defeso o anonimato. (BRASIL, 1988)

Considerando que qualquer pessoa pode manifestar (oralmente ou por escrito) o que pensa, desde que não o faça sobre o manto do anonimato, o STF afastou a exigência do diploma de jornalismo e de registro profissional como condição para o exercício da profissão de jornalista. No mesmo sentido, o Marco Civil da *Internet* prescreve, no bojo do art. 2º, reiterado pelos arts. 3º e 4º, “que a disciplina do uso da *internet* no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”. (BRASIL, 2014)

Isso porque, reitera-se que, no inciso V, art. 5º, da Constituição Federal, é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, e o inciso X garante que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, momento em que assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

No que concerne ao direito de resposta, o mesmo deve ser balizado pela proporcionalidade, de modo que a resposta deve ser assegurada no mesmo meio de comunicação em que o agravo foi veiculado, da mesma forma em que deve ser dado o

mesmo destaque e a mesma duração ou tamanho, não afastando eventual direito à indenização.

Ora, a própria Constituição Federal brasileira apresenta hipóteses de restrição legítima e indireta à liberdade de manifestação do pensamento, dentre elas: quando houver discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF) e quando utilizada para a prática do racismo (art. 5º, XLII, CF). (BRASIL, 1988)

Assim, a liberdade de expressão, mesmo com a vedação à censura prévia, não se reveste caráter absoluto porque encontra limites em outros valores protegidos constitucionalmente (intimidade, vedação ao racismo e etc.). Por este motivo, restou integralmente revogada (não recepcionada pela CF), por incompatibilidade material, a então vigente Lei de Imprensa.

Ressalta-se, por conseguinte, que, conforme visto, o caráter atual da informação é fator determinante para o exercício de tal liberdade constitucional. Por este motivo, o Superior Tribunal de Justiça já asseverou, no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal no Acórdão prolatado no Recurso Extraordinário n.1.010.606:

Ainda que, diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, seja incabível a tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas a fatos que se tornaram públicos, sob pena de configuração de censura prévia, a exploração midiática de dados pessoais da vítima ou de seus familiares constitui violação do direito de retorno ao convívio social. (BRASIL, 2021)

O próprio Pacto de São José da Costa Rica prescreve, no art. 13, 1, que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”, complementando que tal direito compreende “a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

Para Francisco Teixeira da Mota (2013, p. 11), no que tange à a liberdade de expressão, ela “não só uma componente essencial dos regimes democráticos, como o grau de democraticidade de um Estado pode ser razoavelmente aferido através do grau efetivo de liberdade de expressão de que gozam seus cidadãos”.

Quanto aos influenciadores digitais, figuras públicas e midiáticas, suas honra e imagem devem ser analisadas no contexto do mundo digital. Ao se exporem – de forma voluntária – ao escrutínio da opinião geral ao publicar interesses específicos de interesse

público, eles somente serão atingidos se a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado. Para Safko e Brake (2010), hodiernamente a influência é “alicerce sobre o qual todas as relações economicamente viáveis são construídas”.

A manifestação de opinião crítica, via *internet*, não é ilimitado: a liberdade de pensamento encontra limite na violação da honra alheia. Desta feita, o Superior Tribunal de Justiça preconiza que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para a prática de violações reiteradas à privacidade e intimidade em redes sociais. No Recurso Especial n. 1.306.157 SP, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Os verdadeiros "apedrejamentos virtuais" são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da *internet* são as barbáries típicas do nosso tempo. (BRASIL, 2013)

De fato, o indivíduo não se contenta em ter opiniões, exteriorizando-as para um proselitismo, motivo pelo qual está sob o manto de proteção do direito à liberdade de manifestação de pensamento.

Para o STF (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI n. 2566 DF), “a liberdade de pensamento inclui o discurso persuasivo, o uso de argumentos críticos, o consenso e o debate público informado e pressupõe a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações”.

Sobre a finalidade de se proteger a liberdade de opinião, tem-se a Teoria Democrática. Por ela, a manifestação do pensamento tem por finalidade possibilitar a livre competição no mercado de ideias, tendo um caráter estritamente instrumental, porquanto imprescindível para viabilizar o debate.

Assim, qualquer pessoa, no Brasil, pode manifestar livremente o seu pensamento, mas precisa ser identificável. Uma das finalidades para a vedação do anonimato é desestimular manifestações abusivas do pensamento (caráter preventivo), assim como permitir a responsabilização daqueles que violam direitos de terceiros e garantir o direito de resposta (finalidade repressiva ou reparatória).

Quanto à responsabilização pela publicação de conteúdo ofensivo na rede mundial de computadores, o provedor será responsabilizado subjetivamente quando – inexistente

prévio controle do conteúdo disponibilizado por usuários – não atuar com agilidade para retirar eventual manifestação ilícita ou ofensiva, da mesma forma em que colaborar com o anonimato do sujeito. De acordo com o art. 19 da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da *Internet*):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014)

E de acordo com o § 1º da Lei n. 12.965/14, a responsabilidade civil pela publicação, por seus usuários, de conteúdos violadores de direitos, demanda prévia ordem judicial que deve identificar de forma clara e específico o conteúdo infringente, a fim de contribuir para a localização do material, sob pena de nulidade do *decisum*. (BRASIL, 2014)

No mais, embora a responsabilidade civil por ato ilícito, em regra, seja subjetiva, uma vez que depende de comprovação de dolo ou culpa do infrator, a responsabilidade civil por abuso de direito é aplicada de forma objetiva. Aqui, resta ampliado o conceito de ato ilícito, sendo este qualquer ato precursor da responsabilidade civil, ainda que originariamente lícito, mas exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

3.2 A sociedade moderna e os influenciadores digitais como novos potencializadores do discurso midiático: análise de casos concretos

No ano de 2016, a YUPIX, que é uma empresa nacional que discute a cultura da *internet*, juntamente com outras empresas de *marketing* digital, mapeou o mercado dos influenciadores digitais brasileiro. O estudo concluiu pela existência de aproximadamente 230 mil influenciadores digitais no país, embora 2% deste número seja responsável por 54% das interações totais nas redes sociais.

Do total de influenciadores com mais de 1 milhão de seguidores no Brasil, 60% são do sexo masculino e 40% são mulheres²⁹. Brake e Safko (2010, p.7) explica que “as

²⁹ Os dados foram retirados do resultado da pesquisa “Mercado de Influenciadores 2016” realizada pela YUPIX. Dados relevantes da pesquisa retirados do *link*: <https://medium.youpix.com.br/pesquisa-youpix->

peças são seres sociais, que confiam em suas habilidades de influenciar os outros e interagir com eles para sobreviver”.

É possível identificar nas postagens realizadas pelos influenciadores digitais a divulgação de preceitos, produtos e serviços cujo público que segue está disposto a consumir. Henry Jenkins (2015, p. 29), ao discorrer sobre o que intitulou de cultura da convergência, ponderou que “no mundo da convergência das mídias, toda história importante é contada, toda marca é vendida, todo consumidor é cortejado por múltiplas plataformas de mídia”.

Para Laryssa da Costa Gabellini e Michele da Silva Tavares (2019, p. 14), diante da exposição da rotina:

(...) como uma espetacularização da individualidade do ser, é criado entre produtor e receptor uma relação baseada em aproximação, representatividade e idealização. Essa conexão que se dá entre o produtor de conteúdo e o espectador categoriza como um vínculo. Assim, esse espectador deixa de ser passivo e passa a ser ativo à medida que começa a ter ações incentivado ou motivado pelo discurso ou ação dessas influenciadores.

De fato, cada influenciador almeja alcançar um público e influenciá-lo acerca de um padrão, que nas palavras de Georges Vigarello (2006, p. 95), “os meios de comunicação têm veiculado representações, desejos e expectativas nos indivíduos através de notícias, informações e propagandas assentes a uma ética de mercado”.

3.2.1. Caso da Influenciadora Bianca Andrade da Silva: Boca Rosa

A influenciadora digital carioca Bianca Andrade da Silva, popularmente conhecida como Boca Rosa, conta com mais de 17 milhões de seguidores na rede social *Instagram* e pouco mais de 7 mil publicações. Com 28 (vinte e oito) anos de idade, além de mostrar sua rotina pessoal, diariamente publica questões relacionadas à sua empresa.

Em dezembro de 2017 a mesma se envolveu em uma das principais polêmicas da sua vida: A revelação de que havia passado pelo procedimento de lipoaspiração chocou seus seguidores que acreditavam que seu corpo era resultado – única e exclusivamente –

influencers-market-2016-23a71e50fa13.

- 40% dos influenciadores digitais com mais de 1 milhão de fãs é mulher
- 2% dos influenciadores digitais gera 54% das confortáveis nas redes
- A rede com menor quantidade de influenciadores com mais de 1 milhão de fãs é o Youtube
- Postagens identificadas como patrocinadas recebem 25,3% menos comentários, 12,7% menos curtidas e 83% menos compartilhamentos.

do estilo de vida saudável que pregava em suas redes³⁰.

Com a finalidade precípua de divulgar sua linha de maquiagem, no ano de 2020 ela participou do programa Big Brother Brasil, cuja participação lhe rendeu o 16º lugar e outro momento conturbado com os fãs. Neste momento, a influenciadora foi vítima de uma série de críticas por ter criticado o termo *girl power* ao defender o elenco masculino da casa em detrimento da união das mulheres.

Figura 1: Banner Boca Rosa Big Brother Brasil (2020)



Fonte: Gshow

Além do exposto, a influenciadora foi alvo de “cancelamento”. Observado como um “linxamento virtual”, o fenômeno do cancelamento tende a violar os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem, uma vez diante da exposição da vítima através dos *posts* e interações ofensivas relativas ao ato.

Neste caso, recorre-se, muitas vezes, ao Capítulo V (Crimes contra a Honra) do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que no bojo dos artigos 138, 139, e 140, protege a pessoa contra calúnia, difamação e injúria, respectivamente³¹. Da mesma

³⁰ **Veja São Paulo:** Blogueira Boca Rosa é “flagrada” assumindo lipo em vídeo ao vivo.

Link: <https://vejasp.abril.com.br/coluna/pop/blogueira-boca-rosa-e-flagrada-lipoaspiracao/>.

Uol: BBB20: Influenciadora, Boca Rosa mentiu sobre plásticas e irritou patrocinador.

Link: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/bbb/bbb20-influenciadora-boca-rosa-mentiu-sobre-plasticas-e-irritou-patrocinadores-32730>.

Capricho: Bianca Andrade, a Boca Rosa, se desculpa por polêmica sobre lipo.

Link: <https://capricho.abril.com.br/beleza/bianca-andrade-a-boca-rosa-se-desculpa-por-polemica-sobre-lipo/>

³¹ **Calúnia**

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

forma, quando da divulgação de produtos e/ou serviços, aplica-se, ao caso, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que inexistente legislação específica que regule a atuação de divulgação dos influenciadores digitais.

3.2.2. Caso da menina Alice: Propaganda do Banco Itaú

Outro caso emblemático é o da menina Alice que, ao lado da atriz Fernanda Montenegro, protagonizou um dos comerciais mais icônicos da televisão aberta brasileira e no *Youtube*, cuja publicação ultrapassou a marca de 53 milhões de visualizações.

E contando com mais de 4 milhões de seguidores na rede *Instagram*, a mãe da criança (Morgana Secco) compartilha uma série de vídeos da criança não somente relacionadas ao cotidiano nos Estados Unidos, onde residem, mas também atreladas a campanhas publicitárias.

Na publicidade de final de ano (2020) do Banco Itaú, a criança falava sobre “espelança”. Já naquela divulgada nas festas de fim de ano de 2022, a Alice voltou a contracenar com a atriz Fernanda Montenegro e falava sobre respeito, tornando-se verdadeiro símbolo da marca da instituição financeira.

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)

Figura 2: Comercial com Fernanda Montenegro e Alice



Fonte: Revista Veja.

No entanto, a superexposição da Alice desencadeou uma série de discussões sobre *sharenting*, inclusive porque a imagem da criança passou a ser compartilhada como brincadeira em grupos de pessoas, o que acaba por sobrepujar o princípio protetivo da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, decorrente dos corolários da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança. Em relação ao que consta nos artigos 71 e 121 do ECA³²:

Portanto, mais do que um princípio, estamos diante de uma realidade e de um alerta para os que atuam com a matéria: não podemos enxergar as demandas de crianças e adolescentes com a nossa visão de mundo. É preciso se transportar para a realidade de vida e de desenvolvimento de cada um e, a partir desse ponto, buscar a solução adequada ao caso (SEABRA, 2020, p. 45).

Nos idos de 2010, Steven Leckart chamou de *sharenting* a prática dos pais relativa ao excesso de compartilhamento da vida das crianças em plataformas televisivas e sociais. O termo é formado pela junção dos termos em inglês *share* e *parenting*, traduzidos, respectivamente, como compartilhamento e parentalidade.

O ato traz consigo uma série de consequências, especificamente relacionadas ao *cyberbullying*. A criança pode ter sua imagem vinculada a abusos cometidos nas redes, com a adulteração do conteúdo compartilhado na *internet* por criminosos digitais.

Não se pode olvidar do fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³³ prescreve a obrigatoriedade dos pais de zelarem pela proteção e pela privacidade

³² **Art. 71.** A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

³³ **Art. 17.** O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança

da vida dos seus filhos. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente protege de forma expressa não apenas a dignidade da pessoa humana, como também assegura o respeito aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes.

Afinal, o seu art. 3º garante que a criança goza de todos os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana. Sobre isso:

A proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos. (NUCCI, 2018 p. 27)

Já nos termos do art. 1630, do Código Civil, os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar. A própria Constituição Federal, no bojo do art. 227³⁴, determina que é dever compartilhado entre família, Estado e sociedade a garantia e a promoção dos direitos da criança.

Tal previsão é ratificada – em todos os seus termos – pelo art. 4º da Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e “estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar”. (MACIEL, 2019, p. 72)

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da autorização para realização de trabalhos artísticos por menores de idade, tendo em vista a previsão inserta no art. 149, II, do ECA³⁵. No julgado, ficou definido que o pleito para que crianças e adolescentes realizem trabalho artístico deve ser submetido à Justiça Comum, afastando qualquer competência da Justiça laboral já que cabe ao magistrado da Infância e da Juventude a responsabilidade pelos processos de tutela integral dos menores.

e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

³⁴ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

³⁵ **Art. 149.** Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: [...] II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

3.2.3. Caso da modelo Daniela Cicarelli: Divulgação de vídeo de momento íntimo

No ano de 2007, a título comparativo, houve o caso que envolveu a modelo Daniela Cicarelli e a plataforma de vídeos *YouTube*. Na oportunidade, foram expostas cenas da então apresentadora e o seu namorado em um momento íntimo numa praia espanhola. A partir de então começou uma guerra judicial contra o *google*, que culminou com o Superior Tribunal de Justiça determinando que a empresa indenizasse o casal.

Trata-se de típico caso anterior à vigência do Marco Civil da *Internet*, cuja Lei n° 12.965, data de 23 de abril de 2014 e disciplina o uso da *internet* no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem faz uso da rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado, a fim de garantir não apenas segurança aos provedores de serviços, como também às vítimas.

Fato é que, inexistente qualquer garantia legal para a proteção de dados veiculados nos meios digitais, o Magistrado determinou que o *google* bloqueasse o acesso do *YouTube* no Brasil em razão de suposto descumprimento de medida liminar que determinava a exclusão do vídeo da plataforma. O empecilho, na verdade, era a existência de diversas pessoas postando o mesmo conteúdo assim que um deles era removido pela empresa.

Figura 3: Foto de Daniela Cicarelli que ainda circula nas redes



Fonte: Yahoo Esportes

Diversas notícias se espalharam não apenas pelo Brasil, o que motivou ainda mais a curiosidade das pessoas em busca do conteúdo. A BBC Brasil, em 09 de janeiro de 2007, publicou “Sites estrangeiros ridicularizam bloqueio do *YouTube* no Brasil”³⁶, e,

³⁶ O bloqueio do site *YouTube* em alguns lugares do Brasil, devido à proibição da divulgação do vídeo

dois dias antes, “Disputa entre *YouTube* e Cicarelli repercute no exterior”³⁷. (BRASIL, 2007, *online*)

3.2.4. Caso da atriz Carolina Dieckmann: Vazamento de fotos íntimas

Por fim, e não menos importante, analisa-se o emblemático caso da atriz Carolina Dieckmann ocorrido em 2012, que passou a ser contactada através do empresário para negociação de valores a fim de evitar o vazamento de fotos íntimas em posse dos chantagistas. Naquele momento a atriz encontrou dificuldades para descobrir a identidade dos *hackers*, inclusive após as imagens terem sido publicadas.

A então ausência de tipificação de crimes digitais ensejou a sua regulamentação em novembro de 2012. Assim, a invasão de privacidade no Brasil originou a Lei Carolina Dieckmann. A legislação ganhou este nome justamente porque o computador pessoal da atriz foi invadido por *hackers*, que obtiveram fotos em que ela aparece nua.

O fato rendeu uma grande repercussão na mídia nacional, o que fez com que a Lei n. 12.737/12 tornasse crime a invasão de “dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”. (BRASIL, 2012)

Esta legislação promoveu alterações no Código Penal Brasileiro, porquanto pioneira ao tipificar crimes cibernéticos no país. Muitos anos depois, a Lei n. 14.155, publicada em 27 de maio de 2021, tornou mais grave o tipo penal descrito no delito de invasão de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela *internet*.

Quadro 4 – Comparativo das modificações trazidas pela Lei n. 14.155/21 ao Código Penal

VIGÊNCIA COM A LEI N. 12.737/2012	VIGÊNCIA COM A LEI N. 14.155/2021
CÓDIGO PENAL	CÓDIGO PENAL
Invasão de dispositivo informático Art. 154-A. Invadir dispositivo	Invasão de dispositivo informático Art. 154-A. Invadir dispositivo

picante da modelo Daniela Cicarelli, gerou uma onda de protestos na *Internet*. Enquanto blogueiros e colunistas reagiram com ironia, ridicularizando a proibição, internautas republicaram o vídeo em diversos outros *sites*. (https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/01/070108_youtube_dg)

³⁷ A decisão da Justiça brasileira de obrigar o site YouTube a impedir o acesso de internautas a um vídeo com cenas quentes envolvendo a modelo Daniela Cicarelli repercutiu na imprensa internacional nesta sexta-feira. (https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/01/070105_youtube_dg)

<p>informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.</p>	<p>informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>
<p>§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.</p>	<p>§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.</p>
<p>§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.</p>	<p>§ 3º [...] Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.</p>
<p>Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:</p>	<p>Art. 155. [...]</p>
<p>Furto qualificado § 4º-B INEXISTENTE.</p>	<p>Furto qualificado § 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</p>
<p>§ 4º-C INEXISTENTE.</p>	<p>§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso: I - aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional; II - aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.</p>
<p>Estelionato Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer</p>	<p>Art. 171. [...]</p>

outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.	
Fraude eletrônica § 2º-A. INEXISTENTE.	Fraude eletrônica § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.
§ 2º-B. INEXISTENTE.	§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.
Estelionato contra idoso ou vulnerável § 4º. Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso	Estelionato contra idoso ou vulnerável § 4º. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.	Art. 70. [...]
§ 4º. INEXISTENTE.	§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Fonte: Código Penal Brasileiro.

É possível observar que, considerando o aumento da pena imposta para o delito de violação de dispositivo informático (art. 154-A do Código Penal), ele não é mais crime

de menor potencial ofensivo, porquanto a pena passou de detenção de três meses a um ano, para reclusão de um a quatro anos.

No mais, é possível detectar a ampliação do tipo penal, pois passa a ser crime invadir dispositivo informático de uso alheio, assim como constata-se a conduta criminosa quando resta invadido sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo. Ora, tais alterações retratam que a vítima não precisa mais ser o proprietário do dispositivo de informática.

É possível identificar também que houve a supressão da necessidade de “violação indevida de mecanismo de segurança”, além de aumentar a pena caso a invasão gere prejuízo econômico, que passou a ter aumentada a pena de um terço a dois terços, em detrimento de um sexto a um terço da redação original. O 3º do art. 154-A também foi modificado porque a qualificadora então vigente era de seis meses a dois anos, passando a ser de dois a cinco anos.

Com a alteração promovida no bojo do crime de furto, a Lei n. 14.155/2021 inseriu o § 4º-B ao art. 155 do mesmo Código Penal, prevendo como qualificadora do furto quando realizado mediante fraude por meio de dispositivo informático ou eletrônico. Além disso, acrescentou o § 4º-C ao supramencionado artigo, constatando-se novas causas de aumento de pena, considerada a relevância do resultado gravoso.

Com relação às alterações estabelecidas no crime de estelionato, a Lei n. 14.155/2021 inseriu o § 2º-A ao art. 171 do Código Penal, restando como qualificadora do crime em análise quando realizado de forma eletrônica, incluiu o § 2º-B, trazendo o aumento de pena relacionado ao § 2º-A e alterou a redação do § 4º, que se destina ao aumento de pena quando o crime é cometido contra idoso ou vulnerável.

Observa-se também que a Lei de 2021 inseriu o § 4º ao art. 70 do Código de Processo Penal. Especificamente quanto ao art. 171 do Código Penal, o novo dispositivo processual, afastando, no caso, a incidência das Súmulas n. 244 do Superior Tribunal de Justiça³⁸ e 521 do Supremo Tribunal Federal³⁹, uma vez que a competência para processo e julgamento passou a ser do local do domicílio da vítima. Sobre o tema, quando da análise do Conflito de Competência n. 190.283 RJ, o STJ⁴⁰ asseverou:

³⁸ Súmulas n. 244 do STJ: Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

³⁹ Súmula 521 do STF: O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

⁴⁰ STJ - CC: 190283 RJ 2022/0227388-6, Data de Julgamento: 26/10/2022, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 04/11/2022.

Conforme o art. 70 do Código de Processo Penal, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Especificamente quanto ao delito previsto no art. 154-A do Código Penal, o crime se consuma no momento em que o agente obtém o acesso ilícito ao dispositivo informático atacado, considerando-se como local do crime o lugar onde se encontra fisicamente o dispositivo invadido.

Fato é que os influenciadores digitais almejam visibilidade, de modo que a exposição da vida pessoal se tornou algo corriqueiro. Expor os afazeres cotidianos satisfaz a cultura de consumo imediatista, cujas opiniões e estilos de vida ganham grandes proporções.

3.3 Análise dos dados apresentados

Diante dos casos apresentados, percebe-se que a exposição midiática tem extrapolado a esfera de influenciadores digitais ou pessoas públicas, alcançando crianças. Questiona-se, portanto, se contornos trazidos pelo ordenamento jurídico vigente são de fato suficientes para abranger situações que são práticas corriqueiras no mundo digital.

No Brasil, embora fosse dispensável a expressa previsão constitucional acerca da proteção de dados pessoais – porquanto o tema está inserido nos direitos garantidos à personalidade –, fora proposta a PEC 17/2019 que resultou na promulgação da Emenda Constituição nº 15/2022.

A alteração formal da Constituição Federal foi responsável por incluir, de forma expressa, a proteção mensurada dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento desses dados. Mas a inserção constitucional não é suficiente para que haja a efetiva proteção, servindo apenas de parâmetro para que os operadores do direito entendam a importância hodierna da proteção dos dados pessoais.

Carl Friedrich Rudolf Smend (1928)⁴¹ descreveu um método científico e espiritual de cunho sociológico para fins de interpretação constitucional. A partir dele, busca-se os valores subjacentes ao texto constitucional, a fim de alcançar a integração da constituição com a realidade espiritual da comunidade. Acerca disso:

O Estado existe e se desenvolve exclusivamente neste processo de contínua renovação e permanente revivescência; utilizando aqui a célebre

⁴¹ *Obra Verfassung und Verfassungsrecht, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928.*

caracterização da Nação de autoria de Renan, o Estado vive de um plebiscito que se renova a cada dia. Para esse processo, que é o núcleo substancial da dinâmica do Estado, propus já em outro lugar a denominação de integração. (SMEND, 1985, p. 62-63)

E muito embora presente a “capacidade integradora”, inclusive no sentido de integrar o ordenamento jurídico como um todo, a análise em separado de cada caso concreto acaba por proporcionar insegurança jurídica e social. Ainda que se busque integrar o ordenamento jurídico como um todo, o que engloba a Constituição e as normas infraconstitucionais, há omissão legislativa.

O que se tem, na verdade, é uma verdadeira inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, porquanto a legislação de proteção de dados pessoais não alcança o seu desiderato. Os Tribunais Pátrios adotam, por consequência, uma postura de ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política.

Quando publicada, a LGPD visou a proteção de dados pessoais e foi responsável por alterar a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada o Marco Civil da *Internet*, mas foi apenas a redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019, que passou a chamá-la de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Muito embora a Lei nº 12.965, denominada Marco Civil da *Internet*, tenha entrado em vigor no dia 23 de abril de 2014, ela tratava de forma ampla sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, pouco mencionando temas específicos voltados para a proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas.

É nesse sentido que, diante da análise do caso concreto, o Poder Judiciário tem se deparado com outros diplomas legislativos que devem ser sucitados para que haja a fundamentação das próprias decisões judiciais. E diante dos eventos trazidos nos itens acima deste trabalho, tem-se aplicados, além das legislações tradicionais sobre o tema:

Quadro 5 – Análise de legislações aplicadas aos casos concretos apresentados

Item	Assunto Principal	Legislação	Legislação
3.2.1	Cancelamento e Ofensas	Código Civil + CDC	Código Penal
3.2.2	Exposição de Criança	Código Civil	ECA

3.2.3	Caso anterior à vigência do Marco Civil da <i>Internet</i>	Código Civil	Código Penal
3.2.4	Caso responsável pela edição da Lei n. 12.737/12	Código Civil	Código Penal

Fonte: Capítulo 3 deste trabalho.

Além do exposto, no que tange à atuação dos influenciadores digitais, tem-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, já que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado deve responder solidariamente por eventual defeito ou vício, ficando a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que integrarão o polo passivo da ação.

Ora, nos termos do CDC, Lei n. 8.078/90, não basta que a informação divulgada seja verdadeira, quem a fornece deve ter em seu poder dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem a verdade desta informação, tendo em vista que a informação passada ao consumidor deve corresponder à realidade daquele produto ou serviço que está sendo comercializado e divulgado.

Não se admite, portanto, a abusividade da publicidade, isto é, aquela que desrespeita valores constitucionais ou da normatividade consumerista e, quando a publicidade tiver natureza de oferta, sujeita-se ao princípio da vinculação, a partir do qual o fornecedor fica vinculado à mensagem publicitária. Ou seja, o que é informado na oferta é integrado ao contrato⁴².

Não bastasse isso, o sistema de controle de publicidade no Brasil é misto. Além da existência de um sistema legal estatal, a partir do qual o controle é realizado na via

⁴² **CDC, Art. 36.** A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

administrativa (PROCON) ou na judicial (Poder Judiciário), existe um órgão específico, que compõe o sistema privado, qual seja, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR.

No que concerne aos menores de idade, nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente é capaz de abranger situações corriqueiras desta exposição. E, independente da idade, tem-se uma via de mão dupla: de que forma deve ser regido o contrato dos influenciadores digitais para divulgação de produtos e serviços, ao passo que, como deve acontecer a efetiva proteção dos seus direitos da personalidade, eis que atuar de forma pública não deve ser sinônimo de “terra sem lei”.

Assim, em razão da dinâmica da sociedade moderna, especificamente no que concerne à exposição das pessoas nos meios de comunicação e redes sociais, surge a possibilidade de violação da privacidade. E diante da regra de ouro de de inviolabilidade da intimidade e privacidade, torna-se imprescindível observar os efeitos da exposição dos usuários das redes sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos objetos de maior preocupação para a atual regulação jurídica decorre do desenvolvimento tecnológico. A partir dele surgem novos espaços para a proteção porquanto privacidade e a proteção dos dados pessoais constituem direitos fundamentais descritos na Constituição Federal de 1988.

A crescente utilização de novas tecnologias requer atenção a fim de que os usuários sejam protegidos, especialmente no que concerne aos riscos para a privacidade e a segurança dos titulares dos dados compartilhados no mundo digital. Compete ao Direito normatizar com eficiência o uso dessa tecnologia, protegendo os direitos constitucionais dos cidadãos, sem comprometer o desenvolvimento econômico e tecnológico em andamento.

E com o advento da globalização, tudo que é vivido no mundo real se torna mercadoria no universo digital. A cultura, assim, passa a ter um papel decisivo na vida e no cotidiano das pessoas. Os influenciadores digitais surgem como verdadeiros formadores de opinião, ao passo em que mercantilizam a vida frente às redes sociais e desenvolvem o modelo publicitário que lhes convêm a fim de vender padrões.

Como todo e qualquer espetáculo teatral, a espetacularização da vida acontece em razão da existência de plateia e o atual entretenimento é assistir a vida que é postada de outrem. Dentro desse contexto, a superexposição e autopromoção são as mercadorias ofertadas pela atual cultura midiática, sendo que esse novo modelo de vida e de publicidade tem movimentando milhões de reais de lucros aos influenciadores e também para as empresas.

As personalidades públicas e midiáticas são constantemente alvos de excessos cometidos por terceiros quanto aos respectivos direitos de expressão. No entanto, o exercício da crítica não pode ser apresentado com a finalidade precípua de ofender, embora tal direito integra uma das prerrogativas da própria liberdade de comunicação e imprensa.

No capítulo referente à comunicação social, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, especificamente no bojo do seu art. 220, *caput*, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na respectiva Constituição. (BRASIL, 1988)

O que não pode ser esquecido é que a manutenção de certo nível de privacidade é

salutar para o pleno desenvolvimento da personalidade, bem como para preservação da própria saúde mental, e que a superexposição dos influenciadores digitais não podem ser motivo para a extrapolação da garantia de liberdade de expressão.

Sendo assim, ciente de que a tecnologia está mudando rapidamente a maneira como interagimos com o mundo à nossa volta, faz-se imprescindível delimitar a esfera de proteção dos direitos de privacidade e intimidade nas redes sociais. E o maior desafio de um ordenamento jurídico para proteger os dados pessoais se encontra na real dificuldade de identificar prováveis ações criminosas, assim como os próprios agressores.

Legislando sobre o tema, o Estado deve buscar a diminuição dos riscos através da identificação prévia de problemas. Tal situação é diferente de agir apenas quando presente a conduta danosa com relação aos dados pessoais e a privacidade das pessoas. De fato, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais está impulsionando a adoção de programas de governança de dados em todo o Brasil, especialmente porque a Emenda Constitucional n. 115 de 2022 inseriu a proteção de dados no rol do art. 5º da Constituição Federal.

Mas a expressa constitucionalização da proteção aos dados não é capaz – *per si* – de garantir a segurança jurídica necessária para assegurar a privacidade dos indivíduos, na medida em que resguarda a autodeterminação informativa no país. Ainda é necessário diminuir as fragilidades e os riscos que levam à insegurança dos cidadãos, uma vez que a ordem jurídica brasileira – em parte, defasada – foi sensivelmente impactada com os desafios impostos pelas transformações digitais.

Ainda que a legislação evolua de acordo com as demandas da população, a criação de marcos regulatórios mais completos no Brasil, diante da complexidade do tema a ser protegido, é medida de salutar urgência, considerando, inclusive, o arcabouço jurídico de outros países. Estar-se diante da ausência de legislação específica regulamentando situações ordinárias no uso das redes e dos dados pessoais.

Observando-se que os danos podem ser causados em diversas ordens, seja eles no vazamento de conteúdos pessoais ou frente à ausência de regras específicas para a profissão de influenciador digital, os limites legislativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro ainda não são suficientes para regulamentar a questão.

Apesar disso, podem ser aplicados aos usos dos dados pessoais dos influenciadores digitais não apenas a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que disciplina o tratamento de dados pessoais em qualquer suporte, inclusive em meios digitais, como o Código do Consumidor, que prevê a questão dos bancos de dados e

cadastros de consumidores.

No que tange à responsabilização pelos danos, seja o Código Penal brasileiro – inclusive porque a invasão de privacidade no Brasil originou a Lei Carolina Dieckmann –, seja os institutos de responsabilização civil previstos neste *codex* subjetivo, não são suficientes para disciplinar e abranger a gama de possibilidades. Até mesmo o Marco Civil da *Internet*, não tinha o condão de proteger e/ou punir situações que a globalização tornou comuns.

São muitos os casos que tramitam perante os Tribunais em razão do uso de informações manifestamente falsas e fraudulentas. Diversos influenciadores aproveitam da sua visibilidade para enfraquecer debates públicos relevantes, impedindo que seus seguidores formem o seu próprio convencimento, sem que haja interferências indevidas.

Os Tribunais Pátrios têm exercido verdadeiro poder legislativo, em detrimento do próprio sistema de freios e contrapesos – dotado de funções típicas e atípicas e englobando os três poderes. É a partir do *check and balances* que sobrevive a nossa democracia, porque protege que a vontade geral seja melhor salvaguardada.

Os julgadores têm adotado uma postura de ativismo judicial em razão da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o que acaba por proporcionar a prolação de decisões que interpretam a parca legislação em sentidos diversos, senão opostos.

Isso porque, diante do que se tem em vigência, os julgadores exercem o interpretativismo, que embora a possibilite os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos, acaba por esbarrar nos limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador.

E ainda que vigente as normativas legais, especialmente a Lei Geral de Proteção de dados, ela é insuficiente, o que faz com que os julgadores, quando diante de casos concretos, comecem a fazer uso do mecanismo dos precedentes vinculantes, que exprime a igualdade, a segurança e a previsibilidade das decisões.

Ainda que o sistema brasileiro seja, majoritariamente, *civil law*, o que se tem observado é o completo domínio do *common law* quando atinente às matérias que envolvem a proteção das pessoas diante da globalização. Ora, as Cortes Superiores, quando do julgamento de um caso paradigma, debate todos os fundamentos fáticos e jurídicos, justificando os motivos da decisão, a fim de formular uma tese a ser aplicada aos demais casos semelhantes.

Isso porque vige a cláusula geral da segurança jurídica, que impõe deveres fundamentais aos tribunais, a exemplo do dever de uniformidade, pelo qual o órgão

jurisdicional deve tratar de modo equivalente os casos substancialmente iguais. No entanto, embora aparentemente sejam situações iguais, muitos processos são julgados com base em paradigmas equivocados, o que ressalta ainda mais a necessidade de estabelecimento de limites específicos a serem aplicados aos usos dos dados pessoais dos influenciadores digitais. Por ora, diante da omissão legislativa, nada impede que o ordenamento jurídico atual seja utilizado de forma a suprir as lacunas legais.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil. Teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 27002: Tecnologia da Informação, técnicas de segurança e código de prática para controles de segurança da informação**. Rio de Janeiro, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DIGITAIS. *Código de Conduta para Agências Digitais na Contratação de Influenciadores*. São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://abradi.com.br/wp-content/uploads/2017/07/AbradiInfluenciadores.pdf>. Acesso em 09 nov. 2022.

BARRETO, Vicente. **Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?** In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia. As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Norberto. **A era dos direitos**. 7. tir., tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4060 de 2012**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em 15 ago. 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1467664 SP 2019/0070966-2**. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 08/06/2020, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 25/06/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866581421>. Acesso em 11 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 102087/MG**. Relator: Ministro OG Fernandes, Diário da Justiça, Brasília, DF, 04 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 22.337/RS**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 mar. 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1306157 SP 2011/0231550-1**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 17/12/2013, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 24/03/2014 RT vol. 944 p. 411. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864485389/inteiro-teor-864485411>. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 22.337/RS**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 mar. 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 190283 RJ 2022/0227388-6**, Data de Julgamento: 26/10/2022, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 04/11/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2566 DF**. Relator: Alexandre De Moraes. Data de Julgamento: 16/05/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/10/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768158103>. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**, 5 de maio de 2011. **Dje nº 198**, Distrito Federal, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 22.164. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 30 de out. 1995. **Ementário 1809-05**. São Paulo, 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606**. Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 17 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606**. Relator: Dias

Toffoli, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 17 ago. 2022.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. 1. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p.1262.

_____, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. **A unificação do registro de identidade civil e a proteção de dados pessoais no Brasil**. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid [Recurso eletrônico on-line]; Organizadores: Aires José Rover, Fernando Galindo. – Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 9.

CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES (CBO). 3 ed. Brasília: MTE, SPPE, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSEIL DE L'EUROPE. *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*. Strasbourg, 1981. Disponível: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**. 1950. Disponível em: https://echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

CORREIO BRASILIENSE. **Dados de 443 mil brasileiros no Facebook foram compartilhados com consultor**. O Brasil ficou entre os 10 principais territórios que foram afetados pela questão. Postado em 05 de abril de 2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/04/05/interna_tecnologia,671165/dados-de-443-mil-brasileiros-no-facebook-foram-compartilhados-com-consultor.html. Acesso em: nov. 2022.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DONEDA, Danilo Cesar Manganhoto. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

_____. Danilo Cesar Manganhoto. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Cesar Manganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da FD-USP, v. 88, 1993.

GABELLINI, Laryssa da Costa; TAVARES, Michele da Silva. **Influenciadores e exposição do corpo: apontamentos sobre o perfil de Patrícia Costa no Instagram**. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXIV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste – Vitória – ES – 03 a 05/06/2019. Disponível em <https://www.portalintercom.org.br/anais/sudeste2019/resumos/R68-0195-1.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 3. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

GARCIA, Bruna; FURLANETO NETO, Mário. **Internet: Conflitos de Princípios Fundamentais**. Internet: conflitos de princípios fundamentais. In: Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, p. 1-20, 2012.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito**

entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência.** São Paulo: ALEPH, 2009.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; JEVEAUX, Geovany Cardoso Jeveaux. “**Tupi, or not Tupi**”: A Necessária e Definitiva Adaptação da Teoria dos Precedentes ao Brasil. RFMD, Belo Horizonte, v. 19, n. 38, p. 130-145, Set./Nov. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Martins Fontes: São Paulo, 1987.

KLEIN, Julia Schroeder Bald. **A (in)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação.** São Paulo: Dialética, 2021.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados.** São Paulo: USP, v. 2, n. 30, 1997.

LEHFELD, Lucas de Souza; CELIOT, Alexandre; SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto. **A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD.** Revista Eletrônica Pesquiseduca Revista do Programa de Educação - Universidade Católica de Santos ISSN: 2177-1626. Rev. Eletrônica Pesquiseduca. Santos, V.13, N. 29, p.236-255, jan.-abril 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução Carlos Irineu da Costa. 1.ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade Civil e as redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake news.** Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade et al. (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** São Paulo: Saraiva, 2019.

MAFEI, Rafael; FEFERBAUM, Marina (Orgs.), **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **A Internet das Coisas e a Lei Geral de Proteção de Dados: reflexões sobre os desafios do consentimento e do direito à explicação.** Cadernos Adenauer XXI, n. 1, ISSN 1519-0951. A quarta revolução industrial: inovações, desafios e oportunidades. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2020.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Pensar - pulsar: cultura comunicacional, tecnologias, velocidade.** São Paulo: Edições NTC, 1996.

MARTINS, Mafalda S. M. C. O. **A Entrada nas Redes Sociais e o seu Efeito: o caso da Huawei Portugal.** Dissertação de Mestrado em Marketing. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Portugal, 2015.

MARINELLI, Marcelo Romão. **Privacidade e redes sociais virtuais: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e Lei 13.708/2019 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis: As formas de governo. A divisão dos poderes**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Francisco Teixeira da Mota. **A liberdade de expressão em Tribunal**. Lisboa: FFMS, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Pacto de San José de Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em: 17 ago. 2022.

_____. **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. 1966. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1160/YY2013MM2DD19HH16MM56SS4-material%205.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Luxemburgo: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1995. Acesso em: 17 ago. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAFKO, L.; BRAKE, D. **A bíblia da mídia social**. São Paulo: Blucher, 2010.

SAFKO, Lon; Brake, David K. **A Bíblia da mídia social**. 1. ed. São Paulo: Edgard Blucher, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito constitucional sistematizado**. Indaiatuba, SP: Editora FOCO, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo : Atlas, 2001.

_____. Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SIBILIA, Paula Sibilia. **O Show do Eu: a intimidade como espetáculo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional. Traducción* de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 2011.

SOUZA, Karina. **A cada segundo, 14 pessoas começam a usar uma rede social pela 1ª vez**. Exame. 19 nov. 2020. Disponível em: <https://exame.com/marketing/a-cada-segundo-14-pessoas-comecam-a-usar-uma-rede-social-pela-1a-vez/>. Acesso em: 28 fev. 2022. Acesso em: 28 ago. 2022.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015.

UCAR, Bruna Santana. **A publicidade no Brasil: agências, poderes e modos de trabalho (1914–2014)**. Orientador: Everardo Pereira Guimarães Rocha. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2016.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos de personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VERONESE, Alexandre. **A quarta revolução industrial e blockchain: valores sociais e confiança**. Cadernos Adenauer XXI, n. 1, ISSN 1519-0951. A quarta revolução industrial: inovações, desafios e oportunidades. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2020.

VIGARELLO, Georges. **História da Beleza: o corpo e a arte de se embelezar, do renascimento aos dias de hoje**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

YOUPIX. *Influencers market*. 2016. Disponível em: <https://medium.youpix.com.br/pesquisa-youpix-influencersmarket-2016-23a71e50fa13>. Acesso em: 03 set. 2022.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Derecho a la intimidad*, p. 175, *apud* MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. El deber Del profesional frente a la intimidad de su cliente, Revista da Facultad de Derecho de México, tomo XLIII, enero-abril de 1993, ns. 187,188.