

O DIREITO A NÃO SABER: NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À INTIMIDADE

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves*

*Dentro de mim
eu me eremito.*

(Manoel de Barros, *O Livro de Bernardo*)

Introdução. 1 O caso paradigma: Recurso Especial 1.195.995/SP. 1.1 Breve relato fático da demanda. 1.2 Entendimentos contrapostos na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. 1.2.1 Ministra Nancy Andrighi: um olhar divergente e o reconhecimento do direito a não saber. 1.2.2 Ministro Massami Uyeda: inoocorrência da violação do direito à intimidade ante a veracidade da informação e a preservação de interesses individual e público 2 Panorama histórico. 2.1 A importância da historicidade no conhecimento jurídico. 2.2 A gênese dos direitos fundamentais. 2.3 A evolução do direito fundamental à intimidade. 3 Lineamentos conceituais clássicos dos direitos fundamentais. 3.1 Classificação, conceitos e teorias: enquadramento teórico tradicional do direito fundamental à intimidade. 3.2 Dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental à intimidade. 3.2.1 Dimensão subjetiva. 3.2.1.1 A teoria do status de Jellinek e a intimidade como status negativus. 3.2.1.2 Critério funcional: direito à intimidade como direito de defesa. 3.2.2 Dimensão objetiva. 4 O impacto da tecnologia e do conhecimento científico na tutela da intimidade: os efeitos da sociedade de informação. 5 Análise crítica do julgamento do Recurso Especial 1.195.995/sp: as fronteiras atuais do direito fundamental à intimidade. 5.1 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o necessário redimensionamento protetivo do direito fundamental à intimidade. 5.2 Caráter relativo dos direitos fundamentais e colisão de direitos: possibilidade de ponderação (e não anulação) da intimidade em face do interesse público. 5.3 Critério funcional do direito fundamental à intimidade na atualidade: para além de um direito de defesa, um direito prestacional. Considerações finais. Referências.

* Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (Bolsista Funcap e Capes/PROSUP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará com distinção acadêmica - Magna Com Laude. Especialista em Direito Público. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição, na linha de pesquisa Autonomia Privada e Ordem Social, sob a liderança do Pesquisador Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior, e do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional nas Relações Privadas, na linha de pesquisa Obrigações, Direito dos Danos e Tutela da Pessoa, sob a liderança da Pesquisadora Dra. Joyceane Bezerra de Menezes (Grupos de pesquisa cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisas mantido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq). Atualmente é Coordenadora de Atividades Complementares e Professora de Direito Civil do Centro Universitário Christus - Unichristus. Editora-Assistente da Revista Opinião Jurídica (ISSN 1806-0420). Tem experiência na área de Direito Civil, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Teoria Geral do Direito Privado, Biodireito, Direitos da Personalidade, Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito das Coisas. E-mail: camilafogoncalves@gmail.com

RESUMO

Na sociedade contemporânea, nominada de sociedade da informação, os contornos clássicos do direito fundamental à intimidade não se afiguram mais capazes de proteger os dados pessoais de cada um. Se antes esse direito era concebido como um direito de proteção do indivíduo ante as interferências externas, presentemente, mesmo pelo progresso tecnológico e científico, mais parece que se deva tutelar o direito à autodeterminação informativa. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.195.995/SP, que colocou em discussão a existência de direito a não saber de determinada informação médica correta e sigilosa, porém não requisitada pelo paciente, como corolário do direito à intimidade. Pretende-se com o estudo aponstar os novos contornos conceituais do direito fundamental à intimidade na atualidade. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional e comparada.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Direito à Intimidade. Autodeterminação Informativa. Direito a não saber.

INTRODUÇÃO

O Direito é reiteradamente instado a se reformular para resolver questões que antes sequer existiam. O progresso tecnológico aliado às mudanças sociais põem em xeque os contornos clássicos dos direitos, sendo impactados nesse processo inclusive os direitos fundamentais. Nesse contexto, o direito fundamental à intimidade precisa ser revisto, não podendo manter sua formulação tradicional, sob pena de fracassar na proteção do bem jurídico que pretende tutelar: a vida plena do ser humano na sua dimensão individual.

Como todo direito, o direito fundamental à intimidade foi produto de uma determinada época. Arraigado com os valores do final do século XIX e do início do século XX, seu conteúdo foi balizado pela perspectiva liberal, como um verdadeiro direito de resistência à ingerência estatal. Fruto da própria natureza do Estado Liberal, tal direito consistia no direito a ficar só – *the right to be let alone* –, sendo um direito de defesa e proteção do indivíduo contra investidas externas.

No entanto, contemporaneamente, não mais se sustenta o direito à intimidade nos moldes clássicos. Se antes era possível o sujeito murar-se e preservar suas informações dentro de um espaço pretensamente intangível, na sociedade atual, a chamada de sociedade da informação ou de vigilância, os dados de cada um encontram-se espalhados e pulverizados devido à internet e aos *databases*.

Portanto, parece mais coerente hoje, quando se fala em direito à intimidade, tratar de *autodeterminação informativa*, tese desenvolvida na Europa, como direito da manter domínio sobre as próprias informações. Isso porque não basta mais falar em direito à intimidade como um direito de exclusão ou de simples defesa, na perspectiva clássica, a partir do momento que as informações das pessoas não estão mais em seu poder.

Nessa linha de inteligência, não adianta mais “murar” a privacidade, a intimidade, uma vez que as informações já ultrapassaram os limites da fortaleza individual de cada um. A intimidade, portanto, deve ser encarada como a possibilidade de ter controle de circulação desses informes, bem como de ter escolha sobre a ciência dos dados que podem ser conhecidos por terceiros e publicizados ao público e/ou à própria pessoa.

Verifica-se, desse modo, que os impactos da pós-modernidade na construção teórica do direito à intimidade são significativos. A defesa que se faz hoje é que os dados pessoais e as informações de um modo geral tornaram-se bens jurídicos importantes – talvez os mais importantes – e, por consequência, a sua proteção precisa ser resignificada, muito em decorrência do seu alto potencial lesivo. A título exemplificativo, lembre-se como é comum nos tempos atuais que uma pessoa sofra com as ações deletérias de *hackers*, no que se refere a dados bancários e cadastrais. Sem a anuência do titular, identidades são falseadas, compras podem ser feitas e contas de banco zeradas em um simples *click*.

A problemática, todavia, não se esgota em questões estelionatárias com repercussões patrimoniais. Longe disso. Indo além na investigação das possibilidades danosas da malversação dos dados e informações é que se percebe o quanto se precisa discutir sobre a temática. Especialmente quando se trata de dados sensíveis, como aqueles relacionados à origem étnica ou racial, às opiniões políticas, às preferências sexuais, ao patrimônio genético do indivíduo, às crenças religiosas, às opções políticas ou filosóficas e às questões relacionadas à saúde.

Em relação aos dados relativos à saúde, desponta interesse acadêmico e pragmático a análise da posição adotada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.195.995/SP. Discutiu-se, no caso, se há direito a não saber de doença potencialmente contagiosa quando não existe requisição específica do paciente. Entre os ministros, houve divergência, tendo os votos sentidos antagônicos: reconhecendo e afastando do direito a não saber e, por conseguinte, o direito a receber ou não indenização por danos morais e materiais. O segundo entendimento, que confronta a posição adotada neste trabalho, logrou-se vencedor.

A discussão do direito a não saber como corolário do direito fundamental à intimidade e suas implicações no redimensionamento do âmbito de proteção deste direito importa à teoria geral dos direitos fundamentais na medida em que toca em atributos essenciais à pessoa e, de modo indireto, na dignidade da pessoa humana, merecendo o devido debate teórico para a sustentação de uma tutela diferida que proteja a pessoa e seus dados mais caros.

Partindo da hipótese de que a pessoa merece tutela integral, a análise do tema não pode se confinar nos estreitos limites conceituais propostos pela visão tradicional de intimidade. Ao revés, com o processo de evolução social, o direito deve se reformular, pensando em novas formas de tutelar os direitos fundamentais que merecem a devida guarida por serem positivados e protegidos em sede constitucional.

Cabe ao presente artigo, portanto, abordar a intimidade como um importante aspecto da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual merece defesa específica em determinadas questões. Sinaliza-se, de logo, que, apesar da importância da intimidade, quando relacionada aos dados sensíveis, a discussão ora proposta não se alinha a tese de que há situações absolutas. É o caso concreto que irá informar como o operador do Direito, de modo fundamentado, deve se posicionar.

Para a análise do problema posto em foco, adotou-se uma metodologia qualitativa lastreada em pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional e comparada.

O desenvolvimento do trabalho se consolida em cinco partes: a primeira apresenta o caso paradigmático a ser analisado, expondo brevemente os fatos da demanda e, em seguida, os entendimentos contrapostos na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Depois, considerando a importância da historicidade no conhecimento jurídico, é exposta a gênese dos direitos fundamentais e a evolução do direito à intimidade. Estabelecidas tais premissas, trata-se dos lineamentos conceituais relativos aos direitos fundamentais, com especial atenção às questões teóricas inerentes ao direito à intimidade. Temas como classificação, conceitos e teorias dos direitos fundamentais, dimensão subjetiva e objetiva dos referidos direitos são explorados. Em seguida, ilustrando mais uma vez a importância da historicidade na construção do direito, discute-se o impacto da tecnologia e do conhecimento científico na tutela da privacidade dentro do contexto da sociedade da informação. Na quinta e última parte, considerando o âmbito de proteção, o caráter relativo e o direito à intimidade como direito de prestação, analisa-se a posição do Ministro Massami Uyeda que se consagrou vencedora no julgamento do Recurso Especial 1.195.995/SP com o objetivo de demonstrar que tal decisão não foi bem na defesa dos dados sensíveis e não deve ser tomada como precedente para decisões de caso desse jaez.

1 O CASO PARADIGMA: RECURSO ESPECIAL 1.195.995/SP

1.1 Breve relato fático da demanda

Para fins de contextualização, apresenta-se, sumariamente, relato fático da demanda objeto de análise do presente trabalho.

No caso, o paciente, autor da ação, munido de prescrição médica, realizou exame de sangue que tinha como objetivo, dentre outros, averiguar acerca

da existência de vírus da Hepatite C. Para tanto, foram solicitadas as seguintes análises clínicas: hemograma, creatinina, glicemia jejum, glicemia pós prandial, Hb glicosilada, Ácido Úrico, colesterol total e frações, triglicérides, gama GT, Glicoproteína Ácida, T4 livre, TSH, HBSAG e anti-HCV.

Todavia, quando da entrega pelo laboratório dos laudos contendo a análise do material com o respectivo resultado do exame de sangue requestado, constatou o paciente que o laboratório havia sido realizado exame a mais e diverso daqueles originalmente solicitados, tendo divulgado ao próprio paciente – informação que apenas foi revelada a ele –, o resultado positivo de exame anti-HIV. Na oportunidade, o autor foi cientificado, contra sua vontade, de que era soropositivo.

De posse de tal informação – correta, porém obtida de forma involuntária, destaca-se – o paciente ingressou com pedido de indenização por danos materiais, em decorrência da necessidade de tratamento psicológico, bem como por danos morais, em razão da quebra de sua intimidade – direito fundamental e da personalidade. Em seu pleito, o autor sustentou de modo específico a violação de seu direito à intimidade pela seguinte perspectiva: *violação do direito a não saber da sua situação de saúde*.

O caso em tela suscitou discussão no próprio tribunal, gerando posições díspares. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou, no julgamento do Recurso Especial 1.195.995/SP, com voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, que não há violação do direito à intimidade e, em consequência, não há direito à indenização por danos morais, quando há a divulgação correta e verdadeira de dados médicos não requisitados para o próprio paciente.

Por oportuno, passa-se à análise de uma e outra posição suscitada pelo tribunal superior quando do julgamento em colegiado.

Entendimentos contrapostos na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

1.2.1 Ministra Nancy Andrighi: um olhar divergente e o reconhecimento do direito a não saber

No caso em tela, coube à Ministra Nancy Andrighi realizar a relatoria. Apontou a julgadora que o autor não obteve êxito em seu pleito nem em primeira, nem em segunda instância, conforme se pode deduzir da ementa do acórdão proferido pelo juízo *ad quem*:

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Demanda ajuizada em face de laboratório de análises clínicas – Exame realizado para pesquisa de anticorpos (HIV) – Resultado positivo – Solicitação médica de exame de sangue anti HCV – Embora objetiva a responsabilidade do laboratório, não há como reconhecer sua culpa, pela ausência denexo causal – Inexistência de comunicação de falsa doença – De rigor a improcedência da ação – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Irresignado com a decisão, o autor interpôs Recurso Especial, alegando a violação:

(i) do art. 535 do CPC e dissídio jurisprudencial, pois o TJ/SP, ao rejeitar os embargos declaratórios, não sanou omissões e contradições existentes no acórdão recorrido e (ii) dos arts. 14 do CDC, 927, parágrafo único, e 931 do CC/02 e dissídio jurisprudencial, visto que: a) não há que se perquirir a existência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano quando se adota a responsabilidade objetiva; b) *a recorrida, ao realizar exame de HIV, não solicitado pelo recorrente, violou o direito de intimidade desse, passível de reparação por danos materiais e compensação por danos morais.* (Grifos intencionais não constantes no original)

Das diversas questões vergastadas, importa ao presente estudo tão somente a discussão sobre a violação do direito à intimidade, passível de reparação. Vale salientar que a decisão proferida pelo juízo de 2º grau não reconheceu afronta ao direito em questão e o conseqüente cabimento de danos morais pelos seguintes argumentos:

(i) não houve falsa comunicação do exame de anti HIV; (ii) o resultado do exame não foi divulgada a terceiros; (iii) o prévio conhecimento da doença foi benéfica à saúde do recorrente; (iv) inexistente nexo causal entre a conduta e o dano, tendo em vista que a doença não foi contraída por ato do hospital.

Partindo da lição de Carlos Alberto Bittar¹ e de Paulo José da Costa Júnior², a relatora divergiu da fundamentação da decisão recorrida, aduzindo que “há dois modos de agressão à intimidade – a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação de informações”. E foi além na defesa da tese de que há sim direito a não saber, sustentando o seguinte:

Neste processo, o direito à intimidade do recorrente foi violado quando da realização de exame não autorizado, o que causou indevida invasão na esfera privada do recorrente (investigação abusiva da vida alheia). É irrelevante, portanto, o fato de que o resultado do exame não foi divulgado a terceiros. Por mais que se possa adotar a presunção de que a constatação da doença pelo recorrido lhe propiciou melhores condições de tratamento, esse fato, por si só, não retira a ilicitude de sua conduta – negligente – de realizar exame não autorizado nem pedido em favor do recorrente. *Acrescente-se que a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade.* (Grifo nosso)

Da análise dos argumentos carreados pela Ministra, é de se notar sua inclinação pela defesa do direito a não saber, compreendendo-o como um verdadeiro consectário lógico do direito à intimidade.

1.2.2 *Ministro Massami Uyeda: inocorrência da violação do direito à intimidade ante a veracidade da informação e a preservação de interesses individual e público*

Seguindo linha de intelecção diametralmente oposta, votou o Ministro Massami Uyeda, sendo seu voto acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJ/RS.

Em seu voto, arguiu o Ministro que a conduta do laboratório não maculou a intimidade do autor. Valendo-se da lição de Gilberto Haddad Jabur,³ aduziu o julgador que o direito à intimidade “confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo particular, próprio e inadmitir a ingerência ou intromissão alheia, representada pela curiosidade que busque adentrar o universo restrito e pouco compartilhável do indivíduo”, mas que tal direito não pode ser encarado como um direito absoluto.

Continua sua argumentação no sentido de que é sim possível admitir a tangibilidade do direito à intimidade em hipóteses em que a invasão se justifique pela necessidade de preservação de um direito maior, seja pela perspectiva do interesse privado, seja pela perspectiva do interesse público.

No que tange ao prisma individual, defende o julgador que o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV sucumbe e é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável.

Igualmente, cai por terra o direito a não saber sob o enfoque do interesse público, uma vez que, segundo o Ministro, “o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, [...] em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais.”

Saliente-se que o magistrado em sua decisão fez constar que o exame da necessidade de vilipendiar o direito à intimidade não pode prescindir da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio base do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico.

Colocados os entendimentos contrários da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, far-se-á a seguir análise teórica dos direitos fundamentais para, depois, realizar exame crítico da decisão e seus fundamentos, quando se pretende demonstrar a incorreção da última posição, que se sagrou vencedora na resolução do conflito.

2 PANORAMA HISTÓRICO

2.1 A importância da historicidade no conhecimento jurídico

A pretensão de conhecer o momento presente não pode descurar da investigação do passado. Volver os olhos aos acontecimentos antecedentes é

imprescindível para tentar compreender a atualidade. E mais: se o passado ajuda na compreensão do presente, não é menos verdade que é o presente que dá pistas do que está por vir no futuro.⁴ Servindo essa noção para o conhecimento de um modo geral, a abordagem histórica da fenomenologia importa sobretudo à Ciência do Direito.

Isso porque, enquanto ciência social, o Direito é – ou pelo menos deveria ser – sensível às mudanças da realidade. Bem por isso, para compreendê-lo nos moldes atuais ou mesmo para utilizá-lo como meio de transformação social, não é possível ignorar a produção jurídica dos tempos idos. Portanto, os documentos, os relatos, os livros e todas as demais formas de produção que se conservam fornecem reflexões e materiais necessários ao conhecimento do fenômeno jurídico de modo mais completo. Paulo Bonavides⁵ é categórico ao afirmar que “não se pode compreender os rumos constitucionais contemporâneos, presentes à realidade brasileira, sobretudo depois da promulgação da Carta de 5 de outubro de 1988” sem refletir sobre as fases anteriores do constitucionalismo brasileiro e, por tudo, da teoria geral dos direitos fundamentais.

Valendo-se das palavras de Del Vecchio,⁶ a importância da história reside no fato de que ela oferece um “repositório de observações, de raciocínios, de distinções, que a um homem só, no decurso da vida, seria impossível ocorrer”. Desconsiderá-la, no entendimento do autor, seria “o mesmo que a qualquer artífice actual que, agora, seria incapaz de ser o inventor de todos os instrumentos de sua arte”.

Assim, para os fins deste estudo, relembra-se, ainda que sumariamente, a gênese dos direitos fundamentais e a evolução do direito à intimidade, com especial destaque ao contexto histórico da época, às ideias que influenciaram sua elaboração e seu conteúdo, para depois ser possível tratar aspectos conceituais clássicos e contemporâneos.

2.2 A gênese dos direitos fundamentais

Algum dissenso teórico ainda há quanto à data precisa do surgimento dos direitos fundamentais. Todavia, parece mais coerente, conforme adverte Ana Maria D’Ávila Lopes,⁷ considerar que a teoria dos direitos fundamentais é contemporânea ao surgimento do Estado Constitucional no século XIX. Sem embargo, é evidente que há precedentes históricos que colaboraram para a criação de uma teoria geral dos direitos fundamentais.

É possível afirmar, com alguma segurança, que a força motriz para o desenvolvimento dos direitos fundamentais foi a vontade de se construir uma plataforma de direitos que pudesse proteger a dignidade da pessoa humana. Essa caminhada para a tutela da pessoa – em sentido ontológico e não jurídico – teve início no plano internacional quando se buscou defender os direitos do homem.

Atribui-se à Europa moderna, com o movimento iluminista e a ebulição das revoluções tendentes a dismantelar o *Ancien Régime*, a estruturação dos direitos humanos^{8,9}. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 trouxeram em seus textos as diretrizes que deveriam servir de guia a todas as nações para que o homem fosse efetivamente protegido.

Bobbio¹⁰ afirma que a importância dessas Declarações está no fato de que pela primeira vez ocorreu a “passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado”. É nesse instante que ganha alguma concretude os direitos do homem.

Importante ressaltar que uma e outra categoria – direitos humanos e direitos fundamentais –, apesar de guardarem pontos de contato, não se confundem.¹¹ Para Alexy¹², os direitos humanos se caracterizam pela universalidade, fundamentalidade, abstratividade, moralidade e prioridade. Na medida em que se destinam igualmente a todos os homens, são considerados universais;¹³ a nota da fundamentalidade está no objeto de tais direitos, qual seja, a defesa de bens essenciais ao homem; a abstratividade está na forma ampla e genérica de sua disposição normativa; a moralidade resulta da aceitação, racionalmente justificada, desses direitos por cada pessoa e a prioridade, vinculada ao aspecto moral, representa a força cogente e soberana dessa categoria de direitos.

Contrapondo os direitos humanos aos fundamentais, Alexy¹⁴ alude a diferenças teóricas e práticas. Segundo ele, direitos humanos carecem de juridicidade, funcionando apenas como diretrizes morais. Somente a sua positivação pelos ordenamentos nacionais atribuir-lhes-ia a eficácia jurídica além da validade moral. Em termos literais, “direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo”.¹⁵ Essa distinção não destoa muito da proposta por Paulo Bonavides,¹⁶ no sentido de que os direitos humanos estão na órbita internacional, apresentando-se com baixo teor de juridicidade e os direitos fundamentais se acham na ordem constitucional, qualificados como normas de alto grau hierárquico, quicá, amparados pelos efeitos das cláusulas pétreas.

Estabelecidas as diferenças entre as duas categorias de direitos, seguindo dos antecedentes às declarações, nas fases de evolução, há de se falar ainda nos processos de positivação, generalização, universalização e especificação.¹⁷

Em alusão ao pensamento de Peces-Barba, Ana Maria D’Ávila Lopes¹⁸ destaca que foi a falta de eficácia das declarações que impulsionou a incorporação dos direitos do homem no direito positivo. A reboque do processo de positivação, destaca a mesma autora as consequências do processo de constitucionalização dos direitos fundamentais:¹⁹

- a) normas colocadas no grau superior da ordem jurídica;
- b) normas submetidas ao processo agravado de reforma;
- c) normas que limitam materialmente a própria reforma;

- d) normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituindo parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle de órgão legislativos, administrativos e jurisdicionais;
- e) normas protegidas através de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais que pretendem regulá-las. Esta, sem dúvida, é consequência mais importante.

Na evolução dos direitos fundamentais, destaque merece ainda o processo de generalização, haja vista tentar superar a dicotomia entre o que era declarado nas normas supranacionais, e o que ocorria na realidade. Dois documentos tiveram sobejada importância nesta fase: Manifesto Comunista de 1848 e Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Por fim, a universalização de direitos, que guarda raízes em momentos anteriores, veio a se afirmar na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. Esse último fenômeno está vinculado “à internacionalização política e jurídica da matéria, já que os direitos do homem [tinham] deixado de ser um assunto que [atraia] a atenção apenas do ponto de vista histórico, filosófico ou doutrinário, transformando-se em tema que, política e juridicamente, [interessava] a toda comunidade internacional”.²⁰

Nesse processo de construção teórica dos direitos fundamentais, alguns direitos, em um primeiro momento, apresentavam-se mais essenciais em vista do momento histórico em que a sociedade vivia. Conforme assevera Bobbio,²¹ deve-se afastar da discussão qualquer concepção jusnaturalista ou de estado da natureza por despicinda, pois era

A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese de estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta.

Sem dúvida, os direitos individuais são mais representativos inicialmente. Dentre eles, o direito fundamental à intimidade destaca-se.

2.3 A evolução do direito fundamental à intimidade

Apesar de ganhar contornos mais bem definidos somente no final do século XIX, o direito fundamental à intimidade já se apresentada timidamente antes. Segundo José Adércio Sampaio,²² data do século XVI, na Inglaterra, o princípio da inviolabilidade do domicílio – *man's house in his castle*. Em meados do século XIX, é possível identificar, na Alemanha e na França, articulação da doutrina e da jurisprudência na defesa do direito à intimidade.

Todavia, é unívoco que o marco teórico sobre o tema foi o texto da lavra de Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Bradeis publicado na *Havard Law Review* em 1890 titulado *The right to privacy*. Em análise cuidadosa dos precedentes da

Suprema Corte dos Estados Unidos, os autores sustentaram que era preciso a defesa de um direito à privacidade, pois as leis precisavam ampliar sua proteção para proteger a vida do homem e o seu direito de ser deixado só para gozar a vida.

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession - intangible, as well as tangible.

É a partir daí, portanto, que se reconhece o direito do indivíduo de estar só em seus sentimentos, emoções e pensamentos. O desenvolvimento doutrinário e o reconhecimento em sede jurisprudencial culminaram no reconhecimento normativo, inicialmente no plano internacional. Já na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, consta artigo específico sobre a temática, quando o artigo XII prescreve que “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 ou ataques”.²³

Contudo, apesar do reconhecimento de tal direito no plano internacional, sua proteção era mitigada pela carência de instrumentos de direito interno hábeis a tutelá-lo. Tal diagnóstico foi feito por David Flaherty:²⁴

Historically, privacy has been largely a nonlegal concept in the sense that individuals have asserted both broad and narrow claims to individual privacy and could largely defend themselves against any challengers. At best, only marginal legal intervention to protect privacy interests occurred, as in common law prosecutions for eavesdropping. This has changed dramatically since the early phases of industrialization in the nineteenth century. Despite one's best-intentioned efforts to maintain privacy, the operation of external laws and authorities has become essential for its preservation. Successive phases of mechanization and automation, from the telegraph and the telephone to computers and telecommunications devices, have challenged privacy in ways that few individuals can overcome alone.

Paulo José da Costa Júnior²⁵ adverte que tal direito foi inicialmente defendido internamente na seara penal, destacando-se inicialmente a Alemanha

e a Itália. Depois, outros países como Áustria, Suíça, Dinamarca e Portugal desenvolveram instrumentos para tutela desse direito na esfera penal. Somente depois da afirmação no âmbito internacional e penal é que tal temática viria a ser importada para a perspectiva constitucional e civil.²⁶

Nota-se, portanto, que, em pouco tempo, a tutela da intimidade saiu da abstratividade e generalidade própria dos instrumentos internacionais para ganhar força normativa nos diplomas constitucionais, penais e civis de cada Estado. No Brasil, a intimidade é defendida por todas essas frentes, o que demonstra sua importância. Bem por isso, o debate teórico precisa ser oxigenado para oferecer novos artifícios que permitam a sua defesa.

3 LINEAMENTOS CONCEITUAIS CLÁSSICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Classificação, conceitos e teorias: enquadramento teórico tradicional do direito fundamental à intimidade

Como dito, o tempo é informador do desenvolvimento do direito. Cada momento da histórica influencia diretamente a construção da ciência jurídica. Bem por isso, é possível sustentar que os direitos fundamentais foram emergindo pouco a pouco a depender dos interesses e necessidades de cada época.

Observa-se que inicialmente o desenvolvimento dos direitos fundamentais está associado ao ideal libertário com a defesa dos direitos da liberdade. Segundo Paulo Bonavides,²⁷ a primeira geração de direitos fundamentais “tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Pretendia-se com eles frear a ingerência e poder Estatal na vida privada e pública, notadamente no mercado e na política, objetivando encerrar o despotismo.

Esses direitos de primeira geração, que surgem na primeira metade do século XVIII, “foram os primeiros direitos do homem a serem positivados e têm como fundamento a famosa hipótese do estado de natureza, que foi, na verdade, apenas uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, novas exigências dos homens”.²⁸

O direito fundamental à intimidade, portanto, insere-se dentro dessa categoria, uma vez que este direito garante o direito da pessoa de preservar-se, de viver sem ingerências externas. Isso porque, de início, conceitualmente a intimidade lastreava-se na ideia de ficar só.

Conforme bem ilustra Konder,²⁹ historicamente o direito à intimidade³⁰ guarda raízes no embate entre uma atriz famosa e um jornal de sua época. Relata o autor que

Em 1890, Marian Manola, em uma cena da peça de teatro “*Castles in the air*”, na qual aparecia com roupas íntimas, viu-se surpreendida pelo espocar do flash da câmera de um fotógrafo do *The New York Times* (Myers), que se escondera entre os objetos cenográficos no palco. Transtornada ao compreender o que tinha ocorrido, Marian se cobriu com um cobertor e fugiu do palco no meio do espetáculo, vindo depois a dar origem ao processo “*Manolavs. Myers*” junto à Suprema Corte de Nova York [...]. Esse acontecimento fez com que os juristas Warren e Brandeis publicassem, no mesmo ano, na *Harvard Law Review*, um artigo em que divulgavam o direito à privacidade como um amplo *right to be let alone*, concepção posteriormente adotada expressamente pela Suprema Corte americana.

Essa ideia sugerida por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis³¹ do direito à intimidade informa os moldes clássicos desse direito. Na dicção de Konder,³² “trata-se da versão original da concepção amplamente difundida entre nós do direito à privacidade como o ‘direito a ficar só’ ou o ‘direito a ser deixado só’; a proteção jurídica de espaços livres de vigilância para o desenvolvimento da personalidade; a defesa de uma existência pessoal única contra perturbações exteriores, como o assédio e a observação.”

Considerando apenas essa concepção clássica, verifica-se que a tutela da intimidade limitava-se à defesa física do sujeito, de seu domicílio e de suas comunicações. No século XIX, a par de dúvidas, portanto, o maior inimigo da intimidade era a imprensa. É nesse momento que a teoria proposta por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis³³ ganha formas de refinamento. Livros de direito constitucional mais clássicos desenvolvem a teoria dos círculos concêntricos. Atribui-se a construção teórica deste modelo a um debate entre Heinrich Henkel e Heinrich Hubmann.³⁴ No Brasil, a teoria foi difundida por Paulo José da Costa Júnior³⁵ e encontra análise crítica em Danilo Doneda³⁶ e Bruno Lewicki.

Em linhas gerais, essa teoria sustenta que a “esfera mais ampla da privacidade sucedia a mais restrita da intimidade, acessível somente a pessoas muito próximas, e, enfim, a esfera do segredo, contendo aquilo a que somente seu titular tinha acesso”.³⁷ Sem entrar no mérito da manutenção ou não da referida teoria, é certo que ainda hoje a doutrina se baseia no referido modelo para versar sobre o tema, apesar dos esforços de alguns estudiosos, parece que a teoria ainda se mantém.³⁸

Do exposto, valendo-se ainda dos ensinamentos de Konder³⁹, constata-se que tal teoria se afirma a partir da “concepção de um indivíduo isolado, ao qual o ordenamento permite a prerrogativa de ‘murar-se’ contra agressões alheias. O sucesso da proteção à privacidade pressupõe, sob esse ponto de vista, a ausência de interferências externas. Trata-se de uma garantia jurídica de isolamento.”

3.2 Dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental à intimidade

O próprio desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos fundamentais demandou algumas formulações teóricas para melhor compreensão do fenômeno. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,⁴⁰ a partir da década de 1960, surgiram muitas teorias dos direitos fundamentais com o objetivo de redefinir e classificar essa categoria a partir de seus efeitos, funções e dimensões. Segundo os autores, “a tendência contemporânea é distinguir duas funções ou dimensões centrais dos direitos fundamentais que não devem ser confundidas com as categorias de direitos fundamentais [...]. Trata-se a função subjetiva (ou função clássica) e da função objetiva”.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco,⁴¹ a dimensão subjetiva corresponde ao fato de esses direitos conferirem ao seu titular pretensão em face do Estado ou de particular, podendo exigir determinada conduta em seu benefício. Ao passo que a dimensão objetiva, revela-se em duplo sentido: ora como limite ao Estado, ora como vetor que deve guiar suas condutas do poder público para perseguir os objetivos constitucionais. A dimensão objetiva é (*rectius*, deve ser) condicionada à ordem de valores informada pelos princípios propulsores da unidade e adequação do sistema jurídico teleológico.⁴²

3.2.1 Dimensão subjetiva

3.2.1.1 A teoria do *status* de Jellinek e a intimidade como *status negativus*

Coube a Georg Jellinek sistematizar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Pela sua teoria do *status*, segundo Ana Maria D’Ávila Lopes, Jellinek reconheceu que todo indivíduo, para ter participação na esfera pública, precisa do reconhecimento estatal. Uma vez reconhecida sua personalidade enquanto membro da comunidade, há um *status*, que qualifica a relação jurídica homem-Estado. Existem, em síntese, quatro os *status* da teoria de Jellinek:⁴³

(i) *status passivo ou subjtionis*: situação passiva do indivíduo em relação ao Estado, não havendo direito à uma pretensão (direito subjetivo)

(ii) *status libertatis ou negativus*: ao reconhecer-se o espaço de autonomia do indivíduo, por consequência, são reconhecidos direitos de defesa em face do Estado

(iii) *status civitatis ou positivus*: permite ao cidadão demandar o Estado para que este promova determinados direitos básicos

(iv) *status activus*: importa na participação do indivíduo na vida política, na formação da vontade estatal

Dentre os quatro *status* da teoria de Jellinek, a intimidade enquadrar-se-ia, considerando sua perspectiva clássica, no *status libertatis* ou *negativus* (ii), haja vista que o particular pode exigir do Estado e dos particulares um dever geral de abstenção em desfavor de sua esfera privada. Verifica-se, portanto, que

o enquadramento da intimidade no segundo *status* reafirmar o conceito clássico erigido para este modelo.

3.2.1.2 Critério funcional: direito à intimidade como direito de defesa

Tendo como germen a teoria dos quatro *status* de Jellinek, a doutrina contemporânea formulou outra teoria para enquadrar os direitos fundamentais. Tal teoria, segundo Ingo Sarlet,⁴⁴ classifica os direitos fundamentais de acordo com seu critério funcional. Segundo o mesmo autor, em alusão ao pensamento de Alexy, os direitos fundamentais apresentar-se-iam ora como direitos de defesa e ora como direitos a prestação.

De modo direito, os direitos de defesa estariam para os direitos de primeira geração e para o *status libertatis* ou *negativus*, assim como os direitos a prestação estariam para os direitos de segunda geração e para o *status civitatis* ou *positivus*. Ou seja, enquanto os direitos de defesa se afinam com condutas absenteístas, os direitos a prestação exigem prestação positiva do Estado.

Colocadas tais premissas teóricas, é de se notar que a intimidade guarda estreita relação com o critério funcional de defesa. Não por menos, é possível identificar, na Constituição Federal, precisamente nos incisos X⁴⁵ e XII⁴⁶, um dever a distanciamento da vida privada e da intimidade. Contudo, não é menos verdade que, no atual estado da arte, tal direito também deva ser encarado como um direito de prestação, na medida em que demanda ações do Estado para garantir sua função de defesa, discussão essa que será melhor abordada ainda no presente escrito.

3.2.2 Dimensão objetiva

Além da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais também apresentam uma dimensão objetiva. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é lastrada na teoria de valores,⁴⁷ que defende os direitos fundamentais como valores convergentes para alcançar o objetivo de tutela da dignidade da pessoa humana.

A falência do Estado Liberal e a emergência do modelo de Estado Social colaboraram para a criação de uma ordem valorativa que irradiaria as intenções de novo momento, cheio de expectativas, que tem como eixo a defesa do homem em sua completude.

Nessa perspectiva, ganha força a doutrina de Canaris.⁴⁸ O autor defende que há de existir uma orientação axiológica que reconheça os princípios constitucionais como valores últimos a servirem de norte para adequação e unidade do ordenamento jurídico. Esse raciocínio vem a justificar que o aplicador do Direito deve buscar a unidade e adequação do sistema, preferindo os valores genéricos que conduzam a justiça, a igualdade e a dignidade.

Na mesma linha de argumentação, Daniel Sarmento⁴⁹ aduz que a dimensão subjetiva significa que:

[...] os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todos os ramos do ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade, da igualdade substantiva e da justiça constitucional impressas no tecido constitucional.

Em decorrência da força irradiante desses valores, Jorge Reis Novais⁵⁰ reconhece alguns efeitos na conformação da tutela dos direitos fundamentais, a saber: proibição de atos normativos que afrontem o sistema, de valores; interpretação restritiva de leis que restrinjam os direitos fundamentais; vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais na resolução de casos concretos em que há lacunas; eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; obrigação do Estado de oferecer condições mínimas de exercício dos direitos fundamentais mediante normatização e dever do Estado de proteger os particulares contra violação de seus direitos fundamentais frente entes públicos e privados.

Pelo exposto, é de se notar que se a dimensão subjetiva do direito fundamental à intimidade preserva os traços tradicionais pela perspectiva da teoria do *status* de Jellinek e pelo critério funcional no sentido de direito de defesa, é possível sustentar, no contexto contemporâneo, que também caberia enquadrar essa modalidade de direito fundamental como um direito de prestação e ressignificá-lo a partir da ordem de valores hoje erigida.

4 O IMPACTO DA TECNOLOGIA E DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO NA TUTELA DA INTIMIDADE: OS EFEITOS DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Como já foi dito, o ordenamento jurídico brasileiro protege a intimidade e a vida privada no artigo X da Constituição Federal de 1988. O direito à intimidade refere-se à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, devendo ser esta protegida contra ingerências externas, alheias e não requisitadas.

Contudo, o conceito clássico de intimidade é anacrônico. Se, tradicionalmente, o direito à intimidade era sinônimo do direito a ser deixado só – construção proposta por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis⁵¹ –, presentemente pode-se afirmar que a intimidade evoluiu. Está incluso em seu conteúdo a tutela de dados sensíveis,⁵² de seu controle pelo titular e de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial”⁵³

Na mesma ordem de ideias, prescreve Stefano Rodotà:⁵⁴

As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como não fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças em seu conceito. Uma definição de privacidade como ‘direito a ser deixado só’ perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada em situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim, a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como direito de manter o controle sobre as próprias informações.

Para circunscrever a órbita da esfera privada, o autor afirma que esta seria “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”, sendo, em consequência, sua tutela “as escolhas de vida contra toda forma de controle público ou de estigmatização social”.⁵⁵

Se a interpretação do direito à intimidade antes era restrito, resumindo-se à ideia de que terceiros não poderiam infligir a esfera privada, hoje esse conceito deve ser ampliado. Essa ampliação conceitual deve se dar devido às novas formas de coleta e divulgação dos dados pessoais. Na sociedade da informação, não é fictício o mundo de George Orwell ou a ideia do panóptico de Jeremy Bentham. Ao revés, a literatura e a filosofia dos pensadores nunca se mostraram tão reais.

Com as novas tecnologias, especialmente com o desenvolvimento da biotecnologia, da biomedicina e da internet, o acesso a dados sensíveis e a sua divulgação foram facilitados de forma extrema, o que potencializa os danos que podem ser perpetrados. Como efeito, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser malferido mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais, com o objetivo de se impedir a sua circulação indesejada.

Além das três visões possíveis sobre o direito à privacidade apresentadas, quais sejam, (i) o direito de ser deixado só, (ii) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e (iii) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, discute-se um novo entendimento, o de que a pessoa titular de determinado dado relacionado a sua condição existencial tem o direito de não o conhecer.

Essa seria a esfera de proteção mais estrita da privacidade, porquanto protege o direito de uma pessoa de não saber como consequência da tutela ampliada de dados sensíveis “destinados para dentro”. Assim, é que também defende Rodotà⁵⁶ que os fluxos de informações devem ser analisados também em relação àqueles

dados “destinados para dentro” – sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o ‘direito de não saber’ –, a privacidade deve ser considerada como ‘o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular’”. Nesse sentido, em 1983, ao ser reivindicada a autonomia do indivíduo na sociedade de informação, a Corte Alemã, em uma decisão histórica, reconheceu o direito à “autodeterminação informativa”.⁵⁷

O reconhecimento do direito de não saber, modifica substancialmente a forma de conceber o direito à intimidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizado do *right of privacy*, que pode se manifestar como poder negativo, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque ao se referir ao direito de não saber como consequência da proteção do direito à intimidade.

O debate realizado no julgado objeto do presente estudo reflete justamente o conflito entre adeptos de uma concepção ampliada do direito de intimidade (Ministra Nancy Andrighi) e adeptos de uma concepção clássica e restrita de privacidade (Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina), que fizeram prevalecer o entendimento no caso de que uma pessoa tem o direito de ter resguardada a sua vida privada contra ingerências indevidas de terceiros, mas não contra o próprio conhecimento, em vista da veracidade, do sigilo e dos interesses público e privado relacionados.

Este entendimento, contudo, representa uma injustificada restrição ao exercício de uma condição existencial que, em última instância, viola a dignidade da pessoa humana, base fundamental do Estado Democrático. Por isso, para demonstrar a incorreção da decisão tomada, analisar-se-á o âmbito de proteção do direito fundamental à intimidade na contemporaneidade; o caráter relativo dos direitos fundamentais, mas a impossibilidade de anulação do direito à intimidade ante o interesse público, para, por fim, rediscutir a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais em casos envolvendo dados sensíveis.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.195.995/SP: AS FRONTEIRAS ATUAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Uma vez identificado onde se insere o direito fundamental à intimidade na teoria geral dos direitos fundamentais, é viável revisar alguns conceitos colocados para demonstrar a plasticidade do direito ora analisado ao longo do tempo.

5.1 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o necessário redimensionamento protetivo do direito fundamental à intimidade

Não é tarefa fácil identificar o âmbito de proteção de um direito fundamental. Contudo, não se pode fugir desta tarefa para compreender corretamente

a teoria geral dessa categoria de direitos. A dificuldade de entendimento reside nas contínuas alterações que esses direitos sofrem ao longo do tempo. Somente a partir de um estudo lastrado nas alterações de contexto histórico, como ora se faz, poder-se-á chegar a algum ponto que fuja a teorias bem feitas, dogmaticamente perfeitas e herméticas, porém sem aplicabilidade e longe de conquistar a eficácia que se espera, para construir uma teoria que, apesar de complexa, possa atender às emergências sociais.

Por âmbito de proteção dos direitos fundamentais se deve entender como o alcance ou o espectro de exercício desses direitos. Canotilho⁵⁸ chama de âmbito de proteção de um direito fundamental o “âmbito de vida” ou o “âmbito de realidade”, pelo que o âmbito de proteção seriam as realidades defendidas pelos dispositivos constitucionais.

Dentro da construção teórica do âmbito de proteção há uma dicotomia, havendo quem se afine à concepção de âmbito de proteção restrita e ao âmbito de proteção ampla. A diferença, em análise dos ensinamentos de Gilmar Mendes⁵⁹ e de Canotilho,⁶⁰ reside no fato de que o conceito restrito retira do âmbito de proteção, aprioristicamente, as restrições de ordem constitucional ou autorizadas pela constituição (reserva legal), enquanto a concepção ampla desconsidera as restrições impostas ao direito fundamental.

A concepção estrita, adotada por Gilmar Mendes, parece a mais coerente, haja vista que não há direitos fundamentais absolutos. Partindo dessa premissa, admite-se sim a possibilidade de restrição do direito fundamental à intimidade, desde que a limitação seja especificada e atenta à sociedade contemporânea.

Bem por isso, para descobrir o âmbito de proteção desse direito na atualidade, faz-se premente identificar o bem jurídico a ser defendido e depois confrontá-lo com outros valores previstos na ordem constitucional.

No caso do Recurso Especial 1.195.995/SP, não há norma, constitucional ou infraconstitucional, que restrinja ou retire do âmbito de proteção do direito fundamental à intimidade o direito a não saber. De modo contrário, considerando a ordem de valores e o princípio da dignidade humana, é possível sustentar que direito a não saber, como consectário lógico do direito à intimidade, está incluído no raio de proteção da intimidade.

5.2 Caráter relativo dos direitos fundamentais e colisão de direitos: possibilidade de ponderação (e não anulação) da intimidade em face do interesse público

O argumento balizar o Ministro Massami Uyeda para afastar o direito a não saber no caso em questão foi a preservação de um “direito maior”. Por oportuno, repise-se trecho do acórdão para posterior análise:

Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque

do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da *razoabilidade*, como *critério axiológico*. (Grifou-se)

Em sua argumentação, salvo melhor juízo, entende-se que o magistrado não utilizou devidamente a teoria geral dos direitos fundamentais pelas seguintes questões a seguir expostas.

De início, sustenta, sem a devida fundamentação – indicação pormenorizada – em que medida há interesse individual e público que justifique afronta ao direito à intimidade. Ao longo do voto, de modo genérico, afirma que o autor da demanda, o paciente, poderia se cuidar melhor e preservar seu direito à vida, ao passo que o interesse público correlato seria a impossibilidade de infecção de terceiros. Depois, mais uma vez de forma genérica, como *locus* retórico, adota o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar o afastamento do direito fundamental à intimidade. Por fim, vale-se da razoabilidade para resolver pretenso conflito do caso, taxando-o de critério axiológico.

Por tudo, não há lastro teórico na decisão. Pontualmente, explica-se.

Em relação aos interesses privado e público, não se consegue visualizar, de maneira clara, como e por que tais interesses poderiam suplantar o direito individual colocado em questão. Em relação ao interesse particular, deveria sim o magistrado ter pensado no efeito deletério que informação desse jaez pode ocasionar na vida pessoal e profissional de uma pessoa. Pode haver – como, em verdade, há – um processo de aniquilamento pessoal, com a estigmatização do sujeito. Suas relações afetivas e trabalhistas, sumariamente, podem ir por terra. O que deve ser considerado é o seguinte: o suposto direito à vida que se busca defender considera os efeitos danosos de uma notícia dessa ordem? De modo mais direto: será que a vida do paciente do caso será digna? Conseguirá ele viver bem (integridade psíquica) com notícia de doença desta ordem? Pela gravidade da informação, é que se sustenta que somente o sujeito envolvido pode demandar saber de tal dado sensível.

De igual modo, não merece subsistir o argumento de interesse público. Preocupava-se com a criação de um precedente dessa ordem. Analise-se: no caso, laboratório privado – prestador de serviço que tem responsabilidade civil objetiva nos moldes do Código de Defesa do Consumidor – tem seu dever de indenizar mitigado pelo interesse público envolvido, mesmo em caso de flagrante erro. Ora, lembre-se que o Estado também detém laboratórios. Não é absurdo pensar que num determinado momento, sob o pálio do discurso do interesse público, todo hospital público faça exames de doenças contagiosas, informe aos pacientes e não seja responsabilizado. Também nesses casos teríamos uma excludente de responsabilidade para o caso de responsabilidade civil do Estado, que, conforme previsão constitucional, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º⁶¹. Não parece essa ser a melhor saída. Há que ser sim, Estado ou particular, responsabilizado pelos danos que venha a causar.

Por fim, quisesse o magistrado resolver a colisão presente no caso, mais correto seria ter se valido do princípio da ponderação de bens e não da razoabilidade, que tão somente considera o bom senso para resolução dos casos. Pergunta-se: qual a vinculação da razoabilidade e como tal método é critério valorativo? Neste ponto, a análise fica até prejudicada ante a falta de substrato lógico presente na decisão.

5.3 Critério funcional do direito fundamental à intimidade na atualidade: para além de um direito de defesa, um direito prestacional

Não há dúvida de que o *status* negativo e o enquadramento do direito à intimidade como direito de defesa persevera, haja vista que, em regra, a demanda para sua preservação repousa em um dever geral de abstenção. Entrementes, como se demonstrou, o direito fundamental à intimidade tem novos contornos.

Diante da sociedade de informação que vivemos, é talvez mais importante que o Estado ofereça políticas públicas, como acontece na Europa, para reprimir atentados à intimidade do que efetivamente macule de forma direta a privacidade de um sujeito.

Propor leis, instituir uma agência reguladora e punir de modo efetivo todos aqueles que malfiram, indevidamente, a intimidade, parecem ser saídas viáveis para manter vivo, em sua fundamentalidade, o direito à intimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos trazidos, sustenta-se, em concordância com o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que “a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparados para encarar a realidade”. A divulgação à pessoa de dado não requisitado configura violação ao seu direito de não saber e gera, incontestavelmente, o direito à indenização por danos morais, já que afronta o direito fundamental à intimidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: HECK, Luís Afonso (Trad.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BENSAÏD, Daniel. In: TAJEDA, Agustín del Moral (Trad.). **Marx intempestivo: grandezas y miserias de una aventura crítica**. Buenos Aires: Ediciones Herramienta, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- BIELEFELDT, Heiner. In: WEYNE, Bruno (Trad.). Os direitos humanos num mundo pluralista. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.166-174, jul./dez. 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DEL VECCHIO, Giorgio. In: BRANDÃO, Antônio José (Trad.). **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo Garcia. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FLAHERTY, David H. On the utility of constitutional rights to privacy and data protection. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland / Ohio, v. 41, Issue 3, p.831, June 1991.
- JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 352-398, mai./ago. 2013.
- LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LOPES, Ana Maria D´Ávila. A gênese dos direitos fundamentais. In **Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001.

_____. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001b.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORIN, Edgar. In: MORÁS, Francisco (Trad.). **Para onde vai o mundo?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

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

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, Antônio Jeová. **Dano moral na internet.** São Paulo: Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VILLEY, Michel. In: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado (Trad.). **O direito e os direitos humanos.** São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The right to privacy. **Harvard Law Review**, vol. iv, n.5, december 15, 1890.

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

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

3 JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos de personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.261.

4 Em análise sobre a relação de passado, presente e futuro, Edgar Morin é contra uma concepção simplista que acredita no conhecimento pleno do passado e do presente e, por uma causalidade retilínea, acredita em um futuro previsível. Para ele, “a evolução não obedece nem às leis nem aos determinismos prepotentes. Não é mecânica nem linear. Nela não existe um fator dominante que permanentemente comanda a evolução. [...] A realidade social é multidimensional; ela comporta fatores geográficos, econômicos, técnicos, políticos, ideológicos... Num dado momento, alguns destes fatores podem ser dominantes, mas existe rotatividade no domínio. A dialética não caminha sobre os pés nem sobre a cabeça; ela gira, pois é antes de tudo jogo de inter-retro-ações, isto é, elo em perpétuo movimento. Deste fato, decorre que tudo aquilo que é evolutivo obedece a um princípio multicausal” (2010, p.15). Na mesma linha de intelecção, Daniel Bensaïd sobre a não linearidade da história: “Se trata de terminar con una representación de la historia lineal en su curso y homogénea en sus momentos, donde flujo temporal y significación no debería reducirse al relato encargado de ordenar el caos de los hechos.

- [...] *El desarrollo desigual entre esferas sociales, jurídicas y culturales obliga, por el contrario, a pensar un progreso que no sea ni automático ni uniforme. La historia no es un largo río tranquilo.* MORIN, Edgar. In: MORÁS, Francisco (Trad.). **Para onde vai o mundo?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 48/51.
- 5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 361.
 - 6 DEL VECCHIO, Giorgio. In: BRANDÃO, Antônio José (Trad.). **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor Successor, 1979, p.31.
 - 7 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001b, p. 46-47.
 - 8 Em relação aos aspectos terminológicos, neste trabalho, considera-se a expressão direitos humanos como categoria que alude aos direitos do homem em nível supranacional, conforme LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001b, p. 42.
 - 9 VILLEY, Michel. In: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado (Trad.). **O direito e os direitos humanos**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007, p. 9.
 - 10 BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004, p. 29.
 - 11 Por tudo, adere-se ao entendimento de que "Direitos humanos e direitos fundamentais não se identificam, não são sinônimos, embora se admita que o ideal seria, precisamente, sua identificação, isto é, o ideal seria que fosse positivado todo esse sistema de interesses universalizáveis com um primeiro passo para sua realização" LOPES, Ana Maria D'Ávila. A gênese dos direitos fundamentais. In **Democracia hoje**: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001a, p.38-39.
 - 12 ALEXY, Robert. In: HECK, Luís Afonso (Trad.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 94.
 - 13 Uma crítica feita ao caráter universal dos direitos humanos pode ser encontrada em BIELEFELDT, Heiner. In: WEYNE, Bruno (Trad.). Os direitos humanos num mundo pluralista. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.166-174, jul./dez. 2008.
 - 14 ALEXY, op. cit.
 - 15 Ibid., p. 96.
 - 16 BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 132.
 - 17 LOPES, 2001b, op.cit., p.46.
 - 18 Ibid., p.56.
 - 19 Ibid., p. 58.
 - 20 Ibid., p.58-60.
 - 21 BOBBIO, op. cit., p.68-69.
 - 22 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, p. 55.
 - 23 Outros diplomas reconheceram o direito à vida privada e à intimidade. A título exemplificativo, destacam-se: a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade em 1967, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.
 - 24 FLAHERTY, David H. On the utility of constitutional rights to privacy and data protection. **Case Western Reserve Law Review**, v. 41, Issue 3, p.831, June 1991.
 - 25 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.81-82.
 - 26 Ibid., p.84.
 - 27 BONAVIDES, op. cit., p. 564.
 - 28 LOPES, 2001b, op. cit., p. 63.
 - 29 KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 352-398, mai./ago. 2013, p. 353.
 - 30 Para fins deste trabalho, apesar das teorias que diferenciam os termos intimidade e privacidade, adotar-se-á uma e outra nomenclatura como sinônimas.
 - 31 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The right to privacy. **Harvard Law Review**, vol. iv, n.5, december 15, 1890.
 - 32 KONDER, op. cit., p. 353-353.
 - 33 WARREN; BRANDEIS, op. cit.
 - 34 LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
 - 35 COSTA JÚNIOR, op. cit.

- 36 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- 37 KONDER, op. cit., p. 355.
- 38 Sobre a teoria mosaico proposta por Fulgêncio Madrid Conessa, por todos, recomenda-se a leitura de BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91. Para o autor, pouco importa a qual esfera a informação pertence, sendo mais importante verificar o uso que se fará dela para a devida defesa.
- 39 KONDER, op. cit., p. 355-357.
- 40 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo Garcia. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p.110.
- 41 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 152-153.
- 42 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 23.
- 43 Apesar de criticado, o modelo de proposto por Jellinek tem sua importância, e sua relevância para a teoria geral dos direitos fundamentais subsiste. Para uma análise crítica, por todos, LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001b, p.40.
- 44 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 174, p.174.
- 45 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- 46 XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- 47 SARMENTO, op. cit.
- 48 CANARIS, op. cit.
- 49 SARMENTO, op. cit., p. 155.
- 50 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 81-82.
- 51 WARREN; BRADEIS, op. cit.
- 52 São considerados dados sensíveis, por versarem sobre os aspectos da personalidade da pessoa, aqueles relacionados à origem étnica ou racial, às opiniões políticas, às preferências sexuais, ao patrimônio genético do indivíduo, às crenças religiosas, às opções políticas ou filosóficas e às questões relacionadas à saúde, conforme SANTOS, Antônio Jeová, op. cit., p. 194.
- 53 LEWICKI, op. cit., p. 9.
- 54 RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
- 55 Ibid., p. 92.
- 56 Ibid., p.15.
- 57 Ibid., p.15.
- 58 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p.448-449.
- 59 Gilmar Mendes (2002, p.199)
- 60 CANOTILHO, op. cit., p.448-449.
- 61 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

“NOT KNOWING” RIGHT: NEW BOUNDARIES ON THE RIGHT TO PRIVACY

ABSTRACT

On the contemporary society, named information society, the classic outlines of fundamental rights to intimacy are no more capable of protecting personal data from clandestine access. Beyond its previous understanding as a right to protect the individual against interference in his life for others, nowadays, as a result of technological progress, it seems to be more appropriate to conceive it as the protection of the informational self-determination. In this context, this article aims to analyse the judicial decision of the third section of the Superior Tribunal de Justiça upon the appeal nº 1.195.995/SP, which has argued about the existence of a right to “not knowing” related to certain medical information, even if it is correct and confidential, although not required by the patient, as a corollary of the right to intimacy. The objective of this study is to point out the new outlines of the fundamental right to intimacy by means of bibliographic and doctrinal research, and analyses of court cases, on the light of national and international legislation.

Keywords: Fundamental Rights. Right to Intimacy. Informative Self-determination. “Not Knowing” Right.

Submetido: 22 jun. 2015
Aprovado: 18 ago. 2015