

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE À SÉRIO NO  
CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Patrícia Adriani Hoch**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2017**

**LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE À SÉRIO NO CONTEXTO DA  
SOCIEDADE EM REDE**

**Patrícia Adriani Hoch**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial à obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

**Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2017**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito**

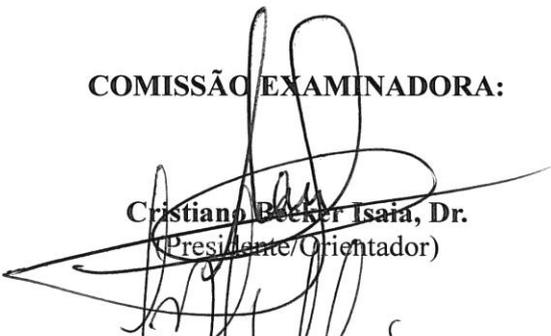
**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Dissertação**

**LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE À SÉRIO NO CONTEXTO DA  
SOCIEDADE EM REDE**

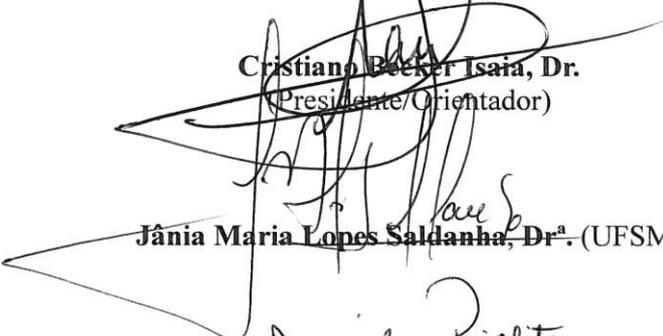
elaborada por  
**Patrícia Adriani Hoch**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**



**Cristiano Becker Tsaiá, Dr.**  
(Presidente/Orientador)



**Jânia Maria Lopes Saldanha, Dr.<sup>a</sup>.** (UFSM)



**Daniela Richter, Dr.<sup>a</sup>.** (UNIFRA)

Santa Maria/RS, 22 de fevereiro de 2017.

*“Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente “Faça justiça, juiz!”. Holmes pediu para o condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. “Não é esse o meu trabalho!”, disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que supostamente, não consistia em fazer justiça”*  
(DWORKIN, 2010, p. 3).

*“É necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia a história. (...). Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui”* (GRAU, 2013, p. 21).

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e por fazer de mim um ser humano, com muita fé e grandes sonhos, e, principalmente, acompanhada de pessoas incríveis, que muito me auxiliaram nessa jornada.

Não há palavras capazes de sequer ilustrarem o que sinto por eles, por isso, agradeço e dedico essa dissertação aos meus pais, Varlei e Rosméri. Percorri um longo caminho para chegar até aqui, e, graças a vocês, essa trajetória foi traçada com esforço, união, afeto, carinho, apoio, dedicação, respeito, honestidade, serenidade, altruísmo e humildade. Afinal, é por vocês que eu tenho a consciência de que cada degrau na vida é alcançado aos poucos, com bastante paciência, vontade, persistência, luta diária e apoio daqueles que mais torcem para que tenhamos êxito. A vocês, pai e mãe, meu sincero muito obrigada, sobretudo pelos nobres ensinamentos e pelo apoio incondicional.

Agradeço aos meus irmãos, William e Gabriel, pelo carinho, amizade e pelas trocas diárias de experiências.

Talvez sem palavras e com todo o afeto que sinto por ti, agradeço, do fundo do meu coração, ao meu namorado Israel. Agradeço por acalantar minha alma sempre que necessário e possível, principalmente diante das dificuldades. Obrigada por me acompanhar nessa trajetória e em todas as outras, com palavras de apoio e de incentivo para que eu concluísse essa etapa da minha vida, da melhor forma possível. A ti, meu amor, serei eternamente grata.

Também agradeço aos meus amigos e demais familiares pelas palavras de incentivo e de apoio durante essa jornada, as quais foram essenciais durante o caminho.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Cristiano, por ter me acolhido quando mais precisei e por ter dado todas as diretrizes necessárias para que esse trabalho fosse idealizado, realizado e concluído. A ti, Professor, serei grata para sempre pelos ensinamentos e pelo aprendizado durante o Mestrado. Obrigada!

Não posso deixar de agradecer com todo meu carinho à Professora Rosane, com quem tive a iniciação científica durante a graduação e aprendi a desenvolver pesquisa com um olhar humanizado e com seriedade. Agradeço à Professora Rosane, que sempre acredita em seus alunos e os estimula a buscarem além (e não aquém) do que já possuem.

Agradeço também aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) por todo conhecimento que adquiri nesses dois anos, a partir das leituras sugeridas e por todas as oportunidades que me foram, singelamente, oferecidas. Um agradecimento especial ao Professor Luiz Ernani, nosso

Coordenador, pela paciência, carinho e dedicação, sem o qual o PPGD da UFSM jamais teria saído do papel e se concretizado. Agradeço à Professora Jânia, a qual despertou em mim o interesse pela pesquisa acadêmica, pela leitura dos clássicos da filosofia e, sobretudo, por valorizar os direitos humanos em qualquer local do globo, independente da situação de caos ou de crise. Também agradeço à Professora Isabel, que há oito anos dentro do curso Direito da UFSM, de forma direta e/ou indireta, contribui para a minha formação humana e como jurista, e, principalmente, pelas palavras carinhosas de força e de fé. Agradeço, ainda, ao Luiz, pela amizade e por conduzir a Secretaria do PPGD com comprometimento e generosidade.

Às minhas colegas e amigas do Mestrado: Valdirene, Clarissa, Micheli, Elany, Cristiane, Evilhane e Tieli, meu sincero obrigada, seja pelas palavras, pelo apoio, pelo incentivo contínuo, pela troca de experiências e por tudo o que compartilhamos juntas durante do Mestrado. Desejo a todas muita luz, sucesso e felicidades a partir da conclusão dessa etapa.

Ainda, um agradecimento especial aos demais colegas, pois o Mestrado nos tornou amigos, seja diante das dificuldades ou nos momentos de confraternização.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) por viabilizar e financiar a presente pesquisa.

## **RESUMO**

Dissertação de Mestrado  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

### **LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE À SÉRIO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE**

**AUTORA: PATRÍCIA ADRIANI HOCH**  
**ORIENTADOR: CRISTIANO BECKER ISAIA**

Data e Local de Defesa: Santa Maria/RS, 22 de fevereiro de 2017.

O direito à intimidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, adquire novas nuances no contexto da sociedade em rede, caracterizada pela utilização das tecnologias de informação e de comunicação, especialmente a Internet. A partir da investigação de sua historicidade, tal direito é exposto considerando a temporalidade e a complexidade do Século XXI, que traz consigo novos e sofisticados mecanismos para a invasão e violação da intimidade do indivíduo, o qual se torna vulnerável neste cenário. Diante disso, são debatidos os fundamentos legais e decisórios para a pré-compreensão do direito à intimidade, a partir dos aportes teóricos de Gadamer e Dworkin, refletindo-se, ainda, sobre o papel do juiz na jurisdição constitucional hermenêutica e sobre a possibilidade de se falar na obtenção de respostas adequadas em casos de violação ao direito à intimidade. Para tanto, a abordagem será fenomenológico-hermenêutica, aliada aos métodos de procedimento histórico, comparativo e de estudo de casos. Pretende-se, assim, verificar quais elementos jurídicos devem ser previamente compreendidos na construção de decisões judiciais envolvendo a questão do direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, partindo-se da necessidade de a jurisdição processual proferir respostas adequadas à Constituição no Estado Democrático de Direito. Ao final, realiza-se uma reflexão crítica acerca de decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar o estado da arte dos julgados que envolvem intimidade e Internet, e, sobretudo a adequação das respostas à Constituição, a fundamentação e a observância da coerência e da integridade do Direito.

**Palavras-Chave:** intimidade; sociedade em rede; Internet; respostas adequadas à Constituição; decisões judiciais.

## **ABSTRACT**

Master's Dissertation  
Law Postgraduate Program  
Federal University of Santa Maria

### **LEADING THE SERIOUS INTIMACY IN THE CONTEXT OF THE SOCIETY IN NETWORK**

**AUTHOR: PATRÍCIA ADRIANI HOCH**  
**SUPERVISOR: CRISTIANO BECKER ISAIA**

Date and Place of Defense: Santa Maria/RS, February 22, 2017.

The right to intimacy, foreseen in article 5 of the Federal Constitution, acquires new delineations in the context of the network society, characterized by the use of information and communication technologies, especially the Internet. From the investigation of its historicity, this right is exposed considering the temporality and complexity of the 21st Century, which brings with it new and sophisticated mechanisms for the invasion and violation of the individual's privacy, which becomes vulnerable in this scenario. Therefore, the legal and decision-making grounds for the pre-comprehension of the right to intimacy are discussed based on the theoretical contributions of Gadamer and Dworkin, also reflecting on the role of the judge in the hermeneutical constitutional jurisdiction and about the possibility of obtaining right answers in cases of right to privacy' violations. For that, the approach will be phenomenological-hermeneutical, allied to the methods of historical, comparative and case study procedures. The intention is to ascertain which legal elements should be previously understood in the construction of judicial decisions involving the fundamental right to intimacy in the context of the network society, starting from the need for procedural jurisdiction to provide right answers to the Constitution in the Democratic State. At the end, a critical reflection is provided on decisions taken by the Brazilian Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, in order to verify the state of the art of decisions which involve intimacy and the Internet, and especially its adequacy of the answers to the Constitution, basis and observation of the coherence and integrity of the law.

**Keywords:** intimacy; network society; Internet; right answers to the Constitution; judicial decisions.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CETIC.br	Centro de Estudos sobre Tecnologias de Informação e Comunicação
CGI.br	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CI	Carteira de Identidade
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CPC	Código de Processo Civil
CPF	Cadastro de Pessoa Física
HIV	Vírus da Imunodeficiência Adquirida
IP	Número de Protocolo
MCI	Marco Civil da Internet
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
RNP	Registro de Nome do Passageiro
TIC	Tecnologias de Informação e de Comunicação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UE	União Europeia
URL	Localizador Padrão de Recursos.
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE A SÉRIO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE DIANTE DA TEMPORALIDADE E DA COMPLEXIDADE DO SÉCULO XXI .....</b>	<b>17</b>
1.1 Das tecnologias analógicas às digitais: a vulnerabilidade da intimidade diante da utilização das tecnologias de informação e de comunicação .....	18
1.2 Historicidade, características e violação do direito à intimidade na sociedade em rede: um olhar sobre o cenário jurídico internacional e brasileiro .....	29
1.3 A constitucionalização do Direito e a vinculação dos particulares: a intimidade e o Marco Civil da Internet no Brasil em face da complexa relação espaço-temporal em Rede .....	39
<b>2 PRÉ-COMPREENSÃO E TRADIÇÃO ALIADAS À COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO À INTIMIDADE .....</b>	<b>52</b>
2.1 O possível diálogo entre Gadamer e Dworkin nos fundamentos legais e decisórios do direito à intimidade.....	54
2.2 O papel do juiz “romancista” na jurisdição constitucional hermenêutica e a possibilidade de se falar na obtenção de respostas adequadas em casos de violação ao direito à intimidade	66
2.3 Direito à intimidade, Internet e Jurisdição: o contexto decisório do direito à intimidade e da Internet na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal	91
2.3.1 O Direito à intimidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	95
2.3.2 O Direito à intimidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	126
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>1433</b>

## INTRODUÇÃO

O direito à intimidade, erigido ao *status* de direito fundamental pela Constituição Federal, frequentemente é objeto de violação na lógica do funcionamento das redes, com destaque para a Internet, em face do seu caráter libertário, descentralizado e transfronteiriço. Frente à quantidade de informações que podem ser armazenadas e difundidas no âmbito virtual, é de extrema importância o enfrentamento dos problemas que decorrem da relação entre a utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação e a intimidade, já que essa está em constante mutação social influenciada pela constante inovação tecnológica.

Diante disso, quando o tema é direito à intimidade, no âmbito da sociedade em rede, é indispensável a reflexão acerca da adequação das respostas oferecidas pelo Poder Judiciário ao parâmetro constitucional - tese da resposta constitucionalmente adequada-, sustentada por Lenio Streck, tendo em vista os conceitos de integridade e coerência do direito na perspectiva apresentada por Ronald Dworkin e de pré-compreensão e tradição delineados por Hans-Georg Gadamer. Essa investigação teórica proporciona a compreensão do estado da arte da jurisdição brasileira em relação ao tema, abordando-se a necessidade de (re)pensar o papel do Poder Judiciário – especialmente do julgador - e suas limitações, sobretudo para a concretização de direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Soma-se a isso a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, em consonância com o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e com o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Esse importante marco normativo trouxe, na seara processual civil, relevantes implicações relacionadas à atuação judicial, bem como desafios, na medida em que exige, sob pena de nulidade, o cumprimento de requisitos essenciais para que uma decisão seja considerada efetivamente fundamentada, os quais foram estabelecidos pelo artigo 489, §1º.

Nesse sentido, a presente dissertação norteia-se pelo seguinte problema de pesquisa: quais elementos jurídicos devem ser previamente compreendidos na construção de decisões judiciais envolvendo a questão do direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, partindo-se da necessidade de a jurisdição processual proferir respostas adequadas à Constituição em plena manifestação do Estado Democrático de Direito?

O tema do estudo envolve, assim, a necessidade de obtenção de respostas adequadas à

Constituição Federal, relacionadas ao direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, diante da exigência da fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito e de observância aos conceitos de pré-compreensão, tradição, coerência e integridade. Busca-se, com isso, fornecer elementos para a compreensão das condições de possibilidade para que as decisões envolvendo o direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, sejam consideradas adequadas, principalmente considerando a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Veja-se que as tecnologias de informação e de comunicação (TIC), especialmente a Internet, trouxeram imensuráveis benefícios e novas oportunidades à contemporaneidade, sobretudo ao proporcionar maior interação, comunicação e acesso ao conhecimento aos seus usuários, sem barreiras temporais e espaciais. Todavia, a conexão realizada de forma interplanetária aliada ao caráter libertário e descentralizado do ciberespaço propulsionam o cometimento de abusos de direito e de atos ilícitos *online*. Essa dinâmica - característica da sociedade em rede-, evidentemente, ao potencializar a violação de direitos fundamentais, como é o caso do direito à intimidade, rompe com os paradigmas jurídicos tradicionais e desafia os mecanismos convencionais de tutela.

Com base na teoria de Pérez Luño, marco teórico eleito para este trabalho, é válido mencionar que legislações mais sensíveis à defesa das liberdades têm tentado oferecer uma resposta jurídica eficaz para o respeito à intimidade diante dessa sociedade tecnologicamente avançada. São levadas a cabo, inclusive, por alguns países com alto grau de desenvolvimento que a opinião pública reconhece o respeito à vida privada em um lugar prioritário dentro de suas aspirações para a proteção de direitos humanos<sup>1</sup>. No Brasil, a intimidade é protegida pelo texto constitucional e, recentemente, pelo Marco Civil da Internet, de modo que essa regulamentação específica (conferindo proteção à intimidade no âmbito da Internet), que ocorreu apenas em 2014, demonstra que o país ainda está engatinhando quando se trata da tutela do direito à intimidade.

Em virtude disso, paralelamente ao aumento significativo e exponencial da utilização das novas tecnologias informacionais, emergem novas demandas e conflitos que exigem a apreciação por parte Poder Judiciário. Nesse panorama, ainda em construção, a obtenção de

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Pérez Luño (2010, p. 323) lembra que, segundo um relatório britânico elaborado em 1971 pelo *Younger Committee on Privacy*, a opinião pública dos países desenvolvidos situa o respeito pela vida privada em um lugar prioritário das suas aspirações para proteção dos direitos humanos. Assim, “[...] trata-se a intimidade de um direito fundamental com maior número de modalidades de eventual transgressão e um dos que conta com maior quantidade de vítimas reais ou potenciais” (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 323).

respostas constitucionalmente adequadas, no que tange ao direito à intimidade, adquire notoriedade e exige enfrentamento no âmbito científico.

Partindo-se desses elementos e diante da temporalidade e da complexidade da sociedade em rede, mostra-se importante o debate acerca do papel do julgador, razão pela qual é fundamental investigar a teoria do Direito de Ronald Dworkin e a tese da resposta constitucionalmente adequada de Lenio Streck, que servirão como fios condutores para que a tomada de decisões no Brasil esteja alinhada ao paradigma do Estado Democrático e Constitucional de Direito. Tais autores também compõem o marco teórico da dissertação.

Importante, no atual cenário brasileiro, em que muito se discute o papel do Poder Judiciário, a reflexão crítica acerca dos limites e possibilidades da tutela jurisdicional quando o tema é direito à intimidade, utilizando-se como teoria de base a hermenêutica constitucional. A contribuição hermenêutica se mostra basilar para o enfrentamento de questões advindas de uma sociedade complexa e em rede, especialmente no que tange à concretização de direitos fundamentais, conforme se pretende nesse estudo. Trata-se, portanto, de um trabalho crítico-reflexivo e não de uma exploração meramente dogmática acerca do tema.

A matriz teórica utilizada no estudo será a hermenêutica filosófica (que não é método, tampouco instrumento de interpretação, é modo-de-ser-no-mundo<sup>2</sup>), dada a proporcionada valorização (dependente da necessidade de compreensão<sup>3</sup>, pela linguagem) da Constituição<sup>4</sup>. Utilizará, para tanto, as investigações teóricas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer<sup>5</sup>, os quais trouxeram importantes contribuições para a contemporaneidade, com a finalidade de

---

<sup>2</sup> Importante esclarecer que, segundo Streck (2012, p. 59-60), o giro ontológico-linguístico mostrou que todos somos seres-no-mundo, ou seja, “[...] já estamos fora de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo”, de modo que o sentido não está à nossa disposição nesse espaço compartilhado. Por isso, a experiência intersubjetiva está calcada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo. É assim que o “sujeito solipsista foi destruído”. Nesse sentido, Gadamer (1999, p. 27) já mencionava que “[...] quem pensa a linguagem já se movimenta para além da subjetividade”.

<sup>3</sup> Streck (2012, p. 75) esclarece que “[...] interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (Auslegung); é, agora produtiva (Sinngabung). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico”. Ainda, “[...] existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação e que é fundamental, levando-nos para uma ideia de duplo sentido da compreensão” (STRECK, 2012, p. 77).

<sup>4</sup> Deste modo, destaca Isaia (2012, p. 15), para quem o respeito à Constituição é essencial em pleno Estado Democrático de Direito.

<sup>5</sup> Segundo Isaia (2012, p. 15), Martin Heidegger trouxe as noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, ao abordar a atividade humana e sua relação com o mundo. Gadamer, por sua vez, abordou a hermenêutica da facticidade, a qual parte da ideia de utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa. Gadamer mostrou, ainda, que a nossa compreensão está relacionada a partir da perspectiva de um ponto particular da história, de modo que a compreensão do texto depende do contexto no qual o intérprete se insere e leva em conta para tanto.

auxiliar a jurisdição constitucional na fundamentação e aplicação das normas jurídicas, no sentido de evitar decisionismos e arbitrariedades. Com base nos contributos desses filósofos, Lenio Streck desenvolveu a tese de que todo caso concreto apresentado exige “a” resposta constitucionalmente adequada àquela situação contenciosa (fática).

A Constituição de 1988, compromissária e dirigente, trouxe consigo parâmetros para a instauração de um novo paradigma interpretativo, o que pressupõe a compreensão de sua força normativa<sup>6</sup> mediante a realização do processo hermenêutico. Tal processo é constituído pela filtragem hermenêutico-constitucional, em que o julgador possui a consciência do lugar que ocupa como ser-no-mundo e da tarefa de proferir decisões adequadas que observem a integridade e a coerência, no sentido de fortalecer o Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>.

Para a realização do presente trabalho serão utilizados os métodos histórico<sup>8</sup>, comparativo<sup>9</sup> e monográfico ou de estudo de casos. O estudo do direito fundamental à intimidade, na perspectiva da sociedade em rede, exige que seja realizada uma retrospectiva da historicidade desse direito e de suas características, tanto no cenário brasileiro como a nível internacional. Para tanto, utilizar-se-ão os métodos histórico e comparativo, a fim de fornecer elementos para a compreensão da importância desse direito na contemporaneidade. Ademais, o método comparativo permeará o comparativo entre as legislações internacionais protetivas do direito à intimidade com o cenário de proteção brasileiro, verificando-se em que medida tais documentos estabelecem a regulamentação do direito à intimidade.

A partir dessas contribuições teóricas, será utilizado o método monográfico<sup>10</sup> ou de estudo de casos para a compreensão do contexto decisório do direito à intimidade nos Tribunais Superiores brasileiros (especialmente, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal

---

<sup>6</sup> A ideia da força normativa da Constituição é defendida por Hesse (1991, p. 19-20), conforme será exposto no decorrer da dissertação.

<sup>7</sup> Significa dizer que a Constituição configura-se ao mesmo tempo como pauta de interpretação e limite de atuação do juiz, já que “[...] toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o Judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição” (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009, p. 315).

<sup>8</sup> Segundo Lakatos e Marconi (2003, p. 107), o método histórico “[...] preenche os vazios dos fatos e acontecimentos, apoiando-se em um tempo, mesmo que artificialmente reconstruído, que assegura a percepção da continuidade e do entrelaçamento dos fenômenos”.

<sup>9</sup> O método comparativo, por sua vez, “[...] é usado tanto para comparações de grupos no presente, no passado, ou entre os existentes e os do passado, quanto entre sociedades de iguais ou de diferentes estágios de desenvolvimento” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 107).

<sup>10</sup> Para Lakatos e Marconi (2003, p. 108), “[...] o método monográfico consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações”. Dessa forma, “a investigação deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 108).

Federal), o que será feito através da análise quantitativa e qualitativa de decisões judiciais envolvendo esse direito no contexto da sociedade em rede. A fim de delimitar-se o espaço temporal da pesquisa, ressalta-se que o estudo das decisões será realizado nos meses de novembro e dezembro de 2016, abrangendo as decisões publicadas antes e após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet. Em cada uma das duas Cortes Superiores serão buscadas decisões envolvendo as palavras-chave “intimidade e internet” na pesquisa de jurisprudência, proporcionando a reflexão crítica acerca do entendimento adotado pelo STJ e STF sobre o tema por ocasião do julgamento de casos concretos.

A compreensão do teor decisório através da pesquisa empírica envolvendo esse tema mostra-se importante para que o aporte teórico - construído mediante o viés compreensivo proporcionado pela hermenêutica filosófica -, será aliado ao olhar detalhado e crítico da realidade, porquanto os casos concretos que serão observados certamente trazem impacto social dada a sua temporalidade, historicidade e complexidade. Essa construção coaduna-se com a percepção das constantes mudanças advindas da sociedade em rede e da própria atividade compreensiva desse cenário revolucionário e tecnológico, que tanto impacta a atividade jurisdicional e, por consequência, a proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, a esses métodos de procedimento se aliará a aplicação a pesquisa documental bibliográfica, consultando-se a produção normativa, doutrinária e jurisprudencial respeito do tema e realizando-se fichamentos e resenhas das obras referenciais.

A temática da dissertação está relacionada à linha de pesquisa Direitos da Sociedade em Rede do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, uma vez que expõe o contexto da sociedade em rede, a temporalidade e a complexidade do Século XXI, permeado pela utilização das TIC, bem como realiza um exame de decisões jurisprudenciais no contexto brasileiro, envolvendo o direito à intimidade neste cenário, a fim de verificar se atendem à tese da resposta constitucionalmente adequada, tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, bem como os conceitos de integridade, coerência do Direito, pré-compreensão e tradição.

Para a fluidez da compreensão, o trabalho foi dividido em dois capítulos principais. O primeiro deles é dividido em três tópicos: o primeiro aborda a evolução das tecnologias de informação e comunicação, especialmente a transição das tecnologias analógicas para as digitais, bem como das vantagens trazidas pelas novas ferramentas *online*, as alterações no

comportamento dos internautas no âmbito digital e a vulnerabilidade dos usuários. Na sequência, a exposição possui como foco a historicidade do direito à intimidade, suas características e a regulamentação da proteção desse direito, sobretudo quando exercido na sociedade em rede. Por conseguinte, delinea-se a constitucionalização do direito privado, o princípio da autodeterminação informativa e sua relação com o direito à intimidade, com a investigação de normas internacionais e do Marco Civil da Internet, com alusão ao papel e à responsabilidade civil dos provedores de Internet.

O segundo capítulo visa estudar o direito à intimidade no contexto da jurisdição constitucional, sendo dividido também em três partes. Na primeira, são relacionadas as contribuições teóricas de Gadamer e Dworkin com os fundamentos legais e decisórios do direito à intimidade. A segunda, por sua vez, é destinada à investigação do papel do juiz na jurisdição constitucional hermenêutica e a possibilidade de se falar na obtenção de respostas adequadas em casos de violação ao direito à intimidade. Por fim, a última parte pretende trazer o estado da arte do contexto decisório do direito à intimidade e da Internet na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, relacionando os julgados com as ideias e elementos defendidos ao longo do trabalho.

## **1 LEVANDO O DIREITO À INTIMIDADE A SÉRIO<sup>11</sup> NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE DIANTE DA TEMPORALIDADE E DA COMPLEXIDADE DO SÉCULO XXI**

*“Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”*  
(DWORKIN, 2010, p. XV).

O ponto de partida deste trabalho é dedicado à abordagem da evolução das tecnologias de informação e comunicação (TIC), especialmente a transição das tecnologias analógicas para as digitais, bem como das vantagens trazidas pelas novas ferramentas *online* e as alterações no comportamento dos internautas no âmbito digital. Esse panorama iniciará a reflexão acerca das violações do direito fundamental à intimidade e a vulnerabilidade do usuário, decorrente, entre outras causas, da superexposição do titular, do fornecimento de dados pessoais para preenchimento de formulários e serviços, da captação de dados pessoais, bem como da relação assimétrica que se estabelece entre usuários e provedores de Internet. Para tanto, serão mapeadas as formas de violação ao direito à intimidade no contexto da sociedade em Rede, fazendo-se uma composição de obras atinentes ao marco teórico.

Quanto ao marco teórico, salienta-se que em face do crescente uso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC) e a expansão da violação do direito à intimidade nesse cenário virtual, utilizar-se-á a doutrina do autor espanhol Antonio Enrique Pérez Luño - especialmente a obra intitulada “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”-, o qual investiga a evolução e a conceituação da intimidade como um direito fundamental, inclusive confrontando-o com o direito à informação. Aliado a isso, o autor reflete acerca do direito à intimidade na era tecnológica, razão pela qual suas contribuições se adequam à proposta da dissertação.

No que tange ao surgimento, conceituação e as nuances que perpassam a sociedade em rede, serão também exploradas as contribuições do sociólogo espanhol Manuel Castells, para quem as redes constituem a nova morfologia social, de modo que “as bases significativas da

---

<sup>11</sup> O título deste capítulo representa uma paráfrase da obra de Dworkin (2010), intitulada “Levando os direitos a sério”.

sociedade, espaço e tempo estão sendo transformadas, organizadas em torno do espaço de fluxos e do tempo intemporal” (CASTELLS, 1999, p. 572). Foi exatamente nesse contexto que surgiu uma nova sociedade, intitulada sociedade em rede (CASTELLS, 2003, p. 8).

No segundo subtítulo serão expostos os aspectos históricos do direito à intimidade, suas características e a regulamentação da proteção desse direito, sobretudo quando exercido na sociedade em rede, na qual ocorre a disseminação fácil e rápida de informações. Serão referidas as contribuições trazidas por documentos internacionais no que tange ao direito à intimidade, presentes na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração dos Direitos do Homem, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, até a consagração desse direito com status de fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. Esse aporte teórico permitirá, assim, a compreensão do cenário internacional e brasileiro acerca da proteção do direito à intimidade.

Ao final, será delineada a constitucionalização do direito privado, o princípio da autodeterminação informativa e sua relação com o direito à intimidade, bem como o papel e a responsabilidade dos provedores de Internet. Serão abordadas algumas normas internacionais sobre o tema, especialmente as Diretivas da União Europeia (UE), quais sejam as Diretivas 2000/31/CE (UNIAO EUROPEIA, 2000) e 2001/29/CE (UNIAO EUROPEIA, 2001), que tratam do comércio eletrônico e dos direitos do autor, respectivamente e, ainda, o *Communications Decency Act*, de 1996 (USA, 1996) e o *Digital Millennium Copyright Act*, de 1998 (USA, 1998).

Além disso, são pontuados e discutidos os principais aspectos relacionados à intimidade no Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), com destaque para a exigência de decisão judicial para que o provedor de Internet promova a retirada de conteúdos, reflexão acerca da ideia de tempo razoável em processo civil e sociedade em rede, bem como a vinculação e colaboração do particular, fluxo de dados no âmbito informacional e a responsabilidade civil dos provedores de Internet.

### 1.1 DAS TECNOLOGIAS ANALÓGICAS ÀS DIGITAIS: a vulnerabilidade da intimidade diante da utilização das tecnologias de informação e de comunicação

*“As mídias interativas, as comunidades virtuais e a explosão da liberdade de expressão trazidas pela Internet abrem um novo espaço de comunicação, inclusivo, transparente e universal, que é levado a renovar profundamente as condições da vida pública no sentido de uma maior liberdade e responsabilidade dos cidadãos” (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 33).*

Vive-se a era tecnológica, permeada pela revolução causada pelas tecnologias de informação e de comunicação (TIC), com destaque para a Internet. Em tal contexto, é possível a troca do status *off-line* para o *on-line*, para a conexão, por meio da Rede, e acesso a uma infinidade de conteúdos. Consoante será exposto neste tópico, as tecnologias analógicas foram, em certa medida, substituídas pelas digitais. Nesse contexto, em que as relações interpessoais são estabelecidas mediante um simples clique no *mouse*, a vida privada das pessoas torna-se vulnerável a invasões e o Direito é desafiado a solucionar demandas relacionadas à utilização das novas tecnologias e à violação de direitos fundamentais.

A Internet<sup>12</sup> consiste em uma sofisticada tecnologia de informação e comunicação que viabiliza a publicação e disseminação de conteúdos de forma instantânea e com alcance global, representando, assim, um dos principais avanços tecnológicos da humanidade. Segundo Leonardi (2012, p. 28), a Internet permite que a informação, em formato digital, “[...] seja descentralizada, diversificada e democratizada, possibilitando aos usuários interagir com a informação”.

Em face dessas características, a lógica das redes “[...] tornou-se aplicável a todos os tipos de atividade, a todos os contextos e a todos os locais que pudessem ser conectados eletronicamente” (CASTELLS, 2011, p. 89). Na mesma linha, Castro (2012, p. 106) explica que “[...] a Internet e a cultura digital trouxeram a possibilidade nunca antes experimentada de acesso a uma diversidade enorme de conteúdos, conexões e intercâmbios, e de difusão de opiniões, informações e cultura”, estando, por consequência, cada vez mais presentes na contemporaneidade.

Houve, assim, uma desconstrução dos espaços tradicionais. A partir disso, surgiu o ciberespaço, conforme explica Lévy (1999, p. 17):

O ciberespaço (que também chamarei de rede) é o novo meio de comunicação que surge

---

<sup>12</sup> Na presente dissertação o termo Internet será utilizado com “i” maiúsculo, pois se refere à rede global de computadores conectados entre si. O “i” minúsculo, por sua vez, consiste na “[...] contração de *interconnected network* (rede interconectada), expressão que pode ser usada para se referir a redes de computadores privadas interligadas sem qualquer relação com a Internet global” (PARZIALE, 2006, p. 4).

da interconexão mundial de computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.

Desse modo, no processo de transição entre o real e o virtual, a passagem das tecnologias analógicas para as digitais modificou, sobretudo, a forma como a informação é repassada. A forma analógica (através do teatro, livro, cinema, rádio e televisão) obedece um fluxo unilateral de repasse de informação, de modo que a interação ocorre entre o emissor e o receptor da mensagem. A comunicação digital, por sua vez, envolve um processo comunicativo em rede e interativo, possibilitando a interação entre o internauta e as redes de colaboração formadas por “[...] arquiteturas informativas (site, blog, comunidades virtuais, etc.), conteúdos e pessoas” (DI FELICE, 2008, p. 45). Evidentemente, houve uma mudança significativa na forma de comunicação, de modo que o meio digital aumenta a forma, as possibilidades e a dimensão do processo comunicativo, muitas vezes sem que o indivíduo perceba.

Em suas contribuições acerca do futuro da Internet, Lévy e Lemos (2010, p. 70) destacam que “[...] as novas mídias interativas com funções pós-massivas são, mais do que informativas, verdadeiras ferramentas de conversação”, e, devido à abrangência e forma de repasse de informação, essa característica diferenciam as novas mídias interativas das “[...] mídias de função massiva de caráter informativo”. O que se percebe a partir das leituras dessa obra e das demais de autoria de Pierre Lévy, que possui a comunicação como área de estudo<sup>13</sup>, é que a mídia tradicional possui um sistema unidirecional para transmitir informações, ou seja, na lógica de um para todos.

Já a Internet é polifônica, ou seja, existem vários centros produtivos e consumidores de informação, significando a existência de inúmeros canais multidirecionais (e não unidirecionais). Essa lógica de comunicação na Internet é de todos para todos, o que evidencia, de fato, trata-se de “[...] um espaço inclusivo, transparente e universal de comunicação” (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 33), impactando, por consequência, o Estado, as empresas, a sociedade civil e os demais

---

<sup>13</sup> Importante esclarecer que Pierre Lévy é um autor bastante otimista quanto às possibilidades das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), enfatizando que as novas mídias formam um “ciberespaço”, capaz de promover uma “conexão planetária” e a “ciberdemocracia”. Todavia, existem autores (sobretudo, juristas) que apresentam a relação paradoxal que se estabelece entre as vantagens das TIC e suas desvantagens, como, por exemplo, as vulnerabilidades (no presente capítulo, aborda-se a vulnerabilidade da intimidade diante das TIC), a existência de filtragem e de controle de dados, a lesão ao princípio da autodeterminação informativa, entre outros. Tais problemas decorrem, principalmente, da utilização dessas novas tecnologias, já que possuem caráter aberto e não são pré-determinadas, conforme será abordado no decorrer da dissertação.

profissionais. Conforme afirmam Lévy e Lemos (2010, p. 70),

No espaço midiático das mídias de massa, a conversação só acontece em um segundo momento, agendada e enquadrada na esfera pública, cada vez mais difícil de visualizar nas metrópoles contemporâneas (parlamento, sede de partidos políticos, *shoppings centers*...). Ora, as funções pós-massivas, que caracterizam de forma hegemônica o ciberespaço e vão se expandir no futuro por sua característica eminentemente conversacional (bidirecional, interativa e aberta, planetária), implicam debates e conversas ou não mediadas, ou mediadas pelos agentes de conversação e assim não são mais controladas por editores de informação.

Verifica-se, assim, “[...] a ampliação dessa conversação local e, ao mesmo tempo, mundial além da mutação midiática contemporânea” (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 70). Essa estrutura da comunicação permite que o diálogo com qualquer pessoa do globo, de forma imediata e independente de fronteiras espaciais e temporais. Assim, de forma livre e aberta as pessoas se comunicam e trocam informações *online*. Ademais, vale referir que, com base em tais premissas, Castells (2006) alerta para emergência de uma nova estrutura de comunicação, chamada de “*mass self communication*” ou “era da intercomunicação”. Isso, pois, na lógica das redes são evidentes os três princípios da “cibercultura”, de que falam Lévy e Lemos (2010, p. 70-71), quais sejam: emissão, conexão e reconfiguração, porquanto “[...] as novas funções pós-massivas constituem uma cultura de mobilidade inédita, com implicações sociais, estéticas, comunicacionais e políticas planetárias” (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 70-71).

O internauta busca, justamente, receber e transmitir informações mediante comunicações livres, atemporais, sem entraves ou controle prévio, e de forma democrática e global. De acordo com Castells (1999, p. 68), a lógica das redes é expansiva devido à sua capacidade de “[...] criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum na qual a informação<sup>14</sup> é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida”. Nesse contexto digital, “[...] é um computador cujo centro está em toda parte e a circunferência em lugar algum, um computador hipertextual, disperso, vivo, fervilhante, inacabado: o ciberespaço em si” (LÉVY, 1999, p.44).

---

<sup>14</sup> Lash (2005, p. 22) enaltece quatro qualidades primárias da informação, que a diferencia de outras categorias socioculturais (narrativa, discurso, monumento ou instituição), quais sejam: o fluxo, o desenraizamento, a compreensão espacial e temporal e as relações em tempo real. A partir disso, vivemos em uma era da informação, entretanto, o sociólogo destaca que existe um paradoxo devido à ausência de controle, existindo, na visão do autor, “uma sociedade desinformada da informação”, devido, inclusive, à maior penetração do atual meio predominante, mensagem ou comunicação (*byte* de informação), se comparado ao anterior (narração, poesia lírica, discurso ou pintura), o que importa a necessidade de compreensão (LASH, 2005, p. 23).

Vive-se, assim, um momento em que ocorre uma transformação cultural pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico, que se organiza com base nas tecnologias de informação e de comunicação (TIC), definidas por Piana (2007, p. 65) como “[...] o conjunto de ferramentas e de infraestruturas que se utilizam para recolher, armazenar, tratar, difundir ou transmitir a informação”<sup>15</sup>. Registre-se que, estatisticamente, no Brasil, conforme Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros (TIC DOMICÍLIOS 2015), realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (BRASIL, 2016, p. 128), constatou-se que metade (50%) dos domicílios brasileiros possui acesso à Internet, o que representa cerca de 32,2 milhões de domicílios com a acesso a essa tecnologia.

Essencial mencionar que tal porcentagem englobou o uso de celulares ou *mobiles*, informando que entre os usuários da Rede, 89% acessam a Internet pelo telefone celular, 65% o fazem por meio de computador (de mesa, portátil ou *tablet*) (BRASIL, 2016, p. 127). Isso demonstra o crescimento da utilização desses aparelhos, porquanto na pesquisa anterior, eram 80% pelo computador e 76% pelo telefone celular (BRASIL, 2016, p. 127). Esses dados ratificam a nova forma de comunicação afirmada por Castells (2006), para quem essa nova maneira de comunicar “[...] está presente na Internet e também no desenvolvimento dos telefones celulares”. E, para, Lévy e Lemos (2010, p. 71), “[...] o que constitui essa nova “comunicação pessoal” é o controle individual e a partilha coletiva da informação em mobilidade com alcance planetário”. De fato, os celulares tornam ainda mais fácil e rápida a interação dos indivíduos no cenário virtual.

Destaca-se que esses novos formatos midiáticos, os telefones celulares, são capazes de criar práticas políticas reais, que ajam sobre a mídia hegemônica, podendo controlar informações, desmenti-las ou, até mesmo, produzi-las. Logo, resta clara a influência que os novos dispositivos de comunicação pós-massivos oferecem à sociedade, já que permitem maior controle, intervenção e organização política, principalmente daquelas pessoas que não fazem parte do sistema tradicional (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 71). Além de proporcionar que mais cidadãos possam acessar a Internet, os celulares também sofisticam as formas de participação e tornam mais complexa a proteção da intimidade dos indivíduos, já que essa fica vulnerável também nesses dispositivos<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Salienta-se que no decorrer do texto optou-se pela tradução livre das obras obtidas em língua estrangeira, sem a inclusão das versões originais, com a finalidade de facilitar a compreensão e a fluidez da leitura.

<sup>16</sup> A título de exemplo, pode-se dizer que, atualmente, existem, inclusive, antivírus com proteções específicas para

Com efeito, as redes constituem a nova morfologia social, de modo que “[...] as bases significativas da sociedade, espaço e tempo estão sendo transformadas, organizadas em torno do espaço de fluxos e do tempo intemporal” (CASTELLS, 1999, p. 572). Emerge, nesse contexto, uma nova sociedade, intitulada sociedade em rede, consoante esclarece Castells (2003, p. 8):

No final do século XX, três processos independentes se uniram, inaugurando uma nova estrutura social predominantemente baseada em redes: as exigências da economia por flexibilidade administrativa e por globalização do capital, da produção e do comércio; as demandas da sociedade, em que os valores da liberdade individual e da comunicação aberta tornaram-se supremos; e os avanços extraordinários na computação e nas telecomunicações possibilitados pela revolução microeletrônica. Sob essas condições, a Internet, uma tecnologia obscura sem muita aplicação além dos mundos isolados dos cientistas computacionais, dos hackers e das comunidades contraculturais, tornou-se a alavanca na transição para uma nova forma de sociedade – a sociedade em rede –, e com ela para uma nova economia.

Tal transição, evidentemente, é acompanhada de transformações sociais, culturais, políticas e econômicas, e, sobretudo, no modo como as ferramentas tecnológicas são apropriadas pelos seres humanos. Por conseguinte, a sociedade em rede, pautada pelo paradigma da utilização das tecnologias de informação e de comunicação, traz consigo novos padrões e dinâmicas que interferem no comportamento humano e na vida em sociedade.

Nesse universo virtual, as pessoas se conectam, interagem e trocam informações, a qualquer tempo, e, independentemente de sua localização geográfica. Como explica Leonardi (2005, p. 13), isso é possível na medida em que “[...] a Internet representa um grande conjunto de redes de computador, as quais se comunicam por intermédio dos pontos de acesso, permitindo assim que cada computador na rede se conecte a qualquer outro”. Logo, inexistente um controle universal sobre a ela:

Como representa um conjunto global de redes de computador interconectadas, não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet. A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado (LEONARDI, 2005, p. 11).

Exatamente essa ausência de capacidade de controle por parte dos Estados é que a torna

---

dispositivos móveis, além de diversos aplicativos que visam a segurança do aparelho e dos dados que nele constam mediante bloqueios (de diferentes ordens), que são realizados pelo usuário do aparelho. Registre-se que as tecnologias e redes sem fio de comunicação digital móvel é evidenciada em celulares, *palms*, redes *Wi-Fi*, *Bluetooth* e GPS (LÉVY; LEMOS, 2010, p. 72).

peculiar se comparada a outras tecnologias, como o telégrafo, telefone, rádio e televisão (LEONARDI, 2012, p. 32). O dinamismo transfronteiriço e atemporal da Rede garante seu caráter libertário e descentralizado, de modo que qualquer pessoa que tenha acesso possa publicar e disseminar conteúdos *online*, de maneira automática e ilimitada, atingindo milhões de pessoas rapidamente, sem que haja filtragem prévia. Com efeito, “[...] a despeito de todo o discurso revolucionário sobre a Rede, o que torna a Internet realmente diferente é a permanência das informações, o acesso irrestrito a elas e a ausência de um único ponto de controle” (LEONARDI, 2012, p. 337).

Aliada à ausência de controle, muitos dos atos ilícitos que ocorrem no âmbito digital estão relacionados à imediatividade. As noções de tempo e espaço no Século XXI são, por certo, influenciadas pela dinâmica das redes. É possível afirmar, inclusive, que na sociedade em rede, para a qual a informação é basilar, não há tempo para reflexão. Se antes a narrativa ou a pintura eram elaboradas com muito tempo reflexivo - de três a quatro anos no caso de texto discursivo de ciências sociais-, na era informacional a mensagem ou bit de informação devem estar prontos para transmissão em torno de noventa minutos, sendo praticamente produzidos em tempo real, de modo que “[...] o bit de informação nos afeta sem o tipo de argumento legitimador que nos apresenta o discurso” (LASH, 2005, p. 24).

Pode-se dizer, dessa forma, que a reflexão sucumbiu ao imediatismo, pois como alerta Lash (2005, p. 25), o conhecimento informacional despreza cada vez mais o conhecimento narrativo e discursivo. A informação está comprimida no tempo e no espaço na era em que a imediatividade e a velocidade assumem destaque, através da difusão de informações em caráter global e além-fronteiras mediante a utilização das tecnologias de informação e de comunicação, revelando o caráter efêmero da própria informação. Exemplo disso é que no cotidiano depara-se com inúmeras publicações em redes sociais que, imediatamente, transmitem informações (sobre diversas naturezas, como é o caso da localização do usuário e a atividade realizada naquele determinado momento), as quais trazem conteúdos que aparentam não ser fruto de reflexão aprofundada. Isso propulsiona a violação de direitos, como a intimidade, já que diariamente indivíduos invadem a esfera íntima de alguém, por meio da Internet, de forma imediata, sem controle e, na maioria das vezes, irrefletida.

Nesse contexto, Lash (2005, p. 21) alerta que o poder simbólico já não é ideológico e sim, em grande parte, um poder informacional, temática evidenciada na sociedade em rede

quando se busca a tutela de direitos e garantias fundamentais já tutelados na Constituição e dos direitos transindividuais, que, não raro, encontram barreiras burocráticas, estatais, mercadológicas, econômicas e culturais para sua efetivação. Isso, pois, “[...] antes de tudo a Constituição é, numa perspectiva filosófico-política, um projeto de felicidade” (SANTOS, 2009, p. 24), independente da perspectiva estatal (liberal, social ou democrática).

Corroborando essa ideia, Lévy (1996, p. 21) explica que no espaço virtual os operadores “[...] estão desterritorializados, mais desatrelados de um enraizamento espaço-temporal preciso”. Esse caráter libertário da Rede permite que “[...] um cidadão qualquer pode iniciar o seu blog, fazer denúncias pelo Twitter ou discutir questões políticas pelas redes sociais” (UEBEL, 2011, p. 75). Por consequência, no ciberespaço houve claro deslocamento das pessoas do papel de espectadores para o de produtores de conteúdo no âmbito informacional (VIEIRA, 2011, p. 87).

Por essas razões, a Internet é conhecida como uma rede aberta e isonômica, porquanto construída de forma colaborativa, de modo que sua influência na vida humana é irreversível. Todavia, paralelamente aos pontos positivos que decorrem da utilização da Internet e das demais TIC, a questão da vigilância assume destaque nesse contexto, principalmente em virtude dos impactos que causa aos direitos da personalidade, sobretudo à intimidade. Revelando o risco da vigilância, Leonardi (2012, p. 42) sustenta que “[...] em uma era de processadores, sensores e redes extremamente baratos, a liberdade corre o risco de se tornar inversamente proporcional à eficiência dos meios disponíveis de vigilância”.

Sobre o tema da vigilância, Bauman (2013) ressalta que “[...] a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno; e na maioria dos países, as pessoas têm muita consciência de como ela as afeta”, ou seja, detalhes de nossa vida cotidiana são rastreados de diversas formas e por vários atores (dentre eles, o Estado, as empresas e a própria sociedade). O autor cita exemplos que deflagram a vigilância, realizada de forma ampla, mediante critérios de segurança nacional, compras na Internet, participação nas mídias sociais e utilização de mecanismos de busca para pesquisas (a exemplo do *Google*):

Não apenas em Londres e Nova York, mas também em Nova Délhi, Xangai e Rio de Janeiro, as câmeras de vídeo são elemento comum nos lugares públicos. Por toda parte, viajantes em passagem por aeroportos sabem que precisam atravessar não apenas o controle de passaportes em sua versão do século XXI, mas também por novos dispositivos, como escâneres corporais e aparelhos de checagem biométrica, que têm proliferado desde o 11 de Setembro. E se tudo isso tem a ver com segurança, outros tipos de vigilância, relativos a compras rotineiras e comuns acesso on-line ou participação em

mídias sociais, também se tornam cada vez mais onipresentes. Temos de mostrar documentos de identidade, inserir senhas e usar controles codificados em numerosos contextos, desde fazer compras pela internet até entrar em prédios. A cada dia o Google anota nossas buscas, estimulando estratégias de marketing customizadas (BAUMAN, 2013, p. 9).

Tais nuances, como salienta Bauman (2013, p. 9), envolvem diversos pontos de vista: o social, o cultural, o político e, considerando apenas as novas tecnologias ou regimes regulatórios, “[...] poderemos formar uma ideia da amplitude desse fenômeno”. Mas, o autor questiona, “será que conseguiremos compreendê-lo?” (BAUMAN, 2013, p. 9). Com efeito:

Decerto, ter uma noção da magnitude e da rápida difusão do processamento de dados é fundamental para que a onda de vigilância seja avaliada pelo que ela é; e descobrir exatamente quais chances e oportunidades de vida são afetadas por esse fenômeno irá galvanizar os esforços no sentido de controlá-lo. Mas este diálogo tem uma pretensão maior: a de cavar mais fundo – investigar as origens históricas e ocidentais da vigilância atual e sugerir questões éticas, assim como políticas, sobre sua expansão (BAUMAN, 2013, p. 9-10).

Na sequência, o autor define vigilância líquida como “[...] menos uma forma completa de especificar a vigilância e mais uma orientação, um modo de situar as mudanças nessa área na modernidade fluida e perturbadora da atualidade” (BAUMAN, 2013, p. 10). Isso, pois,

A vigilância suaviza-se especialmente no reino do consumo. 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, 2013, p. 10).

Dessa forma, a vigilância configura-se como uma dimensão central da modernidade, a qual não fica estagnada, sendo “modernidade”<sup>17</sup> aquela que “[...] tem se liquidificado de novas e diferentes maneiras (para além do insight de Marx e Engels, na fase inicial da modernidade, de que “[...] tudo que é sólido se desmancha no ar]”, segundo a visão de Bauman (2013, p. 11). Importante referir que “[...] teóricos tem observado as maneiras pelas quais a vigilância, antes aparentemente sólida e estável, se tornou muito mais móvel e flexível, infiltrando-se e se espalhando em muitas áreas da vida sobre as quais sua influência era apenas marginal”

---

<sup>17</sup> Sobre o termo modernidade existem diversos enfoques conceituais, dentre os quais vale mencionar que existe a chamada modernidade “tardia”, possivelmente “pós-modernidade” ou, de modo mais pitoresco, modernidade “líquida” (BAUMAN, 2013, p. 11).

(BAUMAN, 2013, p. 11).

É curiosa a expressão “sociedade de controle”, introduzida por Deleuze (1992, p. 3-7 apud BAUMAN, 2013, p. 11), segundo a qual a “[...] vigilância cresce menos como uma árvore – relativamente rígida, num plano vertical, como o pan-óptico e mais como ervas daninhas”. Entretanto, para Bauman (2013, p. 12), “[...] o pan-óptico é apenas um modelo de vigilância”. O autor “concorda que o pan-óptico foi um meio moderno fundamental no que se refere à manutenção do controle, imobilizando os prisioneiros e promovendo o movimento dos observadores. Mas estes às vezes ainda tinham de estar presentes” (BAUMAN, 2013, p. 12). Ou seja, o “[...] projeto pan-óptico da prisão também era caro. Foi planejado para facilitar o controle mediante organização semicircular dos blocos de celas, e o “inspetor”, situado no centro, podia ver todas elas mantendo-se invisível para os prisioneiros”.

Ao poder visualizar os prisioneiros através da cortina, o pan-óptico “[...] obrigava o inspetor a assumir certa responsabilidade pela vida dos prisioneiros” (BAUMAN, 2013, p. 12). Por isso, “[...] o mundo de hoje, diz Bauman, é pós-pan-óptico”, já que “[...] o inspetor pode escapular, fugindo para domínios inalcançáveis. O engajamento mútuo acabou”. Nesse viés, “o menor, mais leve e mais rápido é considerado bom. Pelo menos no mundo dos iPhones e dos iPads” (BAUMAN, 2013, p. 12). Assim, na sociedade em rede, a tecnologia evolui com rapidez e cada vez mais favorece a vigilância, tornando os cidadãos reféns das consequências dos avanços (como a invasão de sua intimidade), das estratégias de mercado (que visa, essencialmente, o lucro) e da constante vigilância (onipresente, como afirmava Bauman), que não raro ocorre de forma silenciosa. Saldanha (2013, p. 204) afirma que o ciberespaço é um ambiente de controle perfeito,

[...] Um exercício de vigilância que possui duas formas: uma realizada pelos Estados, mediante a interceptação de todas as comunicações feitas pela Internet por organizações militares de inteligência, e outra perpetuada pelo setor privado que também realiza a coleta de dados em massa dos usuários da rede. São duas formas de vigilância, estatal e privada, que não se contrapõem, senão que a vigilância privada também alimenta a vigilância estatal.

Ocorre, assim, um “cruzamento de saberes” que favorecem a vigilância e culminam no sacrifício das liberdades individuais:

As práticas cada vez mais intrusivas na vida das pessoas, tanto pelos poderes públicos quanto privados, são operadas com base nos dados estocados em domínios virtuais –

embora seus titulares o neguem – como é, por exemplo, o caso do Google, situação essa que, cada vez mais, amplia o debate sobre o sacrifício às liberdades individuais. Esses armazenamentos são partilhados por inúmeros atores que promovem um “cruzamento de saberes” e pelo desenvolvimento de uma inteligência coletiva que é a base da sociedade de vigilância da contemporaneidade (SALDANHA, 2013, p. 205).

Significa dizer que a arquitetura da Rede (e das tecnologias eletrônicas) é diferenciada e peculiar e que quanto mais sofisticada for a forma de vigilância, mais facilmente os dados e registros serão captados. Afirma-se, portanto, que “[...] a arquitetura das tecnologias eletrônicas pelas quais o poder se afirma nas mutáveis e móveis organizações atuais torna a arquitetura de paredes e janelas amplamente redundante (não obstante *firewalls* e *windows*)” (BAUMAN, 2012, p. 12).

Tal arquitetura, ainda, “[...] permite formas de controle que apresentam diferentes faces, que não têm uma conexão óbvia com o aprisionamento e, além disso, amiúde compartilham as características da flexibilidade e da diversão encontradas no entretenimento e no consumo” (BAUMAN, 2012, p. 12). Exemplificando, “[...] o *check-in* do aeroporto pode ser feito com um smartphone, mesmo que as trocas internacionais envolvendo o crucial RNP (Registro do Nome do Passageiro) ainda ocorram, estimuladas pelo mecanismo original de reserva”, o qual seria “[...] ela própria possivelmente gerada no mesmo smartphone” (BAUMAN, 2012, p. 12). Note-se que “[...] a segurança transformou-se num empreendimento orientado para o futuro e funciona por meio da vigilância, tentando monitorar o que vai acontecer pelo emprego de técnicas digitais e raciocínio estatístico” (BAUMAN, 2012, p. 12-13).

Esse fato, obviamente, traz consequências. A primeira diz respeito à segurança, que “[...] funciona a distância tanto no espaço quanto no tempo, circulando de maneira fluida, juntamente com os Estados-nação, mas para além deles, num domínio globalizado”, de modo que “tranquilidade e recompensas acompanham esses grupos móveis para os quais essas técnicas são feitas como se fossem “naturais”” (BAUMAN, 2012, p. 13). Em tal perspectiva, “processos de estereotipia e medidas de exclusão estão à espera dos grupos desafortunados o bastante para serem rotulados de “indesejados” (BAUMAN, 2012, p. 13). Abordando o sofisticado controle generalizado e acelerado por quem detém o poder político, econômico e expertise cibernética, Saldanha (2013, p. 203) destaca a instantaneidade:

A figura do espião que desafiava as fronteiras bipolares da época da guerra fria em busca de toda e qualquer informação que poderia gerar atitude de controle ou de prevenção ao

risco imposto pelo inimigo, não passa hoje de caricatura. Ora, a velha figura do espião necessitava do espaço e do tempo. Hoje, os responsáveis pelo panóptico dependem apenas da instantaneidade de um “clac” para percorrer a “rede mundial de auto-estradas de informação a suas periferias mais distantes e empobrecidas, como acentua Bauman (2008, p. 74).

Não há dúvidas de que o paradigma tecnológico da sociedade em rede também exclui. Como já salientado, no Brasil, apenas a metade dos domicílios brasileiros possui acesso à Internet, mesmo que através de celulares. Dessa forma, para Lash (2005, p. 57) “[...] a classe social se converte em uma questão de acesso às plataformas e à condição ‘no ar’ das formas tecnológicas de vida [...] uma questão de acesso, não só aos meios de produção, mas também aos meios de invenção”. Se na sociedade industrial do século passado as desigualdades provinham basicamente da exploração do trabalho pelo capital, na era da informação a desigualdade é produto da exclusão dos fluxos informacionais e comunicacionais. Isso gera uma rede de elites desenraizadas que transita pelos “espaços genéricos” de performatividade – aeroportos, aviões, grandes lojas de marca, parques de diversão, internet, como afirma Lash (2005, p. 51-52).

Para fugir da exclusão desse mundo tecnológico, que possui inúmeras vantagens para a vida cotidiana, as pessoas que conseguem se inserir acabam se submetendo às consequências do acesso, da exposição e da vigilância, que decorrem da utilização das TIC. Assim sendo, no Século XXI, é possível controlar a vida de um indivíduo ou de um grupo de pessoas mediante rastreamento de seu tráfego *online* ou de suas publicações na rede, o que, evidentemente, permite a violação de direitos fundamentais, como a intimidade.

A partir dessas considerações, percebe-se que as novas tecnologias apresentam incontáveis benefícios para a sociedade contemporânea, que se estabelece em Rede, na esteira do que afirmam Lévy e Castells. Todavia, a sociologia de Bauman para demonstrar a “[...] sorte e o revés” (como uma metáfora do jogo banco imobiliário), que envolve a utilização das novas tecnologias, traz aportes teóricos que evidenciam a vigilância e as consequências negativas que advém desse paradigma. Tendo como base essas premissas, o próximo tópico destina-se ao estudo da historicidade, das características e da violação do direito à intimidade na sociedade em rede, o que será realizado através da investigação das normativas brasileira e internacional acerca do tema.

## 1.2 HISTORICIDADE, CARACTERÍSTICAS E VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE NA SOCIEDADE EM REDE: um olhar sobre o cenário jurídico internacional e brasileiro

*“O avanço tecnológico, traço das sociedades desenvolvidas, introduziu no mercado, meios de comunicação eletrônica como as teleobjetivas, aparelhos eletrônicos de escuta, sistemas internos de televisão, aparelhos de interceptação telefônica, câmeras fotográficas, gravadores minúsculos, antenas parabólicas, microfones parabólicos, telex, fax e telefone celular. Muitos destes aparelhos visam penetrar a distância e de modo ilícito a Intimidade das pessoas (VIEIRA, 2002, p. 77)”.*

A revolução tecnológica, como se viu, é acompanhada por uma ruptura geográfica e pela desconstrução de espaços tradicionais, já que as relações passam a se estabelecer *online*. Dessa forma, a sociedade em rede, permeada pela ampliação e intensificação do acesso e da utilização das tecnologias eletrônicas e digitais, torna vulneráveis alguns direitos universalmente consagrados, como o direito à intimidade.

O reconhecimento internacional do direito à intimidade, com a proteção da vida privada, decorreu da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a qual mencionou em seu artigo 5º que “[...] toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No mesmo ano de 1948, a Declaração dos Direitos do Homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), em seu artigo 12, estabeleceu que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”. Com efeito, o ano de 1948 foi considerado o marco inicial do reconhecimento da necessidade de proteção da intimidade, em nível internacional.

Por conseguinte, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CONSELHO DA EUROPA, 1950), no ano seguinte, assim declarou em seu artigo 6º:

O acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou uma parte do processo, em interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção à vida privada das partes do processo assim o exigiam.

Além dessa possibilidade de proibição de acesso, ao tratar da vida privada, tal documento estabeleceu, ainda, no artigo 8º que:

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

e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir 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 infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

É possível perceber que a normativa acima mencionada veda que o Estado interfira na vida privada dos indivíduos em casos não previstos em lei ou necessários à segurança, bem-estar da economia, entre outros, revelando importante proteção da intimidade. Assim, a proteção da intimidade é regra e a ingerência exceção.

Alguns anos depois, seguindo a mesma linha protetiva, o artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966) determinou que a vida privada do indivíduo não pode sofrer ingerências arbitrárias ou ilegais ao assim estabelecer: “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”; e, ainda, “2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”. Salienta-se que o referido Pacto foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Novamente, as ingerências na vida privada do indivíduo devem ser previstas em lei, de modo que não sejam arbitrárias ou ilegais.

Essa premissa também embasou a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade (1967), a qual conferiu proteção ao direito subjetivo à intimidade ao estabelecer que “é o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia” (FERREIRA, 1994, p. 97). Do mesmo modo, dois anos depois, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), assinada em São José da Costa Rica, dispôs em seu artigo 11 a proteção à vida privada, ao mencionar que:

§1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;

§2º - 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.

Com efeito, essa legislação foi promulgada no Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992). De suma importância salientar que entre a assinatura da

Convenção Americana e sua promulgação no Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que trouxe referência expressa à vida privada e à intimidade. Assim, o direito à intimidade, no cenário brasileiro, é tutelado no artigo 5º, inciso X, segundo o qual “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”.

Ocorre que, tal direito fundamental “[...] encontra-se ameaçado pela facilidade e rapidez com que se podem “capturar” e transmitir informações pessoais através da Rede” (PEREIRA, 2003, p. 161), razão pela qual a presente dissertação possui como objeto de pesquisa esse tema, já que a Constituição Federal conferiu a tutela, mas a utilização das TIC vulnerabiliza o usuário e sua vida privada.

A necessidade de proteção desse direito fundamental se deve ao fato de que pessoas não autorizadas podem se utilizar de informações referentes à esfera íntima de alguém para violar a reserva ou o segredo. Isso se torna ainda mais grave se considerarmos que “[...] qualquer usuário que conecte seu computador à Internet transformar-se-á em uma vítima em potencial de um atentado contra sua intimidade” (PEREIRA, 2003, p. 165). Não por outra razão que Paesani (2008, p. 36) afirma que a Rede facilita a penetração na intimidade dos indivíduos:

A utilização dos computadores determinou uma transformação qualitativa nos efeitos decorrentes da coleta de informações. A tecnologia, com a inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de difusão de informações, tem contribuído para um estreitamento crescente do circuito privado, na medida em que possibilita, até longa distância, a penetração na intimidade da pessoa.

Essa invasão da intimidade pode ocorrer de diferentes formas na Internet, dentre as quais podem ser destacadas a divulgação de vídeos e imagens, a exposição de mensagens enviadas via correio eletrônico, a captação e difusão de dados por provedores de Internet, entre outros. Pérez Luño (2010, p. 353), adotado como teoria de base neste estudo, alerta que a intimidade é o direito fundamental que possui o maior número de modalidades de eventual transgressão e um dos que conta com a maior quantidade de vítimas reais ou potenciais.

Dentre as possibilidades de interferência na intimidade, no meio tecnológico, Limberger (2007, p. 195-196) destaca “[...] as videocâmeras de segurança (colocadas em edifícios públicos e privados, especialmente em bancos e lojas), controle da atividade no local de trabalho, os programas de televisão interativos e os rastreadores em Internet”. Além disso, a existência de

bancos de dados pessoais desafiam a proteção do direito à intimidade, já que o homem é vigiado constantemente e seus dados pessoais são armazenados na Rede, conforme se verá mais adiante. Resta clara, portanto, essa abertura do circuito privado da pessoa que se expõe à tecnologia virtual.

Todavia, vale mencionar que a violação de direitos fundamentais, nesse contexto tecnológico, depende, sobretudo, da utilização que é feita da Rede pelos usuários, como alerta Limberger (2013, p. 248):

A internet é uma grande conquista para humanidade, em que a informação é transmitida a uma velocidade sem precedentes históricos. Porém, como todo fenômeno complexo, não é algo que contenha apenas aspectos positivos ou negativos, a Internet é uma ferramenta que pode ser utilizada de forma ambígua, pois aporta elementos que por ora agregam e por vezes, desagregam. A internet é uma experiência tecnológica, mas o uso que dela é feito, opera-se pela mão humana, por isto, não é boa nem ruim, depende da sua utilização.

Evidentemente, essa transformação da sociedade traz consequências para o Direito, razão pela qual se exige “[...] uma nova maneira de interpretar o sistema jurídico quando se pretendem solucionar adequadamente os problemas trazidos pela Internet” (LEONARDI, 2012, p. 34). Paralelamente a isso, o jurista também é atingido, necessitando de consciência tecnológica, devendo adotar atitudes reflexivas e responsáveis perante os problemas decorrentes das novas tecnologias, apropriando-se e compreendendo os impactos das TIC e suas consequências perante os direitos fundamentais.

Como alerta Leonardi (2012, p. 337), “[...] a obtenção de tutela específica, destinada a impedir a continuidade da veiculação de informações ilícitas (ou o acesso a elas) por meio da Internet, é tarefa extremamente complexa”, porquanto “[...] dependendo do caso concreto, é necessário envolver uma pluralidade de intermediários e utilizar conjuntamente diversos mecanismos tecnológicos que, apesar de úteis, são imperfeitos e limitados” (LEONARDI, 2012, p. 337). Ademais, deve-se considerar que dois fundamentos básicos da Internet, liberdade e intimidade, como se verá no próximo tópico, são atingidos por novas tecnologias e regulações e sua efetividade *online* perpassa a superação de desafios.

Isso demonstra, efetivamente, que a Internet traz inúmeros impactos que atingem e desafiam a seara jurídica, na medida em que suas características e ferramentas impõem a adoção de iniciativas que atendam e tutelem os novos conflitos, direitos, relações e fenômenos sociais que emergem da sociedade em rede. Nesse sentido, alerta Perez Luño (2010, p. 343), ao

mencionar uma suposta autêntica revolução dos métodos tradicionais:

O fenômeno da informática supôs uma autêntica revolução no âmbito dos métodos tradicionais para a organização, registro e utilização de informações. A dimensão quantitativa das informações que podem ser armazenadas e transmitidas é de tal magnitude que deu lugar a uma autêntica mudança qualitativa, que obriga a considerar o problema das relações entre intimidade e informação sob um novo prisma.

De fato, a relação entre informação e intimidade, e também da liberdade, na temporalidade e complexidade inerentes ao Século XXI, em que se têm a globalização, o capitalismo exacerbado, diversas ferramentas para invasão da intimidade dos indivíduos e cultura do acesso à informação, necessita de enfrentamento no âmbito científico. Nesse panorama, os seres humanos diariamente são impactados por inúmeros dados e informações, de diferentes origens e de diversas formas. Diante dessa facilidade de disseminação de informação, não raro ocorre a invasão da esfera íntima do indivíduo no âmbito virtual, em decorrência das múltiplas possibilidades de ofensa à intimidade através das TIC.

Sobre o tema, Limberger (2007, p. 29) destaca que “[...] garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em geral, da intimidade diante do fenômeno informático, em particular, é a grande questão enfrentada pelos juristas, considerando as invasões que se costumam fazer nos bancos de dados”. Para a autora, “[...] a quantidade de informações que podem ser armazenadas e transmitidas é de tal magnitude que exige o estabelecimento de soluções para os problemas que podem resultar da relação entre informática e intimidade” (LIMBERGER, 2007, p. 31).

A importância desse direito é visível a partir da própria conceituação, segundo a qual “[...] o direito fundamental à intimidade pessoal e familiar deriva-se da dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, sendo seu núcleo central” e, desse modo, “[...] como direito que é da expressão da própria pessoa, desfruta da mais alta proteção constitucional” (LIMBERGER, 2007, p. 116). Para Ferraz (1993, p. 143):

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Neste termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constringe.

Ao tratar dessa temática, Pérez Luño (2010, p. 55) esclarece que “[...] o termo

intimidade aprofunda sua raiz etimológica no vocábulo latino ‘intimus’, que evoca a ideia do mais interno ou secreto”. Tal conceito englobaria apenas a esfera do foro interno do indivíduo, o qual careceria de operatividade jurídica. No entanto, o autor alerta que, na atualidade, essa visão fechada e defensiva foi substituída por uma concepção ativa e dinâmica, de modo que a intimidade contempla a possibilidade de conhecer, acessar e controlar as informações que concernem a cada pessoa, abrangendo, portanto, o foro externo (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 357). Deste modo, a delimitação conceitual do direito à intimidade perpassa tanto a faculdade de isolamento quanto o poder de controle sobre as informações que são relevantes para cada sujeito (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 357).

Esse direito envolve, assim, a condição ou qualidade social da pessoa, que é objeto de tutela constitucional na medida em que essa pode ter o legítimo direito de não revelar aos demais determinados aspectos de suas relações com outras pessoas, que o titular do direito julga que devem permanecer em um plano reservado ou privado. Essa faculdade de a pessoa revelar ou não as informações que lhe concernem de forma direta constitui o núcleo da chamada “autodeterminação informativa”<sup>18</sup>, considerada um aspecto básico da intimidade (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 357).

Tendo em vista a essencialidade desse direito, Perez Luño (2010, p. 323) considera que a honra, intimidade e a imagem constituem direitos da personalidade, como expressões do valor da dignidade humana. Portanto, por pertencer à categoria dos direitos fundamentais, a violação da intimidade pelos meios eletrônicos merece especial enfrentamento.

Por conseguinte, vale ressaltar que, com o passar do tempo, o direito à intimidade modificou-se e incorporou novas nuances, conforme a evolução do Estado, como destaca Limberger (2007, p. 54):

Os conceitos jurídicos adquirem diferentes significados conforme os tempos. A sociedade sofre mutações, e, como consequência, ocorre a evolução do direito. No direito à intimidade, pode-se vislumbrar uma evolução de um aspecto negativo a um positivo. Surgiu como o direito a não ser molestado, até configurar-se como o direito de exigir prestações concretas do Estado. A evolução do direito à intimidade acompanhou as mudanças históricas do Estado. Durante a época Liberal, o indivíduo somente assegurava a proteção de sua intimidade contra os atos exteriores. Na fase do Estado Social, com características intervencionistas, a pessoa passou a poder exigir providências do poder público. No âmbito da informática, o cidadão passou a ter direito com relação

---

<sup>18</sup> No mesmo sentido, Limberger (2007, p. 103) afirma que a autodeterminação informativa diz respeito ao “[...] direito de a pessoa decidir quando e como está disposta a permitir que seja divulgada a sua informação pessoal, ou a difundi-la por vontade própria”.

ao conteúdo armazenado pelos cadastros eletrônicos, desde sua coleta até o processamento dos dados relativos a sua pessoa.

Dito isso, o presente trabalho possui enfoque justamente na relação que se estabelece entre o direito à intimidade e a informática, uma vez que a segunda possui técnicas de captação de dados (que possuem nítido conteúdo econômico) que justifica a proteção da primeira. Isso porque “[...] o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, seja em entidades públicas ou privadas” (LIMBERGER, 2007, p. 58).

O direito à intimidade pode ser entendido sob duas vertentes: a primeira é negativa, já que diz respeito ao direito do indivíduo a não ser molestado; a segunda, por sua vez, é positiva, porquanto relacionada com uma atitude mais ativa dos cidadãos no que reporta à coleta e à utilização de seus dados. Para Perez Luño (2010, p. 336):

[...] é insuficiente conceber a intimidade como um direito garantista (status negativo) de defesa frente a qualquer invasão indevida da esfera privada, sem contemplar, ao mesmo tempo, como um direito ativo de controle (status positivo) sobre o fluxo de informações que afetam cada sujeito.

Dessa forma, não há uma concepção individualista da intimidade, já que “[...] a própria intimidade deixou de ser um privilégio do homem isolado para definir-se em um valor constitucional da vida comunitária” (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 359). Ainda considerando essa “polaridade dilemática” da intimidade, Pérez Luño afirma que a pluralidade de manifestações em que a intimidade se explicita (privacidade, dados pessoais, perfil de personalidade, autodeterminação informativa) não implica necessariamente em uma dissolução do conceito unitário de intimidade, e sim uma ampliação e adaptação às exigências de um mundo em constante mutação (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 359). Destarte, “[...] não existe, por consequência, uma pluralidade de conceitos de intimidade, senão um conceito unitário de textura aberta, plural, dinâmica e globalizadora” (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 359).

Ainda, o autor esclarece que essa metamorfose conceitual da intimidade, que parte da esfera intrasubjetiva da auto-absorção/introversão para a intersubjetiva do controle de dados pessoais, não significa a perda de sua função de tutelar os valores da personalidade (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 359). Assim, o direito à intimidade trata sempre de defender faculdades de autodeterminação do sujeito, mas não de um sujeito isolado, irreal e abstrato, produto de uma antropologia individualista, e sim de um cidadão concreto que exerce sua intimidade no seio de

suas relações com os demais cidadãos, frente aos poderes privados e públicos (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 359).

Pérez Luño (2010, p. 359-360) refere, na sequência, que a intimidade, assim como os demais direitos e liberdades, é uma categoria histórica. Os direitos humanos nasceram com a modernidade no seio da atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas, marcadas pelo individualismo, de modo que as liberdades individuais configuraram a primeira fase ou geração dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360). Tal matriz ideológica sofreu amplo processo de erosão e impugnação nas lutas sociais do século XIX, as quais evidenciaram a necessidade de completar o catálogo de direito e liberdades com uma segunda geração de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360).

Mais tarde, surgiu a terceira geração, permeada pela “contaminação das liberdades”, quando alguns setores da teoria social dos anglo-saxões aludem a erosão e degradação que aflige os direitos fundamentais diante do uso das novas tecnologias (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360). Todavia, o autor afirma que as gerações de direitos humanos não implicam a substituição global do catálogo de direitos por outro na medida em que surgem novos direitos como respostas a novas necessidades históricas ou ocorre a redimensão ou redefinição de direitos anteriores para se adaptarem a novos contextos em que devem ser aplicados (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360). Esse último é o caso do direito à intimidade, que é constantemente renovado na era tecnológica, de modo que se pode falar em um antes e um depois da informática (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360).

Vale lembrar que o direito à intimidade surgiu na modernidade como uma resposta jurídica às exigências éticas e os problemas políticos daquela conjuntura histórica. Mas, hoje, esse conceito variou profundamente em decorrência da revolução tecnológica. É por isso que a teoria da intimidade fechada em si mesma não é capaz de explicar, de forma satisfatória, a função desse direito na experiência política, científica e cultural do presente (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 360). Na situação tecnológica própria da sociedade contemporânea todos os cidadãos, desde o seu nascimento, estão expostos a violações de sua intimidade perpetradas por determinados abusos da informática e da telemática (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 361).

Nesse contexto, importante mencionar que ao utilizar a Internet e revelar dados pessoais (seja para acesso a plataformas, preenchimento de formulários ou através da utilização de redes sociais e ferramentas de busca), o indivíduo expõe aspectos da personalidade, comportamentos e preferências, conferindo à Rede (que inclui provedores de Internet e fornecedores de produtos e

serviços) a possibilidade de traçar perfis e detectar hábitos de consumo<sup>19</sup>. Diante dessa evidente vulnerabilidade do internauta, “[...] sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle” (MARQUES, 2004, p. 71-72).

Limberger (2007, p. 218-219) traz exemplos acerca da prejudicialidade da utilização das informações captadas por bancos de dados, principalmente quando envolvem religião, sexo ou saúde. Um portador do vírus HIV (vírus da Imunodeficiência Humana) pode não ser contratado por uma empresa em virtude da doença, o que caracterizaria uma situação de desigualdade. Essa intensa coleta de dados<sup>20</sup> *online* traz consequências para a publicidade e para o comércio, bem como para o direito à intimidade. Para Limberger (2007, p. 58):

As novas tecnologias tornam a informação uma riqueza fundamental da sociedade. Os programas interativos criam uma nova mercadoria. O sujeito fornece dados de uma maneira súbita e espontânea e, por conseguinte, depois que estes são armazenados, esquece-se de que os relatou. Por isso, é um desafio oferecer proteção à intimidade com relação a esses serviços.

Entretanto, assim como os outros direitos fundamentais, o direito à intimidade não é absoluto, de modo que, em caso de colisão, “[...] é o Poder Judiciário que, no conflito, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, determinará o direito preponderante” (LIMBERGER, 2007, p. 127). Essa nuance está relacionada ao direito à informação, segundo

---

<sup>19</sup> Os fornecedores utilizam as facilidades tecnológicas proporcionadas pela Internet para absorver dados dos internautas, e, para tanto, “[...] recorrem a várias formas de coleta de informações: preenchimento de formulários de registro ou de participação em promoções e concursos; aferição do trajeto do usuário no site (por onde ingressou, quanto tempo permaneceu em cada página, onde clicou, etc); registro de preferências (armazenando-se as informações sobre os produtos adquiridos ou pesquisados por cada usuário); o data mining; os polêmicos cookies; e mesmo, mais recentemente, "programas espíões" (ERENBERG, 2003, p. 54).

<sup>20</sup> A coleta de dados é facilitada pela Internet e realizada através de mecanismos conhecidos como “cookies”, conforme esclarecem Hoch, Silva e Rue (2012, p. 120), “[...] como a Internet facilitou o registro e a análise de dados pessoais dos consumidores, meras situações da vida cotidiana ao acessar a rede podem caracterizar afronta ao direito constitucional à intimidade, eis que os *sites* seguidamente realizam o armazenamento de informações e preferências do usuário, através dos *cookies*. Esses dispositivos são capazes de traçar o perfil do internauta, por meio do qual ocorre o direcionamento do *marketing* publicitário, sem o expresso consentimento do titular da conta”.

<sup>21</sup> Como explica o Comitê Gestor da Internet do Brasil, através da Cartilha de Segurança para a Internet, “[...] cookies são muito utilizados para rastrear e manter as preferências de um usuário ao navegar pela Internet. Estas preferências podem ser compartilhadas entre diversos *sites* na Internet, afetando assim a privacidade de um usuário. Não é incomum acessar pela primeira vez um site de música, por exemplo, e observar que todas as ofertas de CDs para o seu gênero musical preferido já estão disponíveis, sem que você tenha feito qualquer tipo de escolha. Além disso, ao acessar uma página na Internet, o seu *browser* disponibiliza uma série de informações, de modo que os cookies podem ser utilizados para manter referências contendo informações de seu computador, como o hardware, o sistema operacional, softwares instalados e, em alguns casos, até o seu endereço de e-mail” (BRASIL, 2006, p. 29).

Limberger (2007, p. 52):

O progresso tecnológico e o direito à informação vão configurar uma nova face ao conceito de intimidade. Às vezes, o direito à informação encontra limites em alguns direitos fundamentais, entre eles o direito à intimidade; outras vezes, isso não ocorre. Nos casos concretos, faz-se um confronto entre os interesses públicos e privados, a fim de determinar qual é o predominante.

Ao tratar desse dilema jurídico (intimidade *versus* informação), Pérez Luño (2010, p. 362-363) enfatiza que o Estado social e democrático precisa acumular informações para seu funcionamento normal, entretanto, devem ser estabelecidos limites que garantam os direitos dos cidadãos, particularmente sua intimidade. Destarte, as sociedades atuais precisam de um equilíbrio entre o fluxo de informações, condição indispensável para uma sociedade democrática e exigência para atuação eficaz dos poderes públicos, com a garantia da privacidade dos cidadãos (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 363).

Tal tarefa, contudo, não é fácil. Assim, tendo em vista as formas de violação do direito à intimidade já elucidadas, no próximo tópico as reflexões serão dirigidas ao papel dos particulares no que tange à proteção da intimidade dos indivíduos e o conteúdo do Marco Civil da Internet no Brasil atinente à divulgação de conteúdos *online*, refletindo-se acerca da complexa relação espaço-temporal em Rede.

### 1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES: a intimidade e o Marco Civil da Internet no Brasil em face da complexa relação espaço-temporal em Rede

*“Temos, sem dúvida, um tempo universal, tempo despótico, instrumento de medida hegemônico, que comanda o tempo dos outros. Esse tempo despótico é responsável por temporalidades hierárquicas, conflitantes, mas convergentes. Nesse sentido todos os tempos são globais, mas não há um tempo mundial. O espaço se globaliza, mas não é mundial como um todo, senão como metáfora. Todos os lugares são mundiais, mas não há espaço mundial. Quem se globaliza, mesmo, são as pessoas e os lugares”*  
(SANTOS, 2008, p. 13).

Consoante exposto nos tópicos anteriores, paralelamente ao aumento significativo e exponencial da utilização das novas tecnologias no Brasil, emergem novas realidades, demandas e conflitos, que demandam a tutela normativa e jurisdicional, como é o caso dos provedores de

Internet, sobretudo as nuances que envolvem a vinculação e a colaboração do particular diante de casos de violação do direito à intimidade no contexto da sociedade em rede.

Inicialmente, cabe destacar a importância da constitucionalização do Direito para a temática que ora se enfrenta. Conforme assinala Barroso (2005, p. 12), “[...] a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Assim, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (BARROSO, 2005, p. 12-13).

A supremacia da Constituição, nesse sentido, “[...] repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares” (BARROSO, 2005, p. 13). A constitucionalização e seu impacto nas relações com os particulares é que fortalecem a ideia de que os provedores de Internet também estão obrigados a cumprirem as normas constitucionais. Isso, pois, sobre os particulares a constitucionalização “[...] estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais” (BARROSO, 2005, p. 13).

Neste contexto, Barroso (2005, p. 21) afirma que “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”. Deste modo, norma jurídica deve ser lida e interpretada a partir da lente da Constituição (filragem constitucional), a fim de concretizar os valores nela inseridos. A partir disso, tem-se que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional” (BARROSO, 2005, p. 22), já que a Constituição está no centro de todo sistema jurídico:

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2005, p. 22).

O texto constitucional passa a consistir como paradigma a todos os aplicadores do Direito, sendo que no que se refere aos direitos fundamentais estes passam a ser aplicados e protegidos nas relações interprivadas. Dessa forma, o direito fundamental à intimidade, por ser

previsto na Constituição Federal, merece ser observado também nas relações entre particulares, como no caso dos provedores de Internet e dos usuários da Rede.

Isso, pois, os provedores de Internet possuem relevante atuação no âmbito da sociedade em rede, na medida em que atuam como prestadores de serviços intermediários, e, dentre suas múltiplas funcionalidades, proporcionam a navegação do usuário na Rede. Todavia, o caráter descentralizado do ciberespaço propulsiona o cometimento de abusos de direito e de atos ilícitos *online*. Essa realidade, evidentemente, fomenta o conflito entre os interesses coletivos dos internautas e os interesses de mercado dos provedores, especialmente no que tange à responsabilização ou vinculação pelos danos causados no meio virtual.

É fato que o acesso e a utilização das tecnologias eletrônicas e digitais são ampliados mediante a atuação dos provedores de serviços, que, na qualidade de intermediários, desempenham a função precípua de disponibilizarem a conexão de seus usuários à Internet (LEONARDI, 2005). Para tanto, os provedores estabelecem a conexão do computador do internauta aos pontos de acesso, que se comunicam com o servidor através de protocolos, permitindo, assim, o tráfego de dados.

Nessa dinâmica, “[...] a Internet representa um grande conjunto de redes de computador, as quais se comunicam por intermédio dos pontos de acesso, permitindo assim que cada computador na rede se conecte a qualquer outro” (LEONARDI, 2005, p. 13). Para atingir essa finalidade e atender aos interesses mercadológicos, sistemas que eram inicialmente rudimentares sofreram evoluções e aprimoramentos ao longo do tempo, com a adoção de sofisticados processos e mecanismos, até mesmo imperceptíveis aos internautas.

Diante disso, atualmente, o gênero Provedores de Serviços de Internet possui cinco espécies, quais sejam: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo. Insta salientar que essas categorias muitas vezes se confundem, principalmente porque cada vez mais os provedores ampliam sua atuação, exercendo atividades distintas e adicionais, no sentido de atender às demandas decorrentes do uso intenso da Rede e de tornarem-se mais atrativos aos seus usuários. Todavia, tais distinções são importantes para a análise do tema da responsabilidade civil dos provedores atinente aos serviços oferecidos e prestados aos usuários, bem como aos conteúdos publicados por terceiros.

Leonardi (2005, p. 21-27) sintetiza os conceitos dessas categorias de provedores, explicando que o provedor de *backbone* (também chamado de “espinha dorsal”) é que permite o

efetivo acesso à Internet, através de “[...] estruturas físicas pelas quais trafega a quase totalidade dos dados transmitidos através da Internet”, visto que é “usualmente composto de múltiplos cabos de fibra ótica de alta velocidade”. A escolha do *backbone* fica a critério dos provedores de acesso e hospedagem, os quais utilizam tais estruturas (a título oneroso) e revendem essa conectividade aos usuários. Os provedores de acesso, por sua vez, normalmente fornecem a conexão aos destinatários finais através de algum *backbone*, como visto acima, ou, em alguns (raros) casos, se utilizam de tecnologia própria.

Já os provedores de correio eletrônico se destinam apenas à promoção do serviço de e-mail, fornecendo ao usuário *login* e senha para o envio e recebimento de mensagens eletrônicas e armazenando-as através do disco rígido de acesso remoto. Os provedores de hospedagem são pessoas jurídicas que fornecem “[...] o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço” (LEONARDI, 2005, p. 25). Por fim, os provedores de conteúdo são responsáveis pela disponibilização e veiculação de informações na Internet, seja através de mecanismos próprios ou mediante utilização dos provedores de hospedagem, podendo fazê-lo de forma livre e gratuita ou restrita e onerosa.

Considerando esse cenário, a utilização dessas tecnologias, recentemente, foi mapeada pelo Cetic.br<sup>22</sup>, através da Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil – TIC Provedores 2014, a qual revelou que 54% dos domicílios na região urbana e 22% dos domicílios na região rural possuem acesso à Internet. Segundo dados levantados no estudo, há no Brasil 2.138 empresas atuando nesse mercado de provimento de serviços de Internet, o que representa um acréscimo de 204 novos provedores em relação ao que foi registrado em 2011 (BRASIL, 2016).

Dos 2.138 provedores, 68% estão sediados nas regiões Sul e Sudeste. Já a região Norte é sede de apenas 5% das empresas de provimento de serviço de Internet. Entre os serviços pesquisados, a principal oferta das empresas provedoras é o acesso à Internet, citado por 92% dos prestadores de serviços. Outros serviços mais frequentemente mencionados são provimento de e-mail (50% delas), serviços de infraestrutura (42%) e de hospedagem (40%) (BRASIL, 2016).

---

<sup>22</sup> O Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (CETIC.br) é vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e, desde 2005, atua como responsável pela coordenação e publicação de pesquisas sobre a disponibilidade e uso da Internet no Brasil, os quais permitem o monitoramento e a avaliação do impacto socioeconômico das TIC. Informações disponíveis em: <<http://www.cetic.br/sobre-ceticbr/>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

Tais conjunturas teóricas e dados estatísticos demonstram que a Internet traz inúmeros impactos que atingem e desafiam a seara jurídica, na medida em que suas características e ferramentas impõem a adoção de iniciativas que atendam e tutelem os novos conflitos, direitos, relações e fenômenos sociais que emergem da sociedade em rede. Partindo dessa premissa, cumpre salientar que o instituto da responsabilidade civil no meio digital difere da aplicação tradicional. Para Pinheiro (2010), no âmbito da Internet, a responsabilização está relacionada ao grau de conhecimento do prestador de serviços e do usuário, e, sobretudo, pelos conteúdos publicados na Rede.

Isso demonstra a importância de que sejam determinados “[...] limites de responsabilidade dos provedores, dos donos de *websites*, das produtoras de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todos os que tenham de algum modo participação, seja em sua produção, seja em sua publicação” (PINHEIRO, 2010, p. 400). Todavia, a dificuldade inerente à estipulação de limites e de regras específicas para essa responsabilização relaciona-se ao caráter libertário e colaborativo da Rede, na qual, como já salientado alhures, inexistente controle do fluxo de informações que são produzidas, armazenadas e divulgadas, bem como da própria atuação dos inúmeros provedores.

Aliado a isso, em face do caráter privado, notadamente, essas empresas direcionam seus esforços para atender aos interesses do mercado, muitas vezes em detrimento do interesse coletivo e da preservação de direitos dos internautas, impondo uma reflexão responsável sobre o assunto, como destacado por Castro (2012, p. 106):

A Internet e a cultura digital trouxeram a possibilidade nunca antes experimentada de acesso a uma diversidade enorme de conteúdos, conexões e intercâmbios, e de difusão de opiniões, informações e cultura. Trocar esse potencial por um ambiente altamente regulado, fechado e totalmente remunerado pode provocar sérios danos à saúde da comunicação no mundo. Apostar na inovação possibilitada pela rede e repensar os modelos de remuneração de quem cria e produz é fundamental para que um tipo de uso da Internet – o comercial – não prevaleça sobre formas de intercâmbio que vão muito além de trocas transacionais a ponto de inviabilizá-lo e matar o que a rede trouxe de melhor: acesso à informação, à educação, à cultura e o exercício do direito à comunicação.

É necessário, portanto, o enfrentamento das questões que envolvem tanto a violação de direitos dos usuários como a vinculação dos particulares quando ocorrem tais casos na sociedade em rede. Essas reflexões permitem a percepção de que existem interesses contrapostos na Internet: o coletivo, pautado, sobretudo, pela garantia do acesso à informação e do exercício do

direito à comunicação, com a ingerência Estatal relacionada à responsabilização civil por eventuais violações de direitos fundamentais *online*; e, por outro lado, o comercial, daqueles que criam e promovem trocas transacionais e competitivas, com destaque para os provedores de serviços, os quais visam, sobretudo, a lucratividade, e, por essa razão, defendem a ideia da constituição de espaço virtual totalmente livre.

A esse respeito, Pinheiro (2010, p. 85) assevera a dificuldade de “[...] equilibrar a relação existente entre interesse comercial, privacidade, responsabilidade e anonimato, gerada pelos novos veículos de comunicação”. Com o mesmo raciocínio, indaga Rover (2006, p. 13):

O aumento da complexidade da vida e dos riscos envolvidos faz com que a sociedade atual exija cada vez mais regulação jurídica da vida social. Como fazê-lo numa sociedade ainda mais complexa, na qual as mediações entre as pessoas cada vez mais dependem de interfaces artificiais e processos autônomos regulados por códigos de programação e máquinas? Hoje, as pessoas e as empresas são ainda os agentes principais de todas as ações e sobre elas recai a responsabilidade desses atos e seus efeitos. Mesmo assim, há restrições quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas.

Esse conflito, evidentemente, merece cautelosa atenção e estudos avançados no meio acadêmico, pois, embora ainda não se possa avaliar com segurança os impactos da responsabilidade dos provedores, é certo que a responsabilização desordenada, aliada a eventual monitoramento, filtragem e censura de conteúdos por parte dos provedores de Internet, pode prejudicar a essência igualitária, libertária, colaborativa e aberta da Rede, e, conseqüentemente, os usuários. Por outro lado, o problema de se defender incondicionalmente a liberdade da Rede ampara, fundamentalmente, o controle velado que o mercado realiza sobre os internautas, num lucrativo negócio (SILVA, 2009, p. 88), o que evidencia um grau de vulnerabilidade dos usuários.

Vale ressaltar que países mais avançados e experientes quanto aos impactos das novas tecnologias na sociedade e às formas de solução de conflitos já possuem normativas relacionadas diretamente aos intermediários de acesso à Internet há bastante tempo. Dentre elas, se destacam o modelo europeu e norte-americano, os quais se mostram extremamente pertinentes à compreensão do tema.

A União Europeia estabeleceu padrões mínimos relacionados à proteção de direitos na sociedade em rede, através das Diretivas 2000/31/CE (UNIAO EUROPEIA, 2000) e 2001/29/CE (UNIAO EUROPEIA, 2001), que tratam do comércio eletrônico e dos direitos do autor, respectivamente. Para tanto, consta no primeiro documento que os provedores (ou prestadores) de

serviços devem agir no sentido de evitar e/ou cessar atividades ilícitas. A partir disso, na União Europeia os provedores não são responsabilizados pelos conteúdos lesivos apenas quando atuam de forma técnica, automática e passiva, apenas transmitindo as informações e proporcionando o acesso à Internet. Assim, caso não ultrapassem a atividade de simples transporte e armazenagem temporária, os provedores são considerados alheios aos conteúdos que são transmitidos e, portanto, isentos de responsabilidade, uma vez que não realizam qualquer interferência ou controle.

No âmbito normativo europeu, existe, ainda, o dever geral dos provedores de não-monitorar todas as atividades dos usuários, considerando o funcionamento da própria Rede e a quantidade de conteúdos que são cotidianamente publicados. Entretanto, em algumas situações específicas, é admitida a possibilidade de monitoramento das informações pelos prestadores de serviços, para fins de detecção e prevenção de atividades ilegais, o que fica a critério de regulamentação pelos Estados-Membros. A legislação europeia também prevê que a retirada de conteúdos pelos provedores deve observar o princípio da liberdade de expressão.

Por seu turno, o Estado norte-americano possui duas leis que abordam o tema da responsabilidade dos provedores: a *Communications Decency Act*, de 1996 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1996) e a *Digital Millennium Copyright Act*, de 1998 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1998). A primeira legislação publicada trouxe como premissa a isenção de responsabilidade de provedores de serviços de Internet pelo material ofensivo armazenado, disponibilizado ou transmitido por seus equipamentos. Mas, essa isenção ocorre apenas quando os provedores atuam como meros intermediários e não como provedores de conteúdo, realizando o controle editorial prévio.

Através dessa breve exposição, percebe-se que o direito estrangeiro não estabelece a isenção integral da responsabilidade dos provedores da Internet, em face ao sopesamento das características intrínsecas à Rede, bem como dos direitos e deveres dos internautas e dos prestadores de serviços. No Brasil, a primeira iniciativa para a regulamentação de direitos, deveres e princípios para a utilização da Internet, abrangendo a temática ora discutida, consiste na Lei nº 12.965 (BRASIL, 2014), conhecida como Marco Civil da Internet, a qual foi promulgada em 23 de abril de 2014 e está em vigor no país, desde 23 de junho de 2014.

A criação de um marco regulatório para a Internet no Brasil “[...] derivou do reconhecimento da influência da internet no campo da política, seja para promover a democracia,

seja para facilitar atitudes autoritárias” (SALDANHA, 2015, p. 159). Além disso, “[...] decorreu da necessidade de regular, no plano interno, um dos efeitos da globalização, ou seja, a ultrapassagem das fronteiras por meio das relações virtuais deslocalizadas” (SALDANHA, 2015, p. 159). A partir disso, como ressalta Saldanha (2015, p.161), “[...] o Marco Civil da Internet visa atender a uma das exigências que a mundialização apresenta, ou seja, a necessidade de regulação das relações jurídicas que nascem das relações digitais”.

A legislação foi considerada “[...] um importante exemplo de norma progressista e positiva, inovadora em sua preocupação com a garantia dos direitos humanos *online*” (ARTIGO 19, 2015, p. 3). O Marco Civil ratificou a centralidade que os direitos humanos possuem no sistema normativo brasileiro, com base no texto constitucional:

O MCI assume o compromisso com a defesa dos direitos humanos, previsão essa inscrita no artigo 5º da Constituição brasileira, bem como nos marcos internacionais de direitos humanos a que o Brasil está vinculado. Essa escolha reforça e demonstra a centralidade dos direitos humanos no quadro do sistema normativo do País (SALDANHA, 2015, p. 161).

Em vista disso, “[...] o MCI assegura a todos o direito à livre expressão<sup>23</sup> e que a internet seja, de fato e de direito, um ambiente democrático, aberto e livre e, concomitantemente, que preserve a intimidade e a vida privada” (SALDANHA, 2015, p. 164). Nesta senda, a intimidade restou devidamente resguardada pela novel legislação em seu artigo 7º, que assim assegurou “[...] o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014).

A importância da inviolabilidade da intimidade foi ratificada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), na Resolução nº 13 de 2015 (BRASIL, 2015, p. 2-3), aprovada após o Marco Civil, que recomendou propostas de ações concernentes ao ambiente legal e regulatório da Internet no Brasil:

O Comitê Gestor da Internet no Brasil decide, em relação ao ambiente legal e normativo relativo à Internet no Brasil, recomendar que ele: a) Seja pautado pela garantia de proteção aos direitos básicos dos cidadãos tal como expressos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, entre eles o direito à privacidade e à liberdade de

<sup>23</sup> Registra-se que o Marco Civil da Internet trouxe destaque para o princípio da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento na internet, a fim de não admitir a censura como regra, conforme sentido trazido pela Constituição de 1988 (SALDANHA, 2015, p. 164).

expressão, cláusulas pétreas na Constituição Federal do Brasil e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. b) Observe e promova o caráter transparente, colaborativo e democrático, com ampla participação de todas as esferas do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica, que pautaram a criação e a adoção da Lei 12.965/2014, inclusive por isso transformando-a em paradigma internacional para a regulação da Internet. c) Preserve o espírito da Lei 12.965/2014, assegurando os direitos e garantias constitucionais aí inseridas, sobretudo a liberdade da expressão, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet e de suas comunicações armazenadas, salvo por ordem judicial em estrita observância ao devido processo legal nos termos da Constituição Federal, sob o risco de aumentarem as possibilidades de vazamento, abuso e uso político de dados de terceiros. d) Preserve, principalmente, o equilíbrio, alcançado com a Lei 12.965/2014, entre: (i) a liberdade de expressão e a proteção à privacidade e aos dados pessoais; (ii) as atividades relacionadas à perseguição criminal e o combate a ilícitos na Internet, bem como a própria dinâmica da Internet como espaço de colaboração; (iii) a inimizabilidade dos provedores de conexão por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros; e (iv) a inimizabilidade dos provedores de aplicações por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, sendo que os provedores de aplicação somente poderão ser responsabilizados civilmente se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, nos termos da Seção III, Capítulo III, da Lei 12.965/2014. e) Não trate a Internet de forma distinta de outros ambientes de interação social, o que poderia gerar redundâncias ou conflitos desnecessários no âmbito do Direito Penal brasileiro e, f) Leve em conta a natureza internacional e globalmente distribuída da Internet e seja, assim, estruturado como parte integrante do ecossistema complexo de governança mundial da rede.

Como se verifica, especialmente, na letra “c” do documento acima aludido, há uma preocupação no cenário brasileiro, que envolve tanto a nova legislação como a atuação de órgãos especializados em questões relacionadas ao uso da Internet no país como o CGI.br, sendo evidente a busca por evitar o vazamento, abuso e uso político de dados de terceiros, restringindo a relativização do sigilo apenas mediante ordem judicial.

No que tange à proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, o Marco Civil estabeleceu no artigo 10 que “[...] a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas” (BRASIL, 2014). Tal dispositivo determinou, ainda, que o provedor responsável pela guarda somente disponibilizará os registros mediante ordem judicial, de modo que o mesmo não pode utilizar as informações de acordo com sua vontade.

Quanto à responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, o marco regulatório da Internet no Brasil determinou, em seu artigo 18, que “[...] o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo

gerado por terceiros”. Desse modo, segundo o artigo 19, a responsabilização civil do provedor por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros somente ocorrerá 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).

Essa exigência de que uma ordem judicial determine a retirada de conteúdos pelo provedor culmina, por certo, em maior demora caso o provedor tornasse o conteúdo indisponível após requerimento da parte ofendida, como ocorria antes do Marco Civil, seguindo entendimento jurisprudencial. Assim, com a inovação trazida pelo MCI, até que seja proferida uma decisão favorável, a publicação com caráter ofensivo à intimidade pode seguir sendo difundida na Internet, de modo que seus efeitos possam ser irreversíveis para a vítima.

Veja-se que isso decorre de o fato de a atualidade ser a rainha das relações, na era da globalização, em que “[...] o tempo constitui-se em elemento de “compreensão” e, até mesmo, de “aniquilação” do espaço, de modo que “[...] o espaço perde sua importância e o mundo virtual estabelece o “não lugar”” (SALDANHA, 2013, p. 183). A escala mundial da rede, portanto, provoca transformações na compreensão de tempo e de espaço, como salienta Saldanha (2015, p. 161), para quem:

As expressões temporais que fizeram parte da evolução humana e de sua relação com o mundo, tais como os tempos de espera, a lentidão e também o seu contrário, a velocidade, demandam reinvenção diante das relações em tempo real e desespacializadas que as comunicações virtuais apresentam.

Nessa lógica, “[...] importa, então, comunicar – expressar-se – e informar – informar-se – a qualquer preço e a um ritmo veloz” (SALDANHA, 2013, p. 183). Essa aceleração, que ocorre com o conteúdo das informações que circulam na Internet, coloca a humanidade em linha com os acontecimentos políticos e sociais de interesse local e global, todavia, em nome da aceleração, violam-se direitos individuais e coletivos (SALDANHA, 2013, p. 183). As pessoas, nesse cenário, estão, portanto, destemporalizadas e desespacializadas (SALDANHA, 2013, p. 198).

Por outro lado, a legislação aposta no Poder Judiciário como o mais apto a verificar a necessidade da retirada de conteúdos. A exigência de prévia ordem judicial “[...] significa dizer que a lei assegura aos usuários o prévio julgamento por um juiz e não apenas por um provedor da internet que poderá agir de modo unilateral e com base em seus próprios interesses”

(SALDANHA, 2015, p. 164). O deslocamento do papel determinante para a retirada de conteúdos do provedor para o juiz decorre, ainda, da necessidade de observância da liberdade de expressão e do direito à informação, o que torna relevante a apreciação judicial.

Em que pese a liberdade seja um princípio previsto no marco regulatório<sup>24</sup>, como bem salienta Saldanha (2013, p. 202), não se pode, contudo, banalizar o exercício do direito de expressão e das reivindicações por informação no mundo virtual, uma vez que “[...] tais direitos constitucionais e convencionais, justamente por não serem absolutos, quando mal utilizados provocam, amiúde, a violação de outros direitos da mesma natureza”, que, da mesma forma, “[...] não podem ser vilipendiados, como o direito à intimidade, à imagem e à personalidade, entre outros”.

Em que pese a responsabilidade do provedor dependa de ordem judicial específica, após a entrada em vigor do Marco Civil, é de suma importância salientar que o artigo 21 definiu que o provedor será

[...] responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo (BRASIL, 2014).

Constata-se que o Marco Civil trouxe uma exceção à necessidade de decisão judicial para a retirada de conteúdo, qual seja o caso de cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado. Em tais situações, em face da especial proteção conferida pelo marco regulatório, basta a

---

<sup>24</sup> A liberdade constitui-se como um dos princípios norteadores do uso da Internet no Brasil, conforme se extrai do artigo 3º do Marco Civil da Internet: “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei” (BRASIL, 2014).

notificação pelo participante ou representante legal para que o provedor não-diligente seja responsabilizado civilmente pela violação da intimidade<sup>25</sup>.

Importante destacar, ainda, que o Marco Civil da Internet trouxe para discussão a questão da vingança pornográfica (em inglês conhecida como *revenge porn*), que consiste na prática de divulgação de cenas íntimas, vídeos ou “nudes” de uma pessoa, sem o consentimento dela. Sobre o tema, esclarece Brant (2014, p. 26-27):

Muitos casos de vinganças amorosas também se espalharam pela rede por parte de ex-parceiros insatisfeitos com o fim do relacionamento e, que por vingança, acabam divulgando fotos íntimas de suas antigas namoradas ou de mulheres que tiveram algum contato de cunho sexual. Na maioria dos casos de divulgação de cenas de sexo, em geral, são cometidos por homens e as mulheres são na maior parte vítimas que acabaram permitindo a filmagem ou fotografias destes momentos acreditando que ficaria restrito ao casal ou sequer sabiam que estavam sendo filmadas, mas por infelicidade ganharam ampla propagação pela má-fé dos parceiros. Os instrumentos de divulgação eram sempre os e-mails e as redes sociais, os quais não dão uma precisão sobre a quantidade de terceiros que tiveram acesso ao material ou que, após receber o conteúdo, divulgaram para mais pessoas. Na Internet, não se é possível mensurar os reflexos e dimensões que este tipo de material pode ferir a honra, a imagem ou a intimidade de alguém. Estas acabam sendo destruídas sem chance de qualquer reparação, no sentido de possibilidade de restaurá-las ao estado anterior e, com certeza, nem sempre uma reparação pecuniária por danos morais irá compensar o sofrimento deixado à vítima.

Essa disseminação de pornografia não consentida na Internet normalmente sustenta-se numa disparidade de gênero. Conforme apontam dados da SaferNet Brasil<sup>26</sup>, no ano de 2014, 1.225 pedidos de orientação psicológica chegaram à entidade. Destes, 224 eram relacionados à questão de vazamento de fotos íntimas (18%), registrando um aumento de 119,8% em relação a 2013. Ademais, 81% dos pedidos foram feitos por mulheres, evidenciando que há uma questão de gênero atrelada a essa violação, visto que, normalmente, o agressor é um ex-amante, ex-

<sup>25</sup> Cabe mencionar que após episódios de invasão da intimidade divulgados pela mídia, o Brasil promulgou a Lei nº 12.737, em 30 de novembro de 2012, a qual dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, alterando o Código Penal. Assim, na seara criminal, restou tipificado o delito de invasão de dispositivo informático (artigo 154-A) da legislação penal, que consiste em “[...] invadir 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 ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita” (BRASIL, 2012). Porém, no presente trabalho dedica-se ao estudo da legislação civil relacionada à proteção do direito à intimidade, abrangendo a conduta dos usuários e também dos provedores de Internet.

<sup>26</sup> Segundo consta no sítio eletrônico da organização não-governamental, a SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu para materializar ações concebidas ao longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira. Mais informações em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>>.

namorado, ex-marido ou alguém que, de alguma forma, teve um tipo de relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo.

Percebe-se, a partir dessas considerações, a vinculação dos particulares à Constituição Federal e, ainda, as inovações trazidas pelo Marco Civil da Internet que impactam as relações que se estabelecem na sociedade em rede, refletindo no direito à intimidade. Tais pontos serão importantes para o estudo das decisões dos Tribunais Superiores envolvendo o tema proposto nesta dissertação, conforme se verá no próximo tópico.

## 2 PRÉ-COMPREENSÃO E TRADIÇÃO ALIADAS À COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO À INTIMIDADE

*“A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional-democrático. Ao contrário de nos frustrarmos, reformarmos ou nos furtarmos, devemos levar a Constituição a sério, se quisermos contribuir, como operadores jurídicos, e construir, como cidadãos, uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 78).*

Tendo como fio condutor a fenomenologia hermenêutica, o segundo capítulo desta dissertação abordará, inicialmente, os institutos da tradição e da pré-compreensão delineados por Hans-Georg Gadamer, fazendo, na sequência, uma interlocução com os conceitos de coerência e integridade propostos por Ronald Dworkin, no sentido de evitar decisões pautadas na subjetividade do julgador. Essa abordagem permitirá melhor compreensão acerca da importância de que o direito à intimidade, quando violado no contexto da sociedade em rede – permeada pela utilização de tecnologias de informação e de comunicação –, seja submetido a uma apreciação judicial que produza decisão constitucionalmente adequada e democrática. Para tanto, a Constituição deve estar no topo normativo e interpretativo<sup>27</sup> da jurisdição brasileira, sendo que a filtragem constitucional permite que o “[...] processo ‘atue’ como aquilo que é: direito e garantia fundamentais, condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra)” (MOTTA, 2010, p. 62).

Em um segundo momento serão investigados outros aportes teóricos da teoria de Ronald Dworkin, especialmente a ideia de romance em cadeia, para discorrer acerca do papel do juiz na jurisdição constitucional hermenêutica. Esse modelo jurisdicional é que “[...] permitirá o acontecer hermenêutico do texto constitucional, em sua amplitude de regras, princípios e valores materiais, além da concretização de direitos fundamentais” (MOTTA, 2010, p. 35). Tal digressão teórica vai de encontro com a filosofia da consciência<sup>28</sup>, já que “o protagonista da dinâmica

<sup>27</sup> Conforme registra Motta (2010, p. 29), “[...] qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, de modo que é dever do juiz examinar antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. E essa conformidade, essa verdadeira filtragem constitucional permanente, há de ser feita – repitamos o quanto for necessário – em conformidade com a materialidade da Constituição, ou seja, a partir de (algum sentido de (e da) Constituição”.

<sup>28</sup> De acordo com o paradigma da filosofia da consciência, “[...] o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem, e a introdução de uma teleologia como resultado já está, entretanto, no começo” (STEIN, 2005, p. 53).

instaurada neste Estado Democrático de Direito é o Direito (e isso porque, repita-se, a Constituição assim possibilita e determina), e não o juiz individualmente considerado” (MOTTA, 2010, p. 30). Tais premissas permitirão a reflexão acerca da possibilidade de obtenção de respostas adequadas, em casos de violação ao direito à intimidade, especialmente envolvendo o uso das tecnologias de informação e de comunicação.

Assim, no enfrentamento da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e as teorias da integridade e coerência do Direito, será explorada a perspectiva do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que trouxe importantes contribuições para a ciência jurídica, de modo que seu pensamento irradia sobre a aplicação do Direito na atualidade. Dentre suas teorias, destaca-se a integridade do Direito, segundo a qual a interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada pelo julgador (DWORKIN, 2007, p. 271), bem como a ideia da prestação jurisdicional vista como um romance em cadeia (em continuidade) (DWORKIN, 2005, p. 238).

Esta dissertação elege, ainda, como marco teórico o jurista brasileiro Lenio Streck, que - numa perspectiva substancialista<sup>29</sup> - trouxe o aperfeiçoamento da resposta correta de Dworkin ao criar a tese da resposta constitucionalmente adequada, ao referir que “[...] a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata da “resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma” (STRECK, 2007, p. 142). O autor traz uma Nova Crítica ao Direito, fundada na “virada hermenêutica”, que concerne a “abordagem na filosofia pela qual se vê como tarefa primeira o reconhecimento de que a universalização da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da positivação)” (STRECK, 2012, p. 17).

Importante destacar que essa Nova Crítica ao Direito realizada por Streck, também denominada Crítica Hermenêutica do Direito, “[...] exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana” (STRECK, 2012, p. 90) e é dessa imbricação Heidegger-Gadamer-Dworkin que “exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como “adequada à Constituição””

---

<sup>29</sup> Ao abordar a teoria processuais-procedimentais *versus* as teorias materiais-substanciais, Streck (2006, p. 262) esclarece que se alinha à perspectiva substancialista da Constituição, porque traz “[...] a perspectiva de que a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito. Como bem diz Laurence Tribe, as teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva”. Tem-se, portanto, na perspectiva substancialista, a centralidade e a superioridade da Constituição.

(STRECK, 2012, p. 90).

Dessa forma, através da conjugação da teoria da integridade e da coerência do Direito e a resposta constitucionalmente adequada, busca-se evitar abusividades interpretativas pelo julgador (caracterizadas pela filosofia da consciência/paradigma da subjetividade<sup>30</sup>) ao proferir decisões, ancoradas no sentido da Constituição. Para tanto, o estudo será permeado pela hermenêutica filosófica, tendo em vista as noções construídas pelos filósofos alemães Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, expoentes da fenomenologia e da hermenêutica que aproximam a filosofia do direito.

A partir desses pressupostos, a terceira seção deste capítulo versará sobre direito à intimidade, Internet e jurisdição, a partir de uma exposição crítica a respeito do contexto decisório do direito à intimidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Será verificado qual é o tratamento dado por esses Tribunais Superiores a esse direito fundamental, que incorpora novas nuances e é desafiado pelas tecnologias que se estabelecem em Rede.

## 2.1 O POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE GADAMER E DWORKIN NOS FUNDAMENTOS LEGAIS E DECISÓRIOS DO DIREITO À INTIMIDADE

*“(...) Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer o seu sentido vigente. O juiz procura corresponder à ‘ideia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente (...)” (GADAMER, 1999, p. 493).*

É inegável que a Crítica Hermenêutica ao Direito é influenciada pelos aportes teóricos construídos por Hans-Georg Gadamer e por Ronald Dworkin, adotados como marco teórico na presente dissertação. O referido pensamento crítico se propõe a combater decisões judiciais arbitrárias, ou seja, baseadas na consciência do julgador, justamente porque não se adequam ao Estado Democrático de Direito e à Constituição Federal. Preocupa-se, assim, com o ato

---

<sup>30</sup> Para Streck (2012, p. 33) o paradigma da subjetividade, que coloca a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, é aparece de diversas maneiras, dentre as quais explicita: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus valores; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntário do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ri)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.

interpretativo no momento de decidir e, por consequência, discute-se a teoria da decisão no contexto brasileiro.

De forma bastante peculiar, Gadamer, ainda que sua teoria seja mais profunda e complexa do que aqui se sintetizará, enfrenta temas como historicidade, temporalidade e outros elementos nas ciências humanas, porquanto os mesmos modificam a relação do homem consigo mesmo e com o conhecimento que este produz. A partir disso, o filósofo relaciona tradição e linguagem e, também, diferencia sua abordagem em relação ao seu mentor, Martin Heidegger:

Heidegger só se interessava pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão (GADAMER, 1999, p. 354).

Gadamer parte, então, da hermenêutica para compreender a historicidade da compreensão. Para o autor, o intérprete nunca chega ao texto como tábula rasa, do zero, capaz de conferir ao conhecer do texto objetividade, mas chega por meio da sua pré-compreensão, seus pré-juízos, que são sua memória cultural. Nesse sentido, tendo em vista a hermenêutica da facticidade, o autor propõe a utilização da linguagem<sup>31</sup> como condição de possibilidade interpretativa. Exsurge, nesse contexto, o conceito de pré-compreensão, definido por Pacheco e Isaia (2009, p. 1):

O conceito de pré-compreensão, e isso parece indestrutível, implica o reconhecimento do contexto social (ou do contexto da controvérsia) em cada questão de fato (ou de direito) levado ao conhecimento do juiz por ele próprio, na condição de intérprete final do caso concreto ao qual se busca uma solução no sistema jurídico. E é por isso que a inserção do intérprete na situação hermenêutica (que aqui podemos denominar *contexto do caso concreto*), através da linguagem, torna-se um passo fundamental para a interpretação do próprio caso concreto (o que é ignorado pelas posturas positivistas, que relegam o caso concreto a uma segunda coisa a ser observada pelo intérprete) e para a busca *da* resposta constitucionalmente adequada em processo, porquanto é justamente a partir do contexto da facticidade em que está inserido o intérprete que exsurge o acontecer hermenêutico, momento em que ganha guarida a atividade compreensiva.

A partir disso, Isaia (2012, p. 346) explica a importância da pré-compreensão do fato e do direito material-constitucional para a decisão do intérprete de casos concretos:

---

<sup>31</sup> Nesse sentido explica Streck (2009, p. 222), “[...] não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto.” A linguagem, nessa perspectiva, perde o caráter de ferramenta e passa a ser concebida como “condição de possibilidade e constituidora do mundo”, como “experiência do mundo”.

Em processo civil, notadamente diante do ato sentencial (que não vem de sentir!) é que o intérprete, como ser dotado de historicidade, dará – a partir de sua inserção no contexto da controvérsia/pré-compreensão do fato e do direito material-constitucional – coerência e integridade à matéria discutida em juízo. É na situação hermenêutica que isso deve ser pensado, local onde se dará a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição processual. Se a compreensão hermenêutica, em termos gadamerianos, pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação à atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção (que aqui se denominou contexto da controvérsia). Um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, aproximando juiz e partes no interior de uma intersubjetividade, o que tornará possível uma interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado.

Com efeito, Gadamer desenvolve sua hermenêutica da tradição na qual os preconceitos e a tradição são pressupostos, necessários em qualquer relação do ser humano com o mundo. Isto acontece porque toda compreensão<sup>32</sup> é histórica e se dá pela linguagem. Streck afirma que a linguagem é “[...] constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, o que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir” (STRECK, 2009, p. 202). O autor pontua, ainda, “[...] isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa” (STRECK, 2009, p. 202).

Para Gadamer, portanto, não há compreensão sem linguagem. A linguagem então não é algo que é utilizado e desta forma manipula o real, mas ela nos determina, nela se revela o mundo e apenas nela ocorre o “evento de desvelamento do sentido do ser” (OLIVEIRA, 2006, p. 206). Além disso, só é possível a compreensão de algo pela pertença a uma tradição, conforme salienta Gadamer (1999, p.432):

Assinalamos acima que a pertença à tradição é uma das condições para a compreensão nas ciências do espírito. Agora podemos tirar a prova, examinando como aparece esse momento estrutural da compreensão no caso da hermenêutica teológica e da hermenêutica jurídica. Evidentemente não se trata de uma condição restritiva da compreensão, mas, antes, de uma das condições que a tornam possível.

A compreensão das leis, do direito em si, deste modo, depende do conhecimento da língua, do modelo jurídico, dos sentidos, das vivências dos habitantes do local, dentre outros. Isso

---

<sup>32</sup> Para Gadamer (1999, p. 406) “[...] a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão”, dado que “[...] compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.

demonstra que o juiz não pode aplicar um mesmo entendimento a qualquer caso, proferindo decisões-modelo, sem uma análise pormenorizada de cada situação colocada para apreciação. Significa dizer que o julgador não pode compreender<sup>33</sup> o sentido geral da lei para todos os casos, considerando que o ato de interpretar é inseparável do ato de aplicação, segundo explica Streck (2010, p. 305):

A hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar à disposição do intérprete” – *para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*. Esse sentido não ex-surge porque o intérprete utiliza este ou aquele método. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro, a *subtilitas intelligendi*, depois, a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilitas applicandi*. Claro que não! Gadamer vai deixar isto muito claro, quando diz que esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*.

Deste modo, para que a compreensão de algo seja correta (e a resposta, conseqüentemente, também) o julgador deve preocupar-se tanto com a história como com a atualidade, consoante explica Motta (2010, p. 40):

A Constituição não é só um documento, mas também uma tradição; assim, o operador do Direito (intérprete) deve ter a disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do Direito, e não de questioná-la e substituí-la por alguma (ou qualquer) visão política (ou jurídica) radical que não possa ser objeto de argumentos. E isso (antecipamos) o próprio Gadamer (filósofo da linguagem que, como veremos, atravessa a obra de Dworkin), com outras palavras, já o dissera: se o juiz tem o dever de intervir “praticamente na vida”, deve fazê-lo pautado por uma “interpretação correta” (i.e., justa e não arbitrária) das leis, e isso “implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre história e atualidade.

Gadamer (2004, p. 54) entendia que “[...] toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”. Isso, pois, “[...] o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem” (GADAMER, 2004, p. 54). Percebe-se, deste modo, que por meio do pensamento hermenêutico, o filósofo alemão demonstrava sua preocupação com relativismos, já trazendo importantes reflexões relacionadas à interpretação

---

<sup>33</sup> Streck (2012, p. 283-284) refere que “[...] compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer.” Isso significa “[...] romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo conhecimento e ação, buscando garantir uma ‘objetividade’ dos resultados da interpretação.”

correta. Não se admite, assim, a adoção de atos discricionários por parte do juiz. Nesse sentido afirma Gadamer (2011, p.433):

A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.

Imprescindível que a ordem judicial obedeça tais premissas, sob pena de o sistema jurídico ser corrompido pela subjetividade do magistrado, em prejuízo do Estado Democrático do Direito e da força normativa da Constituição. Tal ponto é que permite uma aproximação da teoria de Gadamer com a teoria de Dworkin<sup>34</sup>, visto que o jusfilósofo norteamericano também destinou sua teoria para a abordagem da interpretação jurídica construtiva, utilizando o Direito como integridade para uma melhor justificativa e legitimação da atividade judiciária.

Para tanto, Dworkin (2003, p. 81) propõe uma distinção em três fases ou etapas. Na primeira, pré-interpretativa, haveria uma identificação das regras que fornecem o conteúdo hipotético da prática social. Na segunda fase interpretativa seria apresentada uma justificativa geral dos principais elementos identificados na etapa anterior, demonstrando também que foi realizada uma interpretação e não uma invenção. Na terceira e última fase, chamada de pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete moldaria a sua ideia acerca daquilo que a prática realmente requer, de modo à melhor servir a justificação aceita na etapa anterior. Estas fases não seriam estanques, ao contrário, se manifestariam de forma contínua na interpretação construtiva.

O paradigma interpretativo de Dworkin, que conduz à resposta correta, é norteado pela integridade e pelo romance em cadeia. Cumpre ressaltar que tais elementos serão enfrentados minuciosamente no tópico seguinte, todavia, a fim de possibilitar o entendimento desta seção, tais questões serão enfrentadas de forma sucinta.

Conforme o conceito de Direito à integridade de Dworkin (1999, p. 272) “[...] as proposições jurídicas só são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva jurídica da comunidade”. Segundo Dworkin (2003), os juízes, ao aceitarem a integridade e decidirem um

---

<sup>34</sup> O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, adotado como teoria de base neste estudo, trouxe importantes contribuições para a compreensão do Direito em suas três obras emblemáticas: *Levando os Direitos a sério* (1977), *Uma questão de princípio* (1985) e *o Império do Direito* (1986).

caso difícil, buscam encontrar, no conjunto coerente de princípios sobre o direito e deveres das pessoas, a melhor interpretação possível que coaduna com a estrutura política e com a doutrina jurídica de sua comunidade.

Nesse sentido, Dworkin apresenta a metáfora do romance em cadeia para exemplificar a maneira como o direito deve ser interpretado, de modo que “[...] cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (DWORKIN, 1999, p. 276). Extrai-se, conseqüentemente, que a decisão deve observar as previsões constantes no ordenamento jurídico e também na história institucional, ou seja, o que já foi decidido deve ser atualizado para que seja adequado ao caso concreto, tendo como cânones interpretativos a justificação e a adequação.

Para Motta (2010, p. 30), Dworkin “[...] desenvolveu uma teoria que, se de um lado reconhece o caráter (inexoravelmente) interpretativo do Direito, de outro nega aos juízes a prática de um decisionismo arbitrário”, ao defender “[...] a existência de boas respostas (respostas corretas, se quiser) no Direito para todos os casos que o interpelam”. É necessário, assim, que o julgador realize a interpretação construtiva no momento da decisão, todavia, deve observar a coerência e a integridade para evitar decisionismos e arbitrariedades. Nesse ponto, cabe referir que o juiz Hércules, metaforicamente criado por Dworkin, consagra a morte do sujeito solipsista, segundo Streck (2011, p. 400):

É preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é fruto de um *selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto.

Em “Levando os direitos a sério”, Dworkin (2010, p. VIII) utiliza a teoria liberal do direito para realizar uma crítica a que o autor intitula teoria dominante do direito, qual seja o positivismo jurídico, especialmente seus vieses individualista e racionalista. O primeiro faz com que o positivismo pressuponha “que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas”, rejeitando “a ideia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica” (DWORKIN, 2010, p. XII).

Já o viés racionalista, em seu aspecto conceitual, ensina que o direito consiste no “[...] produto de decisões deliberadas e intencionais, tomadas por homens e mulheres que planejam por meio dessas decisões, modificar a comunidade com base na obediência geral às regras criadas por suas decisões” (DWORKIN, 2010, p. XII), e, em sua nuance normativa, “[...] recomenda decisões baseadas em tais planos e, portanto, pressupõe que homens e mulheres que ocupam cargos públicos possuem a habilitação, o conhecimento e a virtude necessários para tomarem tais decisões de maneira eficiente”, bem como “[...] em condições de considerável incerteza, em meio a comunidades extremamente complexas” (DWORKIN, 2010, p. XII).

Cabe lembrar aqui da importância de Ovídio Baptista no Brasil, especialmente por ter se dedicado a demonstrar as raízes do processualismo civil, relacionado diretamente ao racionalismo e a uma ciência de demonstração, que contribuíram para que fosse estabelecido um pensamento conservador em processo. É esse pensamento que sustenta a ideologia do processo de conhecimento brasileiro, em que residem o magistrado e o binômio neutralidade-protagonismo. Isso, pois, sob o manto da neutralidade, advinda da tentativa racionalista de transformar o direito numa ciência lógica e matematizada, o legislador tem a missão de produzir um texto tão claro e transparente que fosse capaz de dispensar sua interpretação (SILVA, 2004, p. 24). O protagonismo, por sua vez, advém “[...] da falta de pré-compreensão da Constituição” (ISAIA, 2012, p. 93).

Na prática, isso se perfectibiliza com a reprodução de súmulas, prolação de sentenças anteriores de improcedência, manutenção de decisões por seus próprios fundamentos, entre outros, o que é perceptível mediante investigações de decisões judiciais, conforme se realizará no subtópico 2.3. Ocorre, assim, uma nítida tentativa de fungibilização do fático, pressupondo que algumas lides são idênticas e, por consequência, devem ter tratamento idêntico (SILVA, 2009, p. 09). O caso concreto perde, deste modo, sua singularidade, dando azo à construção de sentenças objetivas, eliminando qualquer possibilidade de compromisso ético daquele que as prolata (SILVA, 2009, p. 09). Isso consagra o sonho racionalista da exatidão e da demonstração (matemática), o que influenciou o processo civil (ISAIA, 2012, p. 94).

Após essa necessária digressão teórica, volta-se a Dworkin<sup>35</sup>. Segundo Dworkin (2010, p. XIII), a teoria dominante (positivismo jurídico) é falha por rejeitar a ideia de que os indivíduos

---

<sup>35</sup> Importante destacar que, para Isaia (2012, p. 156), Dworkin e Ovídio desejam em suas obras um juiz responsável, que garanta a coerência e a integridade das decisões judiciais. Segundo o autor, “[...] a preocupação de Dworkin e de Ovídio Baptista está nas decisões construídas a partir da consciência do juiz, sem que qualquer padrão legitimamente

possam ter direitos contra o Estado, que sejam anteriores aos direitos criados por legislação explícita. Em outras palavras, “[...] o positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos jurídicos<sup>36</sup> possam preexistir a qualquer forma de legislação”, ou seja, “[...] rejeita a ideia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade” (DWORKIN, 2010, p. XIV). Nesse sentido, “[...] o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas” (DWORKIN, 2010, p. XV).

Entretanto, para o autor, uma teoria geral do direito deve abranger uma concepção normativa e outra conceitual, sendo que a primeira “[...] deve examinar uma variedade de temas, indicados na relação que segue. Ela deve observar uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei” (DWORKIN, 2010, p. VIII). Ambas “[...] tratam de questões normativas do direito, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum” (DWORKIN, 2010, p. VIII-IX).

A teoria da legislação “[...] deve conter uma teoria da legitimidade que descreva as circunstâncias nas quais um indivíduo ou um grupo particular está autorizado a fazer leis”, bem como “[...] uma teoria da justiça legislativa, que descreve o tipo de leis que estão autorizados ou obrigados a fazer” (DWORKIN, 2010, p. IX). Vale ressaltar que Hommerding (2012, p. 108), para tratar da teoria da legislação, utiliza a teoria do direito à integridade de Dworkin e destaca que “[...] a integridade, por meio da coerência, portanto, é uma das condições a permitir ao legislador produzir uma legislação que se harmonize com o sistema jurídico e com a história institucional da comunidade jurídica, evitando, assim, afronta aos distintos níveis de racionalidade da legislação”. A coerência, por seu turno, “[...] tem as funções de garantir segurança e previsibilidade, além de assegurar que tanto o legislador quanto o julgador apresentem a melhor decisão possível, coerente com a história moral comunitária” (HOMMERDING, 2012, p. 108).

---

adotado pelo direito seja levado em consideração” (ISAIA, 2012, p. 156-157).

<sup>36</sup> Dworkin (2010, p. XV) distingue os tipos de direitos que os indivíduos possuem em duas formas: a) direitos preferenciais (ou direitos de base) que, ao serem considerados de forma abstrata, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo, e, b) direitos institucionais mais específicos, os quais prevalecem em face de decisões tomadas por uma instituição específica. Destarte, “[...] os direitos jurídicos podem ser identificados como uma espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante” (DWORKIN, 2010, p. XV).

A integridade, portanto, deve nortear tanto a teoria da legislação como a teoria da decisão, segundo explica Hommerding (2012, p. 112), para quem “[...] a integridade, é verdade, surge como uma proposta interpretativa para os juízes na decisão dos casos concretos. Mas, antes, surge como um padrão a ser observado pelos legisladores”. Isso, pois, “[...] o legislador, ao orientar o processo de produção de leis pela coerência e integridade, transmite ao cidadão e aos operadores (técnicos) do Direito os padrões fundamentais de equidade e justiça” (HOMMERDING, 2012, p. 201).

Por essa razão, tendo como base a teoria de Dworkin, “[...] é possível sustentar que o legislador deve ser visto como um “agente moral” vinculado à integridade como ideal político” (HOMMERDING, 2012, p. 118-119). E, nesta atividade, “[...] a integridade possibilita melhores argumentos a favor da legitimidade do Direito enquanto lei, pois uma lei que seja produzida a partir da observância de níveis de racionalidade e do Direito como Integridade tende a ser mais legítima do que aquela criada irracionalmente” (HOMMERDING, 2012, p. 118-119).

A teoria da decisão judicial, por sua vez, deve ser dotada de complexidade, porquanto “[...] deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis” e, ainda, “uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos e instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia” (DWORKIN, 2010, p. IX). Na prática isso ocorre, por exemplo, no caso da necessidade de ordem judicial para a retirada de conteúdos, o que, segundo o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), não pode ser determinado pelos provedores de Internet, conforme será exposto no tópico seguinte.

Já a teoria da observância da lei “[...] deve discutir e distinguir dois papéis”, quais sejam: uma teoria do respeito à lei, que aborde a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, tal como esta se apresenta nas diferentes formas do Estado e em diferentes circunstâncias, bem como uma teoria da execução da lei “[...] que identifique os objetivos da aplicação e da punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações” (DWORKIN, 2010, p. IX). Por fim, segundo o autor, uma teoria geral do direito também inclui assuntos que não pertencem às categorias supramencionadas, e um tópico que pertencer a uma poder, da mesma forma, pertencer a outras (DWORKIN, 2010, p. IX).

Com base nessas premissas, estabelecidas na introdução da obra já referida, Dworkin (2010, p. X) destaca que os princípios mais fundamentais da Constituição constituem-se em um problema para a parte conceitual de uma teoria do direito diante de uma dúvida quanto à possibilidade de os princípios serem considerados como partes integrantes do Direito<sup>37</sup>. Tal questionamento, evidentemente, remete a outras questões de legitimidade e jurisdição, de modo que “as interdependências entre as diversas partes de uma teoria geral do direito são complexas” (DWORKIN, 2010, p. X).

Ademais, em tal cenário, para Dworkin (2010, p. X), uma teoria do geral está ligada com outras áreas da filosofia, especialmente em questões de política e moral. Assim, “[...] a parte conceitual fará uso da filosofia da linguagem e, portanto, também da lógica e da metafísica”, e, como exemplo, cita “[...] a questão do significado das proposições do direito e de sua verdade ou falsidade tem ligações imediatas com questões muito difíceis e controvertidas da lógica filosófica” (DWORKIN, 2010, p. X). Dessa forma, “[...] uma teoria geral do direito deve constantemente adotar uma ou outra das posições em disputa a respeito de problemas de filosofia que não são especificamente jurídicos” (DWORKIN, 2010, p. XI).

A partir dessas considerações, Dworkin (2010, p. XVI) sugere uma “teoria conceitual alternativa”, a fim de evidenciar como os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles já criados por uma decisão ou prática expressa, de modo que possam ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos chamados casos difíceis, “[...] quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte” (DWORKIN, 2010, p. XVI). Tal teoria também possui uma parte normativa e uma parte conceitual. A primeira enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, defendendo “[...] a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos”.

Dotado deste norte, Dworkin (2010, p. XVI) defende “[...] a justeza da revisão judicial limitada a argumentos de princípio, mesmo nos casos politicamente controversos”. Isso, pois, nos

---

<sup>37</sup> Nesse ponto, Dworkin (2010, p. X) afirma “[...] se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria. Tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e legitimidade incidem de maneira óbvia sobre a teoria da observância da lei. Incidem, por exemplo, sobre a questão de saber se um dissidente pode afirmar, de modo plausível ou mesmo coerente, que sua concepção a respeito do que determina a lei constitucional é superior à do poder legislativo e dos juízes”.

casos difíceis, tanto na política quanto no direito, os “juristas criteriosos divergirão acerca de direitos e nos quais nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva necessariamente convencer ao outro” (DWORKIN, 2010, p. XIX). Nesta senda, “a teoria geral dos direitos admite a existência de tipos diferentes de argumentos”, sendo que cada um deles é suficiente “para sustentar alguma razão que explique por que um objetivo coletivo, que normalmente fornece uma justificativa para uma decisão política, não justifica que algum indivíduo seja objeto de uma determinada desvantagem” (DWORKIN, 2010, p. XX).

Como se percebe, a Crítica Hermenêutica do Direito<sup>38</sup> permite o diálogo entre Gadamer e Dworkin, em que pese não haja uma aproximação direta. As contribuições relacionadas à compreensão do fenômeno jurídico são essenciais, especialmente quando se trata de decisões judiciais em casos complexos, que exigem que o intérprete observe institutos como a coerência, integridade, tradição e pré-compreensão. Esse recorte possibilita que se responda à questão de pesquisa, a qual relaciona a hermenêutica constitucional filosófica com o direito à intimidade, no contexto da sociedade em rede, de modo a trazer reflexões pertinentes à solução de casos concretos postos à apreciação judicial.

A partir do diálogo entre Gadamer e Dworkin, pode-se dizer que a Crítica Hermenêutica ao Direito (no Brasil capitaneada pelo jurista Lenio Streck) consolida a interpretação jurídica como um ato de criação (e não de reprodução<sup>39</sup>), em que ocorre a atribuição de sentido<sup>40</sup>. Todavia, esse ato é limitado pela tradição e pela história institucional, com o propósito de não

---

<sup>38</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito, no Brasil, é capitaneada pelo jurista Lenio Streck, para quem “[...] a CHD é uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico por nós formulada após décadas de pesquisas no/do direito, tendo como background filosófico e vetor de racionalidade (Stein) a filosofia hermenêutica (Heidegger/Gadamer) e, no plano da teoria jurídica, compartilhando/dialogando com elementos do empreendimento teórico de Dworkin. Isso significa romper com a discricionariedade, sem recair numa objetividade ingênua, como se o direito já possuísse de antemão as respostas para todas as situações da vida. Interpretar não é reproduzir algo dado a posteriori, mas também não é uma livre atribuição de sentido. Pensar a decisão jurídica entre esses dois polos é uma das tarefas a que a CHD propõe-se” (STRECK, 2016, p. 233). A partir disso, “[...] a CHD entende a decisão jurídica como não discricionária e procura desenvolver uma perspectiva teórica nesse caminho, seja pela exigência hermenêutica que todo o processo de compreensão é sempre intersubjetivo, seja pela exigência democrática que requer decisões jurídicas que não espelhem vontades individuais, mas o direito construído pela/na comum-unidade” (STRECK, 2016, p. 242).

<sup>39</sup> Importante salientar que na perspectiva gadameriana o interpretar não significa reproduzir sentido, mas sim dar sentido, ou seja, não é possível captar a “[...] essência” dos textos jurídicos como se eles contivessem “conceitos em si mesmos”: o processo interpretativo sempre encontra limites, visto que a hermenêutica filosófica não comporta e/ou autoriza atribuições discricionárias de sentido segundo a vontade/ conhecimento do intérprete (STRECK, 2015, p. 133).

<sup>40</sup> Isso se evidencia, na perspectiva gadameriana, justamente como condição de possibilidade para que haja segurança jurídica em um Estado de Direito. Ou seja: a hermenêutica gadameriana não admite qualquer forma de decisionismo. Em razão disso, o jurista não pode jamais interpretar a lei de acordo com a sua vontade, afinal, interpretar não significa reproduzir sentido, mas sim dar sentido (STRECK, 2015, p. 137-138).

sucumbir à discricionariedade e à subjetividade. A preocupação com a subjetividade aproxima o pensamento desses filósofos, porquanto

Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, cada um ao seu modo, sempre procuraram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão. Lembremos que tanto Dworkin como Gadamer não admitem a cisão (dualismo) entre interpretação e aplicação. E isso faz diferença (STRECK, 2011, p. 403).

A observância desses pressupostos demonstra que o ato de decidir, considerando uma possível fusão entre as duas teorias, é um ato de atribuição de sentido da lei ao caso concreto, que não permite que o juiz decida com base em seu livre convencimento<sup>41</sup>, assim contaminado pela filosofia da consciência. A hermenêutica filosófica exsurge, destarte, no sentido de “[...] estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional” (STRECK, 2013, p. 21). Não se admite, portanto, que qualquer juiz, em território brasileiro, deixe que sua própria consciência prevaleça em relação à Constituição Federal, em atenção ao Estado Democrático de Direito.

Como salienta Streck (2014, p. 410), “[...] sendo o Direito um saber prático, a tarefa nuclear da teoria jurídica é buscar condições para a a) concretização de direitos e b) evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas”. Para Streck (2011, p. 37):

O constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, a qual exige a reformulação não só da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), mas também na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que passa, a partir da matriz hermenêutica, a ser antirrelativista).

Evidente, assim, a supremacia da Constituição Federal no Estado Democrático de Direito, a qual está no centro de todo ordenamento jurídico, de forma onipresente. Com base nesse aporte teórico, essencialmente a superação do paradigma da filosofia da consciência, o

---

<sup>41</sup> Nesse ponto, Streck (2010, p. 108) defende que “[...] a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”. Pelo contrário, a decisão “[...] se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.”

próximo tópico visa discutir qual é o papel do juiz na jurisdição constitucional hermenêutica, tendo em vista que a violação do direito à intimidade, no contexto da sociedade em rede, exige que sejam proferidas respostas adequadas à Constituição.

## 2.2 O PAPEL DO JUIZ “ROMANCISTA” NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL HERMENÊUTICA E A POSSIBILIDADE DE SE FALAR NA OBTENÇÃO DE RESPOSTAS ADEQUADAS EM CASOS DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE

*“A formação da decisão é um papel a ser cumprido a partir da Constituição, e que transita, sim, pelo juiz, mas com o reconhecimento de que este não é o único (e nem bem o principal) ator desta intrincada engrenagem. A jurisdição há de se entender, pois, com a efetiva participação dos demais interessados, com o que se desloca o centro das decisões do Direito da consciência do julgador para um lugar mais amplo, mais plural e, consistentemente, mais democrático. Falamos, pois, no processo de uma autêntica jurisdição constitucional” (MOTTA, 2010, p. 63).*

As demandas que envolvem o direito à intimidade não só dizem respeito à individualidade do ofendido, uma vez que compreendem a capacidade do Poder Judiciário de resguardar esse direito, quando há violação através das TIC. Tratam-se, assim, de exemplos privilegiados de aplicação da tese da resposta constitucionalmente adequada, contextualizada no constitucionalismo contemporâneo, desenvolvida no Brasil por Streck sob a influência de Dworkin. Segundo Streck (2007, p. 142) “a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata da “resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”.

Essa tese determina a necessidade de que toda e qualquer decisão judicial seja objeto de filtragem hermenêutica e constitucional, respeitando as já mencionadas integridade e coerência do Direito, na perspectiva dworkiniana:

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim

como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie (STRECK, 2007, p. 70).

Nesse diapasão, a resposta adequada, em cada caso concreto, está diretamente relacionada à exigência constitucional e democrática de fundamentação das decisões judiciais. Significa dizer que “[...] a solução correta advém, pois, do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada ao Direito vigente” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 65). A fundamentação, ancorada no sentido da Constituição e nesses postulados de integridade e coerência, é que blinda interpretações arbitrárias no Estado Democrático de Direito.

A resposta adequada tem como um de seus pressupostos a observância da integridade do Direito, que consiste na compreensão do Direito como um todo, abrangendo normas e princípios, e norteadas pelo compromisso de, ao mesmo tempo, ser coerente e íntegra com o que o Direito foi e a capacidade de, nos moldes da integridade, renovar o Direito na medida do necessário. A integridade, na perspectiva dworkiniana, impõe ao julgador o desenvolvimento dos entendimentos jurídicos, levando em consideração os entendimentos passados e atualizando-os ao presente. Assim, “[...] trabalhando com o conceito de unicidade do caso, de um lado e com a reconstrução da história institucional de outro, Dworkin pode concluir pela existência de uma única resposta correta” (BAHIA, 2004, p. 346). A integridade, portanto, deve ser buscada pelo juiz caso a caso.

No caso do direito à intimidade, para que essas posições teóricas sejam verificadas na prática, é essencial que a decisão judicial considere a previsão constitucional contida no artigo 5º, mas não só isso, seja também norteadas pelo reconhecimento de que a tecnologia permeia as relações no Século XXI, considerando, assim, os elementos inerentes às violações da intimidade nessa perspectiva, sobretudo para o oferecimento de resposta adequada, íntegra e coerente.

Segundo o entendimento de Dworkin, “[...] os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito” (DWORKIN, 2010, p. 128). Ou seja, os juízes não estão aptos a criar direito novo em vez de aplicar o direito estabelecido e preexistente, como entendia o positivista Hart, para quem o direito é parcialmente indeterminado e incompleto. Para Dworkin, o que é incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico, devendo ser rejeitada a ideia de “delegação” ao juiz para o preenchimento das lacunas

nos casos difíceis através de um poder discricionário. A teoria de Dworkin é, portanto, antipositivista e antidiscricional (OLIVEIRA, 2008, p. 176).

O problema do positivismo consiste justamente em permitir que o juiz decida conforme sua vivência, experiência ou consciência. Todavia, “[...] o juiz deve descobrir os direitos das partes e não criar normas”, de modo que “[...] a questão fundamental aqui é saber se as partes possuem ou não possuem ‘direitos’, e isso não pode depender da discricionariedade do juiz” (HOMMERDING, 2012, p. 98). Conforme afirma Hommerding (2012, p. 98), “[...] a tarefa do juiz, então, consiste em tentar encontrar em um conjunto coerente de princípios a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade”.

Para Dworkin, juízes não possuem discricionariedade porque, mesmo nos casos chamados difíceis (*hard cases*), esses estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta, que ele descreve como princípios jurídicos. A integridade e a coerência devem, portanto, estar presentes no julgamento dos casos (fáceis e difíceis). A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. A integridade, por seu turno, exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito.

A concepção de Dworkin (2007, p. 271) do direito como integridade é compreendida da seguinte forma:

O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de saber se os juízes descobrem ou inventam o direito, sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tem em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Sob essa lógica de interpretação, “[...] segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272). Assim, “[...] na perspectiva dworkiniana, o modelo de princípios satisfaz as condições necessárias para que uma sociedade moralmente pluralista possa se desenvolver” (HOMMERDING, 2012, p. 115). Ao abordar especificamente tais princípios, Hommerding (2012, p. 102) afirma que “[...] a integridade está vinculada à ideia de comunidade,

no sentido de comunidade de princípios, que vê a integridade como parte fundamental da sua política”. Nesse sentido, pode-se concluir que uma comunidade de princípios aceita a integridade.

Destarte, “[...] a integridade é a chave da melhor interpretação construtiva das diferentes práticas legais, em especial da forma como os juízes decidem os casos difíceis (hard cases)” (HOMMERDING, 2012, p. 102). Ainda, o autor esclarece que “[...] a coerência e a integridade podem não ser ‘suficientes’ para conferir uma dimensão normativa à interpretação jurídica, mas são ‘necessárias’” (HOMMERDING, 2012, p. 103). Significa dizer que o Direito deva “beber na fonte” da integridade.

Dworkin defende a relação entre raciocínio jurídico e valorização moral, propugnando pela existência de direitos morais contra o Estado e pela necessidade de uma jurisprudência evolutiva que tenha em conta a “dimensão temporal da interpretação” (HOMMERDING, 2012, p. 98). Importante ressaltar, nesse aspecto, que o Direito como integridade vincula-se ao Direito como interpretação, o qual não abandona a moral, mas a integra, sem se corromper por ela (HOMMERDING, 2012, p. 105).

Essa percepção de que a decisão não pode apenas reproduzir entendimentos passados, devendo considerar a temporalidade em que se vive, é fundamental no Estado Democrático de Direito, considerando a utilização de novas tecnologias e o surgimento de demandas cada vez mais complexas para apreciação pelo Poder Judiciário, como é o caso da violação da intimidade mediante exposição de informações ou fotografias íntimas de alguém no âmbito virtual. É necessário que o juiz, de posse da história institucional, decida fundamentadamente, de forma atualizada e condizente com a realidade social.

Nesse sentido, Dworkin entende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta ao caso concreto, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Ou seja, o Direito enquanto um sistema de regras e princípios não abre a possibilidade para um juízo discricionário, já que possui uma história institucional a ser reconstruída e que indica a melhor decisão a ser tomada. A boa resposta seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade (ROCHA, 2003, p. 99).

Portanto, o direito à intimidade, tutelado pelo texto constitucional, deve ser harmonizado com as demais normas infraconstitucionais que também o regulamentem (como o Marco Civil da

Internet, por exemplo), verificando-se, inclusive, as características e as nuances relacionadas a esse direito no presente, qual seja o Século XXI, que apresenta peculiaridades e sofisticadas formas de violação, conforme exposto anteriormente. É preciso ter-se em mente que a violação da intimidade mediante o uso de tecnologias analógicas é absolutamente diversa daquela que ocorre através das TIC, exatamente pela existência de mecanismos de controle (como, por exemplo, a já mencionada utilização de *cookies* em sítios eletrônicos, a fim de rastrear as preferências, conteúdos e interesses dos internautas) e possibilidade de difusão rápida e de amplo alcance de informações, fotografias, vídeos, entre outros.

A existência de uma única resposta correta evita justamente a discricionariedade judicial. “[...] Para Dworkin, portanto, sempre haverá uma resposta no Direito para a resolução dos problemas jurídicos e essa resposta correta habitará no contexto da coerência do sistema normativo” (HOMMERDING, 2012, p. 100). Entretanto, considerar que existe uma resposta correta não significa dizer que não há outras possíveis interpretações, conforme esclarece Cattoni de Oliveira (2004, p. 148):

Não é que não haja várias interpretações possíveis para o Direito, ou em termos mais precisos, várias normas válidas que a princípio poderiam vir a regular esse caso, mas é que para interpretar o Direito para aplicá-lo é necessário levar em consideração, e isso é justamente o que Kelsen não faz, o caso concreto. Que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto. A reconstrução do caso concreto, argumentativamente realizada através e nos limites do processo jurisdicional, deve ser tomada como parte integrante do próprio processo de reconstrução ou determinação da norma a aplicar. Afinal, o processo jurisdicional implica uma série de atos que, realizados em contraditório entre as partes, prepara o provimento jurisdicional.

Assim, ao conferir ao caso concreto (único e irrepitível) uma única resposta, o julgador deve realizar uma necessária justificação plausível, segundo Dworkin (2010, p. 186):

Qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado historicamente, psicologicamente ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiva. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação.

Dessa forma, a resposta correta (e justificada) sugerida por Dworkin e aperfeiçoada por Streck para “resposta adequada à Constituição”, em atenção ao princípio democrático, não pode depender da consciência do juiz, do livre convencimento e da busca pela “verdade real”. Assim, “[...] haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados

para outros casos idênticos”, mas, além disso, “[...] estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (STRECK, 2012, p. 109).

Segundo Marinoni (2010, p. 176), “[...] a interpretação de acordo com a Constituição não se constitui em instrumento de controle da constitucionalidade, mas em método de interpretação”, sendo que “[...] o juiz é obrigado a interpretar normas de acordo com a Constituição ou, em uma acepção mais rente ao que aqui interessa, de acordo com os direitos fundamentais”. Trata-se da já mencionada necessária filtragem constitucional, com viés hermenêutico.

A importância dessa compreensão é afirmada por Streck (2007, p. 263), segundo o qual “[...] sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior de ciência jurídica – de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurta a sua (in)efetividade”. Consoante já ressaltado, no contexto de uma sociedade complexa e estabelecida em rede, exige-se que o julgador decida de forma adequada ao caso concreto posto em juízo, de acordo com os parâmetros constitucionais e democráticos. Nesse sentido:

No Estado Democrático de Direito, a pretensão jurídica moderna de garantir certeza nas relações, através de padrões normativos, a um só tempo, dotados de caráter coercitivo e intersubjetivamente estabelecidos, manifesta-se no exercício da jurisdição como a pretensão de que a um só tempo as decisões judiciais sejam coerentes com o Direito vigente, e adequadas aos casos submetidos à apreciação judicial (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 51).

Vale ressaltar que o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, vigente no Brasil desde a Constituição de 1988, surgiu a partir do abalo ao bem-estar da população mundial no período pós-guerra, dos avanços tecnológicos e da consequente reorganização geopolítica mundial (SANTOS, 2009, p. 27). Esse modelo trouxe consigo não somente direitos à população, visto que fomentou ideias de democracia, cidadania, dignidade, entre outras (SANTOS, 2009, p. 27), as quais continuam merecendo ênfase e sendo objeto de estudos e de críticas no século XXI, na era informacional e na sociedade em rede.

Tal recorte permite e instiga a reflexão acerca do constitucionalismo contemporâneo e da atuação dos poderes públicos na efetivação de direitos fundamentais e na tutela daqueles direitos que ainda não foram amparados no texto constitucional, já que a sociedade, o Poder Público e o

setor privado se organizam de outra forma e as próprias relações de “poder”<sup>42</sup> possuem outras nuances.

Hesse (1991, p. 19-20) afirma que a força normativa da Constituição está relacionada à vontade de Constituição e não somente à vontade de poder, de modo que abranja três vertentes: a) “[...] a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; b) “[...] a compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação), e, por fim c) “[...] a consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”, uma vez que “[...] essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”. Em síntese, a força normativa da Constituição não depende apenas do seu conteúdo e sim da “práxis”, que envolve todos os partícipes da vida constitucional, os quais devem partilhar a concepção da chamada vontade de Constituição.

Ainda, Hesse (1991, p. 22) traz relevante contribuição teórica ao referir que “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”. Interpretação essa que garanta a adequação da norma e dos fatos concretos da vida. Nesse sentido explica o autor:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles uma tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominante nua determinada situação.

---

<sup>42</sup> Ao tratar de “Poder”, Lash (2005, p. 25) aborda as alterações que ocorreram da sociedade industrial para a sociedade informacional, a última conceituada por Castells<sup>42</sup> (1996, p. 64-65) em meados dos anos 70. Na primeira, também conhecida como era das manufaturas, o poder era associado à propriedade como meio mecânico de produção e os principais atores eram as nações, as instituições e organizações. Nessa temporalidade o poder consistia em forma de exploração. Já a segunda, chamada de era da informação, depende do poder como forma de exclusão e esse se associa à propriedade intelectual, na qual *bits* e *bytes* adquirem valor e, por essa razão, geram ganância, como se verifica no caso de patentes, marcas registradas, informações genéticas e no setor da tecnologia da informação com grande notoriedade e atribuição de valor aos *softwares* (e demais sistemas criados diariamente). Assim, embora existam incontáveis aspectos positivos nessa evolução tecnológica, o fomento do capitalismo exacerbado e do consumo desenfreado gera lucratividade para as grandes empresas, fortalecendo relações de poder e de dominação e aumenta desigualdades sociais. Nesse ponto, Lash chama atenção para a desordem informacional decorrente dessa acumulação de capital em escala planetária e salienta que, enquanto na ordem industrial o paradigma era da desigualdade centrada nas relações de produção entre capitalistas e trabalhadores em uma empresa ou fábrica determinada, na era da informação evidencia-se o paradigma da exclusão. Significa dizer que “[...] na ordem da informação é mais central a exclusão que a exploração” (LASH, 2005, p. 26), em face do surgimento de um circuito de elites desenraizadas ou descontextualizadas, e, justamente por essa razão, cada vez mais globais e conectadas através de linhas de comunicação.

Veja-se que o autor alemão há muito já mencionava a necessidade de uma interpretação adequada do texto constitucional diante de casos concretos submetidos à apreciação. Destarte, quanto mais os responsáveis pela vida constitucional tiverem a convicção da força ativa da Constituição, mais essa será inviolável. Por essa razão que Hesse (1991, p. 24) constata que “[...] a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição”. E, ainda, “[...] quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 24).

Em tempos de constitucionalismo contemporâneo, importante referir que “[...] a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade”, ou seja, “[...] em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca” (HESSE, 1991, p. 25). Mais do que isso, em tempos de expansão do capitalismo, do consumismo desenfreado, do poder tecnológico e da sociedade em rede, é fundamental que “o varejo do capital” (expressão utilizada por Hesse, 1991, p. 29) não fortaleça o desrespeito à Constituição, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais, como a intimidade.

Com base nessas considerações, brevemente aqui expostas, Hesse (1991, p. 32) concluiu que não há conflito entre ordenação constitucional e realidade política e social, porquanto “[...] os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos”. Deste modo, para o autor a indagação sobre se o futuro do Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico, “[...] depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 32). Essa afirmação se encontra acertada também para o cenário brasileiro, uma vez que não raro o texto constitucional não é interpretado adequadamente ou é relativizado diante de questões políticas e sociais.

Nesse sentido, Hommerding (2007, p. 40) aponta que a crise do Poder Judiciário relaciona-se fundamentalmente à capacidade de compreensão, sobretudo do Estado Democrático de Direito e da Constituição:

O Poder Judiciário do Brasil, no entanto, pensado na modernidade, cujas promessas ainda não foram efetivadas no país, juntamente com o Estado, está em crise, pois vem perdendo a legitimação como Poder. Essa perda de legitimidade do Judiciário decorre diretamente de sua ineficácia como instância de resolução de conflitos, principalmente

daquelas demandas sociais, coletivas, que surgem com o Estado Social, e da incapacidade de seus juízes de compreender adequadamente o que significa Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do Direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais.

Importante referir que, enquanto o Estado Liberal optava por uma concepção de Constituição-garantia, que possuía a função de preservar o conjunto das liberdades individuais, o Estado Democrático optou pela Constituição como um projeto social, integrado por um conjunto de valores compartilhados. Nesse sentido, surge a Constituição-dirigente (CITTADINO, 2000, p. 246).

A busca por respostas corretas no âmbito do Processo Civil, segundo Isaia (2012, p. 233), está relacionada ao neoconstitucionalismo compromissário e dirigente e à necessidade de abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo (Autor, Juiz e Réu). Necessário, portanto, pensar o processo civil através da lente hermenêutico-filosófica, ou seja, de uma filosofia no processo que evite deixá-lo nas mãos do julgador (ISAIA, 2012, p. 233). Refuta-se, assim, a discricionariedade e o protagonismo judicial, porquanto

[...] o julgador, procurando colocar-se da perspectiva da sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito, deve compreender criticamente o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos fundamentais. Não se pode, em nome da conveniência política ou do que seja, deixar de levar tais direitos a sério (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 68).

A partir disso, Dworkin (2005, p. 238) coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, apontando o problema da narração. Na metáfora do “Romance em Cadeia”, elaborada por Dworkin, cada juiz deve se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais.

Dworkin concebe a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de decisões, estruturas, convenções e práticas. Desse modo, segundo o autor, o processo interpretativo seria como um romance em cadeia, que não é escrito somente por um autor e sim por vários. Cada um é responsável pela redação de um capítulo separado, devendo continuar a elaboração a partir de onde seu antecessor parou. Evidencia-se, assim, a importância da integridade. Para Dworkin (2005, p. 238):

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Isso significa dizer que, na complexidade da tarefa a que estaria submetido cada escritor ao redigir o romance, deve escrever cada capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance com a complexidade da tarefa enfrentada pelo juiz que, ao decidir um caso difícil, teria a função de dar continuidade à história. O juiz/escritor deve proceder avaliação do que foi feito, não iniciar do “grau zero”. Segundo Dworkin (2003, p. 305):

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade.

Complementando a ideia supra, Motta (2010, p. 41) destaca que

O juiz não pode ser um “solista”, e nem haverá “grau zero” na interpretação dos textos constitucionais e dos casos que os interpelam. O trabalho do juiz é um “trabalho de equipe” com os demais juízes do presente e com aqueles do passado. Mais do que isso, é um trabalho construído em conjunto com (e através d)os argumentos trazidos pelos participantes do processo particularmente considerado; não haverá jurisdição democrática sem que isso seja assegurado. Para tanto, não operará com regras prévias acabadas e nem com qualquer delas isoladamente: deverá ter uma visão do Direito (e, decorrentemente, da Constituição), como um todo coerente e íntegro. Nessa tarefa, a doutrina (e os precedentes, se forem adequadamente compreendidos, e vistos como corretos) o socorrerá”.

Sob essa perspectiva, “[...] a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”, uma vez que “[...] ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”

(STRECK, 2012, p. 106).

Dessa forma, Dworkin considera que a discricionariedade judicial nos casos difíceis cessa com a aplicação de princípios, que fundamentam e justificam a decisão. Ou seja, há padrões de conduta que os juízes utilizam para fundamentar suas decisões que não são regras, mas sim princípios, o que limita a esfera de discricionariedade (OLIVEIRA, 2008, p. 176).

Como afirma Rocha (2004, p. 249) a interpretação dada pelo julgador, em observância à integridade do Direito, harmoniza os princípios, a história institucional e o direito vigente:

Dworkin acredita que a decisão deve partir do caso concreto e, através de um processo de reconstrução, atingir um alto grau de abstração para aplicar o princípio adequado ao caso. [...] No fim, toda decisão é principiológica e todo caso é um hard case, único e irrepetível. A integridade do Direito significa que a interpretação deve buscar compatibilizar estes princípios, a história institucional e o direito vigente. Ressalte-se que a coerência não significa de modo algum subordinação e sim uma apropriação crítica dessa história. Dworkin compara o Direito a um romance em cadeia. O juiz faz acréscimos na tradição que interpreta, escrevendo mais um capítulo de modo a criar, da melhor maneira, o romance em elaboração. São várias mãos que escrevem o romance como se fossem um só autor.

Destarte, Dworkin entendia que mesmos nos casos difíceis os juízes estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta. Diante disso, Dworkin (2010, p. 195) criou o chamado juiz “Hércules” para atender às exigências complexas da interpretação do direito. Quando uma análise preliminar de um caso é feita e não se tem certeza de qual interpretação possível deve prevalecer no caso, o juiz depara-se com um caso difícil. Então, ele deve escolher, dentre as interpretações aceitáveis, qual a que melhor se adequa, do ponto de vista da moral política, à estrutura das instituições e decisões da comunidade.

O juiz Hércules, que tem “[...] capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” e “[...] aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição”, é o modelo de juiz da concepção do Direito como integridade, e, por este motivo, serve como guia aos juízes que aceitam esta concepção e que procuram encontrar “[...] algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas” e chegar à “[...] melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” para solucionar o caso em questão (DWORKIN, 2010, p. 195).

As decisões do juiz Hércules seriam instâncias justificadas por argumentos de princípios, e não por argumentos de política. Assim, os precedentes – as decisões anteriores de direito costumeiro – são justificados por princípios que apliquem coerentemente os direitos como um

todo, para que se possa afirmar que a decisão tomada é compatível com princípios estabelecidos, ou seja, que ela é equânime e compatível com as decisões anteriores. Nenhum juiz real poderia realizar esta tarefa de interpretar plenamente todo o direito que rege a sua comunidade.

É por isto que Dworkin imagina um juiz hercúleo, “[...] dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”, como um norte para o trabalho dos juízes reais. Dworkin ressalta que a distinção entre casos fáceis e casos difíceis no direito não é tão clara como parece ser e por isso para o direito como integridade os casos fáceis são apenas casos especiais dos casos difíceis, ou seja, são casos que possuem uma interpretação tão óbvia e sem desvios que acabam levando sempre a esta conclusão (DWORKIN, 2003, p. 317).

Destaca-se, nesse contexto, segundo Bahia (2004, p. 324), a unicidade de cada caso concreto e sua respectiva resposta correta (adequada), pois

[...] mesmo o juiz Hércules não é capaz de definir o Direito, mas tão-só fornecer as respostas que, num certo momento, lhe parecem as melhores. Não há respostas definitivas, que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de quaisquer outros, a interpretação é (sempre) construtiva: ao mesmo fornecer “a única resposta correta” para um caso, isso apenas é possível dada a complexidade do evento posto à decisão, que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um *standart* que determine, a priori a solução de qualquer outro caso, ainda que “semelhante”.

A força motriz de Dworkin consiste em trabalhar o “dever” dos juízes enquanto juízes, ou seja, o dever de elaboração de uma teoria coerente e que não desconsidere a complexidade normativa do Direito, incluindo o papel da história judiciária e legislativa, que deverão ser “justificadas” principiologicamente e com a filtragem constitucional (MOTTA, 2010, p. 94). Tais pressupostos, de extrema importância no contexto decisório jurisdicional, serão verificados nas decisões relacionadas ao direito à intimidade na sociedade em rede, foco deste trabalho. Por essa razão, a exposição teórica realizada neste subtópico é essencial para a reflexão crítica que será feita quanto aos casos práticos submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário.

Registra-se o alerta trazido a lume por Streck (2012, p. 107), para quem “[...] o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsistas na modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”. O juiz Hércules, portanto, não é portador de uma “subjetividade assujeitadora”, até mesmo porque o acerto de Dworkin relaciona-se à coerência e integridade do Direito. Dessa forma, não há em Hércules um “livre atribuir de sentidos” (STRECK, 2012, p. 107).

A coerência é uma condição de possibilidade para que seja oferecida racionalidade à argumentação legal. Por essa razão, a coerência pode ser considerada uma espécie de “critério de validade” para Dworkin. Conforme explica Hommerding (2012, p. 107), “[...] a coerência pode conter dois sentidos: a) negativo, significando ausência de contradições, consistência; b) positivo, quando significa união das partes com o todo, encerramento”. Mas, para Dworkin, existem dois tipos de coerência: a “coerência de estratégia” e a “coerência de princípio”, sendo que o jurista defende a segunda. Sob essa lente, “[...] as normas devem ser interpretadas e as decisões judiciais devem ser modeladas em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos” (HOMMERDING, 2012, p. 108).

A coerência, então, vincula-se à integridade, mas, enquanto a integridade é um valor político fundamental na comunidade, a coerência é uma especificação da integridade, uma forma de assegurar que a decisão do juiz (ou do legislador) seja a melhor possível (HOMMERDING, 2012, p. 108). Dessa forma, “[...] quando o juiz reconstitui interpretativamente o caso, deve considerar o Direito como um todo coerente e fechado”, de modo que “[...] o ato normativo, para que possa ser considerado coerente, deve inserir-se harmoniosamente na história jurídica da comunidade, com atenção aos precedentes de relevo e os materiais normativos existentes” (HOMMERDING, 2012, p. 108).

Esse entendimento dworkiniano, quando corretamente aplicado pelo juiz, evita o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares sobre a aplicação normativa, ou seja, decisões solipsistas, solitárias, voluntarísticas e arbitrárias, sendo essencial para a garantia do Estado Democrático de Direito, conforme afirma Streck (2009, p. 70):

Por isso, o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modopositivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y”.

Nesse sentido, a justificativa ou fundamentação da decisão é condição de possibilidade de sua legitimidade, em consonância com a obrigação contida no artigo 93, inciso IX, da

Constituição do Brasil<sup>43</sup>. Tal dispositivo impõe a “obrigação de motivar”, independentemente de razões comumente utilizadas para afastar esse dever qualitativo da prestação jurisdicional, como, por exemplo, a morosidade da justiça, o excesso de demandas e a falta de servidores.

Seguindo essa orientação constitucional, diante da constitucionalização do Direito abordada no tópico 1.3, recentemente, foi promulgado<sup>44</sup> o novo Código de Processo Civil brasileiro, que, em seu artigo 489 (BRASIL, 2015) trouxe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, reforçando o pensamento de Dworkin até então elucidado.

Assim sendo, no Brasil, percebe-se a influência do pensamento dworkiniano acerca da integridade do Direito no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105), de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), o qual trouxe em seu bojo diretrizes para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário no âmbito do processo civil. Isso, pois,

O Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB/1998, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro. Atente-se que “decisão fundamentada”, isto é, que leve a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes não é sinônimo de decisão longa. Pode-se plenamente ter uma sem outra coisa. O que o Novo CPC quer (ou melhor, o que, antes e acima dele, a Constituição quer) é uma decisão legítima, correta e íntegra (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão prolixa (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 302).

A partir disso, o novo CPC estabeleceu que a sentença, ato decisório de extrema importância do processo, deve ser fundamentada, com a exposição dos porquês da decisão. Isso, pois, “[...] na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que chegará no dispositivo” (NEVES, 2016, p. 806). Além do artigo 489, o novo CPC trouxe em seu artigo 11 que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas

<sup>43</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

<sup>44</sup> Salienta-se que o novo Código de Processo Civil entrou em vigor no Brasil no dia 18 de março de 2016, conforme decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça. Na oportunidade, foi emitido o seguinte enunciado “o plenário do STJ, em sessão administrativa, interpretando o artigo 1.045 do Código de Processo Civil, definiu que este entrará em vigor no dia 18 de março de 2016” (BRASIL, 2016).

todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, “[...] a extrema relevância da fundamentação na construção do raciocínio do juiz, que justifica seu status constitucional” consiste na “[...] extensão do poder estatal, e como entidade imparcial no processo, o juiz deve expor os motivos que lhe formaram o convencimento”, como “[...] mostra de que o poder do Estado de distribuir a justiça foi cumprido, e também como expressão do princípio do contraditório e ampla defesa” (NERY JUNIOR; ANDRADE, 2015, p. 1222).

Essa necessidade de fundamentação relaciona-se, segundo Streck (2014, p. 329), com o papel estratégico que o Poder Judiciário representa nas democracias constitucionais contemporâneas, para concretizar direitos fundamentais, de forma legítima e, portanto, mediante decisões motivadas. Para Nunes (2012, p. 200),

O juiz democrático não pode ser omissos em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório.

Da mesma forma, a fundamentação é um dos elementos que legitima a decisão, conforme explica Cattoni de Oliveira (2004, p. 49):

O que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.

Nesse diapasão, Streck (2009, p. 69) considera que a produção democrática do Direito deve ser um salto para além do paradigma subjetivista, local em que a hermenêutica atua de forma a blindar interpretações arbitrárias e discricionárias em processo, por parte dos juízes. Evidentemente, o processo decisório de cada caso concreto pressupõe observância aos ditames constitucionais, conforme explica Isaia (2012, p. 12-13):

Exige-se tanto um processo quanto uma atuação jurisdicional democrática, compartilhada, antiarbitrária e antipositivista, fulcrada em ambientes processuais que proporcionem o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais e do respeito ao direito substantivo, ao caso concreto (fato) submetido a juízo.

Percebe-se claramente que o novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo expresso

(artigo 489<sup>45</sup>) que veda a discricionariedade do juiz no momento da decisão através da exigência de fundamentação e de enfrentamento de todas as teses arguidas pelas partes no processo. Percebe-se que no novo dispositivo, o CPC alterou a enumeração de “requisitos da sentença” para “elementos da sentença”, tendo ampliado o rol, bem como inovado em apresentar hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada, as quais não estavam contidas na legislação processual civil anterior.

Ao estabelecer tais diretrizes, em nível processual civil, resta evidente que o legislador visa evitar que o juiz decida de acordo com sua “vontade”, “experiência”, etc., interpretando para “descobrir” o conteúdo da norma, extraindo o “significado ideal” do texto. Em seu lugar, impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao Poder Judiciário e integridade ao Direito (STRECK, 2009, p. 272), cômico de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que é condição de possibilidade para o funcionamento do Estado de feição democrática de direito, incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo. Neste norte, a fundamentação das decisões está relacionada à coerência e integridade:

Assim, como se trata de um processo argumentativo, a construção da decisão jurisdicional, que importa na determinação da norma adequada a um dado caso, assegurada num nível institucional, depende do entrelaçamento de argumentos e de

---

<sup>45</sup> O artigo 489 do novo Código de Processo Civil estabelece elementos essenciais da sentença e hipóteses em que não se considera a decisão fundamentada: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (BRASIL, 2015).

perspectivas de interpretação acerca do caso concreto que não pode, por um lado, deixar de considerar os pontos de vista dos diretamente implicados, nem, por outro, se deixar reduzir à sua mera consideração. O que se coloca em questão, nesse momento, é a própria garantia de integridade do Direito, a fim de se garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 220-221).

Vale ressaltar que, mediante proposta de emenda realizada pelo jurista Lenio Streck, o novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo legal expresso nesse sentido, em seu artigo 926, ao exigir que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Dito isto, casos idênticos devem possuir a garantia da isonômica aplicação principiológica, conforme explica Streck (2014, p. 1):

[...] Haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Água e azeite.

Desse modo, “[...] a coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido”, o que significa dizer que “[...] qualquer decisão judicial a fundamentação — incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas — deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição” (STRECK, 2014, p. 1). Assim, após a publicação do novo CPC não há que se falar em livre convencimento, porquanto “[...] coerência e integridade são incompatíveis com o voluntarismo judicial” (STRECK, 2014, p. 1). Ao fim e ao cabo, a decisão íntegra e coerente sustenta a impossibilidade de que o cidadão seja surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador.

Em face dessa viragem normativa<sup>46</sup>, “[...] a partir de agora, teremos um lema (padrão) a

---

<sup>46</sup> Para Streck (2014, p. 1), trazer a integridade para o âmago do processo civil possui importantes significados, assim elencados: “[...] Levar a sério o processo e os direitos de seus participantes; É uma mudança de *postura*, ou de *atitude interpretativa* com relação ao processo e as disposições que lhe dizem respeito; É enxergar nos contraditores não meros opositores ou *adversários*, mas sim *membros de uma comunidade política genuína*, que são

seguir: lutar para que o direito seja um conjunto harmônico que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade” (STRECK, 2014, p. 1). Isso, parafraseando Dworkin, se o novo CPC – que traz em seu bojo a possibilidade de uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática<sup>47</sup> - for levado a sério.

Da exegese da novel legislação, extrai-se, portanto, que a aplicação do direito a casos semelhantes deve ser igualitária<sup>48</sup>, utilizando-se como fundamento os mesmos elementos de pré-compreensão. Salienta-se que essa pré-compreensão não pode ser confundida com mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete, consoante afirmava Gadamer. Assim, “[...] o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada”, sendo que “somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas” (STRECK, 2012, p. 106). Em síntese, já que não se parte de um “grau zero de sentido”, a decisão necessariamente deve abarcar a reconstrução da história institucional do direito (fundada em princípios) e a colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito (STRECK, 2012, p. 106).

Esse aporte teórico e legal impulsiona a concretização do estudo proposto, na medida em que se busca refletir sobre quais elementos devem ser previamente compreendidos para a aplicação constitucionalmente adequada do direito à intimidade, no contexto da sociedade em rede, razão pela qual é necessário o enfrentamento do papel do julgador.

Para Isaia (2012, p. 157-159), diante da atividade criativa do juiz, é necessária a imposição de limites à sua liberdade interpretativa, uma vez que a finalidade da jurisdição é a de

---

governadas por *princípios comuns* (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, *aceitam a integridade*, já que aceitam “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”; É entender que coerência é um conceito intercambiável; um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; por isso a integridade é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada”.

<sup>47</sup> Nas palavras de Motta (2014, p. 276), a interpretação construtiva da Constituição leva à tese de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada por uma dupla dimensão da resposta correta: procedimento constitucionalmente adequado e a interpretação dirigida à integridade.

<sup>48</sup> Nesse ponto, importante a explicação dada por Streck (2014, p. 1) de que não se pode ser “coerente no erro”, conforme se depreende do seguinte exemplo prático: “[...] Um exemplo parafraseado de Dworkin: suponhamos que por algum tempo o judiciário vinha declarando que os membros de diversas profissões (médicos, engenheiros, dentistas) eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente”. Em síntese, “a integridade serve para quebrar uma cadeia falsa-equivocada acerca da interpretação de uma lei” (STRECK, 2014, p. 1).

concretizar a Constituição, somente possível com o amparo das decisões em valores, princípios e regras contidos no ordenamento jurídico, separando-se as atividades de julgar e legislar. Nesse viés, os parágrafos constantes no novo dispositivo processual civil,

[...] mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 311).

Percebe-se que o inciso VI, por sua vez, exige, em um primeiro momento, que os juízes apliquem súmula, jurisprudências e precedentes, de modo que, para deixar de fazê-lo, deve promover a adequada justificação. Nesse ponto, há evidente crivo dworkiniano relacionado à preservação da tradição pelo intérprete e o Direito como integridade, consoante descreve Isaia (2008, p. 69):

O fato é que Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e à ficcional imunidade do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. Assim é o Direito. Assim é a atividade jurisdicional sob a tese da integridade do Direito.

Isso, pois, “[...] o juiz tem a responsabilidade (ética/constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição da República”, sendo que “[...] o “sentido” desses direitos e garantias fundamentais exsurgirá da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição de sentido da maneira que bem entender” (HOMMERDING, 2007, p. 179). Nesta senda, “[...] o juiz deve tomar consciência da história efetual, aproximando a tradição da autoridade e da razão. Essa é a sua responsabilidade” (HOMMERDING, 2007, p. 179). Aliando a tradição à necessidade de fundamentação, explica Streck (2014, p. 433) que:

[...] o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na tentativa de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo

ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política.

A decisão judicial, nesse viés, deve estar em consonância com o direito da comunidade política, retomando as ideias do “romance em cadeia” e da integridade concebidas por Dworkin e já expostas. Como bem diz Gadamer, que teve Heidegger como mentor, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedade devem ser afastadas (STRECK, 2014, p. 166-167).

Ocorre que, conforme destaca Sarmiento (2006, p. 200), muitas vezes os princípios constitucionais são utilizados pelos julgadores como “varinhas de condão”, possibilitando qualquer espécie de julgamento decisionista:

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Diante disso, em que pese haver previsão constitucional desde 1988, a inovação trazida pelo artigo 489 do novel CPC é de extrema importância no cenário brasileiro, no qual ainda se percebe a existência de manifestações solipsistas de magistrados que ainda acreditam na decisão conforme a consciência. Esse pensamento, aliás, restou evidenciado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, julgado em 2003, quando o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, assim afirmou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos.

Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2003).

Essa concepção “[...] traduz claramente o viés nefasto do protagonismo judicial, no qual o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 27). Evidentemente que a declaração do julgador acima transcrita não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, conforme crítica realizada por Streck (2006, p. 51):

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, não pode ser assim (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade. [...]* Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos. [...]* Numa palavra: *o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete.* Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: *o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista.* Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia. Como bem alerta Marcelo Cattoni, “o Direito sob o Estado democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.

A motivação, portanto, legitima a atividade jurisdicional, segundo Menezes (2011, p. 183), para quem “[...] é através da motivação que o magistrado demonstra à sociedade não ter havido sua *contaminação psicológica*, ou seja, que suas experiências e valores pessoais não serviram como fundamentos determinantes de sua decisão”. Ademais, “[...] pela motivação – e não pelo mandato sufragado em pleito popular – que o agente político magistrado atesta seu compromisso com os valores sociais e constitucionais”. Exatamente nesse viés vislumbra Cattoni de Oliveira (2007, p. 75):

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem [sic] compreender o exercício de

suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper.

Assim, fica evidente que somente com a devida interpretação da Constituição será possível a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte. O processo civil deve estar atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o que é condição de possibilidade para a defesa da jurisdição estatal e da democracia sem desconsiderar o contexto histórico em que sociedade complexa e pluralista se encontra. Streck denomina a faceta transformadora do Estado Democrático de Direito de *plus normativo*, ou seja, o texto constitucional passa a conter as possibilidades de resgate das promessas de modernidade.

[...] o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro (STRECK, 2009, p. 66).

Em se tratando de direitos fundamentais, como é o caso da intimidade, a observância do texto constitucional é essencial para a consolidação do Estado Democrático do Direito, tendo em vista que deriva-se da dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, consoante já exposto no primeiro tópico.

Diante desse cenário, o julgador não está exclusivamente adstrito a normas constitucionais de natureza procedimental, uma vez que seu papel está diretamente relacionado à tutela da própria Constituição, buscando a efetividade dos direitos e garantias processuais. Nesse sentido, afirma Theodoro Junior (2009, p. 30):

[...] a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e princípios constitucionais de natureza procedimental. É a Constituição mesma que o Poder Judiciário tem o encargo de tutelar. Todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles relacionados diretamente com o processo, têm sua guarda e efetivação conferidas aos órgãos jurisdicionais, tarefas cujo desempenho há de se ver, invariavelmente, cumprida dentro da técnica do direito processual.

Deste modo, para a solução de demandas oriundas da sociedade complexa e em rede, exige-se que a postura do juiz seja condizente a uma tutela constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso significa que o julgador deve proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta, realizando a devida filtragem

hermenêutico-constitucional.

Para Isaia (2012), o paradigma instituído pelo Estado Democrático é fruto da superação de uma série de conquistas, tendo o Estado Democrático de Direito o condão de ser o transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência do Estado Social. Disso resulta a necessidade de releitura e adaptação do processo civil aos princípios constitucionais postos, como ocorre com exigência contida no artigo 489 do novo Código de Processo Civil.

Percebe-se, assim, que um dos desafios do processo no século XXI é garantir direitos consagrados na Constituição, superando a concepção do processo centrado na figura do juiz (solipsista), afastado das partes e do caso concreto. Evidencia-se, assim, a importância da democratização da jurisdição processual, tendo em vista que “[...] uma filosofia no processo parte do pressuposto de que a linguagem é tida como um ponto de partida e reflexão, sendo nela que a Constituição se desvelará e que o sujeito (juiz) solipsista dará lugar a uma participação construída pelo diálogo em processo” (ISAIA, 2012, p. 234). Nesse sentido, “[...] todo o caso concreto levado ao plano processual exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação conteudística (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição” (ISAIA, 2012, p. 234).

Exatamente por essas razões, a jurisdição do século XXI deve se adaptar às exigências de uma sociedade permeada por desequilíbrios sociais, “[...] diante da ocorrência de revoluções tecnológicas, das mutações do sistema produtivo e das transformações da estratificação social” (ISAIA, 2012, p. 17). Esse espectro, em que as relações sociais passaram a ser caracterizadas pela dinâmica da mudança, da instantaneidade, do efêmero, sendo dominadas pela incerteza e pela imprevisão, exige que a jurisdição processual e constitucional faça valer “[...] os direitos sociais oriundos do constitucionalismo contemporâneo e do surgimento de um modelo de sociedade caracterizado pela complexidade e indeterminação” (ISAIA, 2012, p. 17). Para tanto, o julgador deve buscar a “verdade hermenêutica” do caso concreto, atuando de forma autêntica e democrática, conforme alerta Isaia (2012, p. 19):

Trata-se de levar em consideração que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita às condições de temporalidade e compreensão do intérprete, o que viabiliza questionar o rito ordinário e a própria atuação jurisdicional, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz ser-no-mundo, autêntico e democrático. Angustiado, mas responsável. Consciente das consequências de sua decisão e de que ao fim e ao cabo não está a exercer a jurisdição para lançar verdades eternas ou certezas, mas que está à frente de indeterminações. Consciente também do cuidado

(sentido) ao mundo que se abre a sua frente, compreendendo o processo como fenômeno (a partir de sua facticidade), desvelando a realidade que lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade), instaurando seu sentido diante de sua singularidade.

Com base no exposto, verifica-se que o novo Código de Processo Civil estabeleceu no artigo 489 o que se pode denominar metaforicamente de “juiz romancista”, o qual, sob a perspectiva dworkiniana, seguindo a ideia do romance em cadeia, buscará manter a integridade do Direito buscando proferir a resposta adequada ao caso concreto, expressamente fundamentando a decisão e deixando de lado suas convicções pessoais que o conferiam a posição de “senhor da linguagem”, em observância à própria ideia de democracia. Nesse sentido:

Impõe-se o rompimento de uma cultura que há séculos confere ao juiz a posição de senhor da linguagem, local em que se despreza o conjunto de contextos interpretativos, já existentes e em que se dizem direitos de forma livre, independente do elo que o liga ao passado da tradição (autêntica). É finalmente chegada a hora de ultrapassar a figura do juiz que não se preocupa com a democracia e com os direitos sociais, afinal de contas sob o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito tem ele a responsabilidade na proteção desses direitos. Uma responsabilidade ética, constitucional (ISAIA, 2012, p. 25-26).

Adotando essa mesma trilha de pensamento, Espíndola (2008, p. 235) assevera que o “[...] juiz responsável, ética e constitucionalmente, sabe que o direito é uma realidade histórico-concreta e, portanto, não está posto, não é pré-dado, tampouco oscila conforme as arbitrariedades e decisionismos do poder (político, econômico)”. Dito isto, “[...] a questão deixa de ser como o direito pode ser logicamente deduzido a partir da lei, da codificação, para ser “como o direito pode ser hermeneuticamente compreendido a partir da viva linguagem histórica”” (ESPÍNDOLA, 2008, p. 235). A partir dessa perspectiva, tem-se que “[...] o direito justo (a resposta certa) não se oferece presente e pré-existente, como uma substância ou como um estado – tal imagina o cientificismo, o racionalismo”, visto que “na verdade, acontece antes historicamente num processo sem fim, advém só num processo de compreensão, haja vista que inexistente uma justiça objetiva do direito fora desse processo” (ESPÍNDOLA, 2008, p. 235). Daí a necessidade de justificação das decisões e da própria valorização do caso concreto, tendo como âncora o texto constitucional.

Logo, reitera-se a ideia de que o intérprete deve assumir a condição de ser-no-mundo para alcançar a resposta constitucionalmente adequada nos casos submetidos à apreciação. “[...] O problema está, todavia, no *como* deve o juiz labutar na busca do encontro da significação do

fato concreto, ciente de que esta constitui numa das tarefas de maior complexidade do exercício constitucional”, o que é possível através da “[...] aproximação, através da linguagem, entre procedimento, sociedade e direito” (ISAIA, 2012, p. 27).

Por fim, importante referir a passagem trazida por Cattoni de Oliveira (2004, p. 362), para quem

[...] a Constituição da República de 1988, mais do que derogada, reformada ou distorcida, deve ser interpretada, aplicada e vivenciada de modo adequado, deve ser levada a sério e defendida, se quisermos contribuir, como juristas, e construir, como cidadãos, uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil.

Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento da Constituição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação realizada conforme a Constituição, no sentido de garantir direitos fundamentais (como o direito à intimidade) e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Com base no trabalho até então realizado, entende-se que existem seis elementos jurídicos que devem ser previamente compreendidos na construção de decisões judiciais envolvendo a questão do direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, partindo-se da necessidade de a jurisdição processual proferir respostas adequadas à Constituição no Estado Democrático de Direito. Dentre eles, a integridade do Direito, a qual exige que o julgador atualize entendimentos passados ao presente, considerando a legislação aplicável ao caso concreto, especialmente a Constituição Federal, harmonizando princípios, história institucional e o direito vigente, conforme entendia Dworkin.

Ademais, também em alusão ao pensamento dworkiniano, a decisão deve ter coerência, de modo que os mesmos princípios que sejam aplicados nas decisões referentes a casos idênticos, embora cada caso seja único e a ele possa ser conferida uma resposta correta (adequada). Deste modo, a coerência garante a racionalidade à argumentação legal, com atenção aos precedentes de relevante importância e os materiais normativos existentes.

Não se pode deixar de referir a necessidade de fundamentação, exigida tanto na Constituição Federal (artigo 93, IX) como no novo Código de Processo Civil (artigo 489), a qual constitui-se como um direito subjetivo do jurisdicionado e uma garantia processual constitucional. A fundamentação, portanto, é essencial para conferir legitimidade ao ato (decisão

judicial), principalmente na perspectiva de uma sociedade plural, complexa e democrática, sob pena de nulidade.

A pré-compreensão, de que falava Gadamer, por sua vez, perpassa o reconhecimento do contexto social relacionado ao caso. No caso direito à intimidade, no contexto da sociedade em rede, é necessário que o juiz tenha a percepção de que na atualidade esse direito fundamental merece ser enfrentado com mais cuidado e aprofundamento, já que a utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação apresentam inúmeras formas de violação da intimidade, desafiando a tutela desse direito. Deste modo, tal conceito não pode não pode ser confundido com mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete.

Gadamer também destacava a importância da tradição, historicidade que deve ser valorizada de forma autêntica e constantemente atualizada pelo intérprete para que este profira decisão adequada à Constituição. A tradição representa, assim, um elemento primordial para que se decida sobre a intimidade no contexto da sociedade em rede.

Por fim, a resposta adequada à Constituição constitui-se um elemento jurídico que necessariamente deve ser compreendido quando se fala em direito à intimidade e sociedade em rede. É através dela que o juiz deve proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta, realizando a devida filtragem hermenêutico-constitucional. Isso, pois, a Constituição encontra-se no topo normativo e sua observância é essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A partir dos aportes teóricos até então expostos no trabalho, o próximo tópico se destina ao estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal referente ao direito à intimidade e a Internet, a fim de verificar como esses Tribunais estão decidindo esse tema e refletir-se sobre como deveriam decidir, em consonância com os seis elementos de pré-compreensão já expostos, cuja observância é necessária para que as decisões proferidas sejam constitucionalmente adequadas no Estado Democrático de Direito.

**2.3 DIREITO À INTIMIDADE, INTERNET E JURISDIÇÃO:** o contexto decisório do direito à intimidade e da Internet na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

*“A ideia de limitação do Poder Judicial, a partir da refutação da discricionariedade judicial, está pautada na defesa da responsabilidade política dos juízes, tese desenvolvida por Ronald Dworkin. Trata-se da*

*noção de que, no exercício da atividade jurisdicional, os intérpretes devem estar condicionados a um todo coerente e integrado, que é o Direito. Isso vai refletir na busca pela melhor justificação das práticas jurídicas, que se dá a partir da noção de sociedade como comunidade de princípios. Assim, a ideia de integridade perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito (de sua moralidade política), que condiciona o intérprete” (TASSINARI, 2012, p. 43).*

A partir do aporte teórico até então construído na dissertação, e tendo em vista os seis elementos que devem ser previamente compreendidos para que as decisões envolvendo a intimidade, no contexto da sociedade em rede, sejam consideradas adequadas à Constituição no Estado Democrático de Direito, este último subtópico destina-se ao estudo empírico envolvendo intimidade, Internet e jurisdição. A pesquisa empreendida nessa parte do trabalho consiste na verificação do estado da arte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao direito à intimidade e o mundo tecnológico que permeia a sociedade em rede, especialmente com a utilização da Internet.

Conforme explica Pérez Luño (2010, p. 360), o direito à intimidade é constantemente renovado na era tecnológica, de modo que se pode falar em um antes e um depois da informática, o que demonstra a relevância de se discutir esse direito da personalidade em um contexto atual, qual seja aquele da sociedade em rede, permeado pela utilização das tecnologias de informação e comunicação, com ênfase para a Internet. Os posicionamentos doutrinários e dados estatísticos referidos nos tópicos anteriores evidenciaram que, efetivamente, há inúmeras formas de violação da intimidade na sociedade em rede, o que demanda enfrentamento no âmbito científico. As decisões judiciais trarão casos concretos envolvendo essa invasão da intimidade submetidos à jurisdição brasileira, bem como decisões acerca desse direito quando relacionado à Internet, possibilitando a interlocução entre a teoria e a prática, no sentido de sofisticar o estudo proposto.

Aliado a isso, a jurisdição constitucional também sofre os impactos decorrentes de uma sociedade complexa, que se estabelece em rede e de forma global, em que o tempo e o espaço possuem nova roupagem. Giddens (2002, p. 22) destaca o ineditismo do mundo atual ao elucidar que “não só o ritmo da mudança social é muito mais rápido do que em qualquer sistema anterior, mas também a amplitude e a profundidade com que ela afeta as práticas sociais e modos de comportamento pré-existentes são maiores”. Logo, as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário devem ser pensadas e refletidas nesse contexto emergente, conforme se pretende neste trabalho.

Streck (2012, p. 96) alerta que o Brasil é permeado pela “[...] cultura jurídica cuja função

é reproduzir as decisões tribunalísticas”. São amplamente conhecidas as teses de que “[...] a Constituição é aquilo que o STF diz que é” e “[...] o direito infraconstitucional é o que o STJ diz que é”, as quais traduzem a ideia de que o direito é aquilo que o Poder Judiciário diz que é, todas pautadas na concepção de que a lei é traduzida pela consciência do juiz. Isso é materializado através do que Streck (2012, p. 196) denomina “hermenêutica de resultados”, de modo que a decisão é construída por meio do pensamento “decido-e-depois-busco-o-fundamento”, o qual é permeado pela subjetividade do julgador (filosofia da consciência). Tem-se, assim, frequentemente, decisões “por atacado”, ações julgadas por “pilhas”, “decido conforme a súmula X”, “decido conforme decidi anteriormente”, entre outros (STRECK, 2012, p. 114).

Da mesma forma, Isaia (2012, p. 16) alerta a atividade compreensiva está em constante movimentação, sendo importante que a jurisdição processual seja eficiente, deixando de se amparar em fórmulas de precisão (que representam o legado da dogmática jurídica, da filosofia racionalista do século XVII e codificatória do século XIX) ou de sobrelevar o perfil individualista presente nos códigos modernos, sobretudo em uma jurisdição constitucional. Nas palavras do autor:

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada pelo direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, através dos referidos vetores, de superar a metodologia da plenipotenciariade das regras e do modo de aplicação legal reprodutivo; afinal de contas, a atividade compreensiva, que diz respeito às condições prévias de quem interpreta (Heidegger), está em constante movimentação. Urge então buscar uma jurisdição processual que, ao invés de se amparar em fórmulas de precisão ou de sobrelevar o perfil individualista presente nos códigos modernos, seja eficiente em contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente democrático de direito. Seja condizente a possibilitar a efetividade da Constituição (afinal de contas, toda jurisdição, seja ordinária ou não, é constitucional, o que há muito vem alertando Lenio Streck), em acordo com os princípios de direitos humanos e a soberania do povo (ISAIA, 2012, p. 16).

Ao juiz cabe, então, compreender “[...] o processo como fenômeno (a partir de sua facticidade), desvelando a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade), instaurando seu sentido diante de sua singularidade” (ISAIA, 2012, p. 19). A jurisdição constitucional exige que o juiz, como ser-no-mundo, seja autêntico, democrático e responsável, sem, contudo, atuar como protagonista, o que remonta ao solipsismo próprio da filosofia da consciência, conforme alerta Isaia (2012, p. 19-20).

Em tal contexto, o Poder Judiciário não é “nem neutro nem protagonista”, de modo que “[...] aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos

que atuam no processo em um dimensionamento espaço-temporal compatível às exigências constitucionais”, estando, por consequência, “[...] aberto à vida social na medida de sua mutabilidade” (ISAIA, 2012, p. 22).

Com base nessas premissas, mostra-se importante o estudo acerca do estado da arte da qualidade e da adequação das decisões proferidas à Constituição, especialmente nesses Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), visto que os julgados oriundos dessas Cortes são aplicados no restante do país, muitas vezes através de discursos de padronização ou estandardização. Isso ocorre quando “[...] cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão” (BASTOS, 2010, p. 97) e, através dessa postura, é adotado o chamado “senso comum teórico”<sup>49</sup> (um saber não crítico-reflexivo), calcado em discursos de fundamentação prévia e conceitos universalizantes (STRECK, 2012, p. 79).

O estudo jurisprudencial abordará a existência de fundamentação da decisão, a observância da integridade do Direito, coerência e, sobretudo, a adequação do julgado ao texto constitucional, com reflexões sobre tradição e pré-compreensão, a fim de verificar sua compatibilização com o contexto espaço-temporal em que se vive, especialmente em face dos avanços tecnológicos, que trazem novas e complexas demandas para apreciação pelo Poder Judiciário. Serão destacadas as principais ideias convergentes com as contribuições teóricas aludidas neste trabalho sobre o temática do direito à intimidade no contexto da sociedade em rede, bem como os pontos conflitantes, realizando-se, assim, uma investigação global e aprofundada de cada caso concreto.

Acredita-se que mediante a utilização das palavras-chave “intimidade e internet” nas seções de busca dos sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores supramencionados, por meio das óticas quantitativa e qualitativa, será possível encontrar decisões que abranjam diversas categorias e nuances desse direito fundamental, trazendo fundamentos de relevância para a realização de reflexão crítica, no âmbito acadêmico e científico, acerca de um tema complexo e essencial no contexto do Século XXI. Salienta-se, ainda, que o estudo das decisões será realizado

---

<sup>49</sup> Essa expressão foi utilizada por Warat (1995, p. 59), para quem “[...] analisando, há alguns anos, esses mesmos problemas, para o caso específico da produção das verdades jurídicas ‘sentido comum teórico dos juristas’ ao sistema de produção da subjetividade que coloca os juristas na posição de meros consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica”. Na mesma senda, Streck (2012, p. 112) refere que o problema do senso comum teórico “[...] é a não superação do positivismo jurídico naquilo que é o seu principal elemento – a discricionariedade, sustentada, por sua vez, no solipsismo do sujeito da modernidade. Ou seja, o problema é, fundamentalmente, filosófico”.

nos meses de novembro e dezembro de 2016 na pesquisa de jurisprudência, abrangendo, por consequência, as decisões publicadas antes e após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet.

Através dessa observação heterogênea, pretende-se verificar os elementos que norteiam tais julgados, cotejando-os com o aporte teórico construído ao longo da dissertação para responder-se o problema de pesquisa proposto. A pesquisa será norteada, desse modo, tanto por uma observação descritiva das decisões como pela reflexiva, a fim de proporcionar uma compreensão fiel à realidade jurisprudencial, conforme o objetivo do estudo.

### 2.3.1. O Direito à intimidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é um órgão do Poder Judiciário, criado pelo artigo 92, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o qual é composto por, no mínimo, trinta e três Ministros<sup>50</sup>. O STJ, por ser “[...] fruto de amplos debates políticos e de gestão da justiça que permearam o século XX no Brasil”, “[...] criado pela Constituição Federal de 1988 e instalado no ano seguinte, suas decisões influenciam todos os aspectos da vida cotidiana das pessoas”, é também chamado de Tribunal da Cidadania (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

A competência deste Tribunal Superior é bastante ampla, restando definida no artigo 105 da Constituição Federal<sup>51</sup>. Dentre as atividades, destaca-se que o STJ é “[...] a corte responsável

<sup>50</sup> “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

<sup>51</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Tendo em vista que o STJ visa a uniformização da jurisprudência, o principal tipo de processo julgado é o recurso especial, que serve, sobretudo, para que o Tribunal resolva interpretações divergentes sobre dispositivos legais, oriundos da legislação infraconstitucional.

Não há dúvidas, portanto, da importância deste órgão para o cenário jurídico brasileiro, de modo que suas decisões influenciam os julgamentos realizados pelas instâncias inferiores e trazem grande repercussão para os casos concretos levados à apreciação. Por tais razões, na presente dissertação, o STJ foi eleito para a realização da pesquisa jurisprudencial, que visa o estudo do enfrentamento dado pelo Tribunal aos casos que envolvem intimidade e Internet, o que proporcionará o cotejo entre a abordagem teórica e a pesquisa empírica.

A partir disso, através da pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o caminho Início > Jurisprudência > Pesquisa > Jurisprudência do STJ, no campo “Pesquisa livre”, utilizando-se os termos/palavras-chave “intimidade e internet”, foram encontrados doze acórdãos<sup>52</sup>, no período delimitado para o estudo (novembro e dezembro de

---

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (BRASIL, 1988).

<sup>52</sup> As decisões serão analisadas por ordem temporal decrescente, de modo que as mais recentes serão abordadas em um primeiro momento e já datadas na sequência. Ademais, para a viabilidade e abordagem mais ampla, o estudo

2016).

Dentre eles, antes de adentrar ao estudo propriamente dito, cumpre referir que embora tenha sido encontrada mediante o uso dos termos empregados na pesquisa, a decisão relativa à Apn 388/DF Ação Penal (2004/0156017-1), a mesma não se enquadra nos limites da análise jurisprudencial, uma vez que se trata de ação penal (queixa) que envolve crime praticado contra a honra em decorrência de matéria jornalística publicada na Internet. Assim, em que pese a intimidade tenha sido referida em trecho de voto de um dos julgadores, não integrou o objeto principal do processo levado à apreciação pelo STJ, não havendo contribuições relevantes sobre esse tema em específico na decisão. Diante disso, tal decisão será excluída da reflexão crítica, já que não atende ao escopo e aos parâmetros adotados nesta dissertação.

Dessa forma, no âmbito do STJ são estudados onze acórdãos acerca da intimidade e da Internet. Isso, pois, as demais decisões se mostram pertinentes para a realização do estudo proposto, porquanto trazem importantes elementos de compreensão relacionados à intimidade e à Internet, proporcionando o enfrentamento dessas questões, nos termos em que propostos neste trabalho.

Primeiramente, a recente decisão proferida, em 20/10/2016, nos autos do Recurso em Habeas Corpus nº 67.379 - RN (2016/0018607-3), sobre o qual incide diretamente a matéria de Direito Processual Penal, já que relativo ao tráfico de drogas e à prisão em flagrante, traz relevante apreciação da violação de sigilo telefônico. Por ocasião do Voto-Vista, o Ministro Felix Fischer consignou a exigência de ordem judicial para obtenção de informações relativas a dados armazenados nos celulares, principalmente quanto às conversas contidas em aplicativos. Tal necessidade está prevista no Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/14), especialmente no artigo 7º, inciso III, já mencionado no subtópico 1.3 deste trabalho. Segundo afirmou o Ministro,

Quanto ao acesso dos dados armazenados nos celulares, precipuamente, as conversas em aplicativos, a legislação atual preconiza a necessidade de ordem judicial para obtenção dessas informações, conforme externado no voto do Ministro Relator, previsto no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.965/14. A situação de flagrância não admite, nessas ocasiões, a violação aos dados presentes nesses dispositivos, os quais atualmente armazenam informações íntimas que são resguardadas pela Constituição Federal (SUPERIOR

---

restringiu-se aos acórdãos, de modo que não foram analisados os acórdãos de Repetitivos, súmulas, decisões de afetação (recursos repetitivos), decisões monocráticas, informativos de jurisprudência na pesquisa no sítio eletrônico do STJ e do STJ não foram objeto da pesquisa as súmulas, as súmulas vinculantes, as decisões monocráticas, as decisões da presidência, as questões de ordem, casos de repercussão geral e informativos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Relator Ribeiro Dantas, o qual destacou a necessidade de autorização judicial e o sigilo telefônico das mensagens armazenadas no aparelho apreendido pelos policiais no momento do flagrante:

A Lei n. 12.965/2014, ao estabelecer os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê: "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial". In casu, verifica-se que os agentes policiais, ao ingressarem no domicílio do corréu, apreenderam os aparelhos de celular de ambos do acusados e, em ato contínuo, extraíram o conteúdo de mensagens trocadas através do aplicativo whatsapp, sem prévia autorização judicial, que comprovariam a prática do crime de tráfico de entorpecentes pelo ora recorrente. Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública.

Veja-se que essa fundamentação demonstra que o STJ está observando recente legislação publicada no Brasil sobre o tema, a qual entrou em vigor em 23 de junho de 2016, evidenciando que o Marco Civil está compondo o romance em cadeia da relação que se estabelece entre direito à intimidade e Internet. É possível verificar que o julgador refere o texto constitucional – que estabelece a inviolabilidade do sigilo telefônico – como ponto de partida e chega na norma específica sobre o tema, qual seja o Marco Civil da Internet, na função que lhe cabe como romancista, na perspectiva do entendimento dworkiniano e da integridade do Direito.

No julgado supramencionado evidencia-se que o Tribunal, neste caso em específico, proferiu decisão adequada à Constituição, ao fazer prevalecer o direito à intimidade resguardado no texto constitucional, o qual não permite a violação de dados contidos em aparelho celular sem autorização judicial. Consoante asseverou o Ministro Relator,

Por certo, o art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução

criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ressalta-se que, por unanimidade, os Ministros integrantes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a ilegalidade das provas obtidas no celular do réu (preso em flagrante por tráfico de drogas) e determinaram o seu desentranhamento dos autos, em virtude do desrespeito à legislação do Marco Civil da Internet, que exige autorização judicial para violação do sigilo telefônico e ao direito à intimidade, previsto no texto constitucional.

A violação do direito à intimidade não caracteriza, na essência, o Século XXI, já que essa prática ocorre há muito tempo. A atualidade, contudo, é permeada pela utilização de novas e sofisticadas ferramentas, que possuem um alto potencial lesivo, já que uma publicação na Internet de informações pessoais de outrem traz severos impactos para a vítima, que tem seu íntimo revelado, sem barreiras espaciais e temporais.

Diante disso, é essencial que os julgadores tenham essa percepção e, ao proferirem a decisão, agreguem elementos do passado e atualizem-nos ao presente, pois, como afirmava Dworkin (2003, p. 275), os juízes “[...] são igualmente autores e críticos” desta história institucional em que se encontra o Direito, considerando que são, de forma simultânea, intérpretes e autores de determinada tradição jurídica, resgatando e colocando em prática as normas do passado, que, por eles, são (re)interpretadas. Nesse sentido, comentando o pensamento dworkiniano, explica Streck (2013, p. 361):

Para o jusfilósofo, há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete, ou tão-só autor. A jurisdição deve imbricar a história jurídicoinstitucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje. O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores, e como resultado proceder de forma que encontre maior adequação (Dimension of Fit) e que torne determinada prática legal a melhor possível (Dimension of Value, dimension of political morality, justification).

A concretização disso é o respeito à integridade do Direito, tal como ocorreu no julgado acima exposto, o qual trouxe uma previsão constitucional relacionada à inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais e, para atualizar o caso concreto à legislação, trouxe como fundamento o Marco Civil da Internet, que exige autorização judicial para que ocorra tal violação.

Percebe-se, diante dessas considerações, que a decisão do STJ em comento está devidamente fundamentada (nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal e do artigo 489 do novo Código de Processo Civil), contemplando dispositivos legais relevantes para o deslinde da controvérsia e destacando o contexto-fático do processo e do flagrante, evidenciando que a decisão não está viciada pelo paradigma instituído pela filosofia da consciência/subjetividade, porquanto íntegra (os juízes construíram seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito), coerente (as normas foram interpretadas e a decisão modelada em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos) e justificada (houve observância à necessidade de fundamentação).

Na sequência, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2015/0312729-6, julgado em 02/08/2016, pela Quinta Turma, aborda a questão da indicação, no Sistema Eletrônico da Justiça Federal, de réu maior de idade e da tipificação do delito do qual é acusado em ação penal. No caso, o réu é acusado de fornecer e divulgar, via Internet, imagens pornográficas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes e inconforma-se com vinculação de seu nome a esse delito, alegando violação à intimidade. Para o réu, o segredo de justiça visa proteger o direito à intimidade da parte, em especial diante da enorme (e justificável) repulsa pública que o delito que lhe foi imputado causa à sociedade.

Em segunda instância, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região havia entendido que os demais crimes previstos na legislação também são rechaçados pela população, de modo que o acolhimento da pretensão do réu ensejaria “a extensão do decreto de sigilo absoluto a toda e qualquer tipificação legal de delitos, com a conseqüente eleição do direito à intimidade como regra nos processos criminais”, o que segundo o Tribunal, relegaria “o princípio da publicidade como exceção, em total contrariedade a Carta Magna e a legislação infraconstitucional”, porquanto “o processo criminal deve ser público por excelência, notadamente com o intuito de desmotivar a prática de crimes e preservar a transparência necessária à vigilância pela sociedade”.

Foi ressaltado ainda que, por tratar a ação penal subjacente de crimes previstos na legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) -, impõe-se apenas a publicidade restrita às fases do processo”, no sentido de “[...] resguardar o direito à intimidade das crianças e adolescentes, de molde a evitar o acesso irrestrito ao material contendo pornografia infantil, não se vislumbrando razões autorizadoras do sigilo absoluto reclamado”.

O Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca manifestou entendimento ratificando a fundamentação aduzida em segunda instância destacando a prevalência do princípio constitucional da publicidade dos atos processuais, previsto no artigo. 5º, LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para o Relator,

Assim sendo, a eventual decretação de uma exceção que justificaria a imposição de sigilo absoluto aos dados básicos de um processo judicial não constitui direito subjetivo da parte envolvida em processo que tramita sob sigredo de justiça, demandando, ao contrário, uma avaliação particular que delimite o grau de sigilo aconselhável em cada caso concreto, avaliação essa devidamente fundamentada em decisão judicial. De ressaltar-se, ademais, que não configura violação à intimidade a identificação do nome de réu maior de idade em ação penal (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

A partir disso, além da supremacia da publicidade, o Ministro Relator entendeu pela legitimidade e supremacia do interesse público em acompanhar a resposta estatal à repressão de crimes em face do direito do réu de proteger seu nome sob sigilo. Veja-se que, conforme já afirmado anteriormente, em alguns casos ao direito à intimidade não é dada prevalência, especialmente quando se trata do direito à publicidade aliado ao interesse público. Embora não tenha sido referida eventual ponderação entre os direitos ou maior aprofundamento da colisão de princípios, a decisão deixou evidente que o nome e o crime praticado pelo réu devem ser divulgados.

A carência de fundamentação é notória, já que não foi esclarecido pela Corte a razão pela qual a publicidade prevalece quanto à divulgação de réu em ação penal em sistema eletrônico, todavia, o sigredo de justiça conferido ao processo resguarda o direito à intimidade das crianças e adolescentes, evitando o acesso irrestrito ao material contendo pornografia infantil, em atenção ao texto constitucional e à legislação específica. Não há dúvidas quanto à importância desse resguardo, no âmbito processual, o qual se torna ainda mais essencial considerando que as provas relativas à pornografia infantil já demonstram que o direito à intimidade dessas vítimas restou violado com o fornecimento, divulgação e publicação, por meio da rede mundial de computadores, destes materiais.

Todavia, a respeito da exposição do réu por meio do Sistema Eletrônico da Justiça Federal não houve maior aprofundamento ou enfrentamento no plano teórico pelo STJ, o qual negou provimento ao recurso, por unanimidade, tendo como argumento apenas a prevalência do interesse público, deixando de cumprir com o dever constitucional de fundamentação, previsto no artigo 93, IX, bem como no artigo 489 do novo Código de Processo Civil, sobretudo quanto a

ocorrência de violação da intimidade e razões para a prevalência da publicidade no caso.

Sabe-se que os direitos fundamentais não são absolutos, apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, pois, nas palavras de Sarmiento e Galdino (2006, p. 293), “[...] a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”. Entretanto, para que sejam relativizados (ou restringidos) em determinada situação deve haver, por óbvio, uma decisão judicial fundamentada. Importante esclarecer que o presente trabalho não possui o escopo de enfrentar a questão da colisão de direitos fundamentais e as formas de solução e sim verificar a observância do dever de fundamentação da decisão, especialmente quando relacionada ao direito à intimidade.

Outra decisão relevante para a pesquisa consiste no julgamento do RHC 51531/RO Recurso Ordinário em Habeas Corpus (2014/0232367-7), ocorrido em 19/04/2016, pela Sexta Turma. Na oportunidade, o STJ analisou a validade ou não de prova em face da ausência de autorização judicial para perícia no celular. O entendimento constante na decisão recorrida era no sentido de “[...] não ser imprescindível a decisão judicial para realização de perícia em aparelho celular apreendido pois a lei permite até mesmo a violação de domicílio para efetuar prisão em flagrante”. Assim, a Corte Estadual considerou válida a prova pericial decorrente da degravação do conteúdo constante do aparelho celular do paciente, ao entender pela inexistência de ilegalidade a ser sanada.

Entretanto, por ocasião de seu voto, o Ministro Relator Nefi Cordeiro enfatizou a evolução tecnológica, especialmente do celular, o qual atualmente permite inúmeras funcionalidades, de modo que a violação do direito à intimidade se torna ainda mais evidente.

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Destarte, o Ministro mencionou a proteção constitucional do direito à intimidade, bem como a exigência de autorização judicial para acesso de dados contida no Marco Civil da Internet, mostrando-se a decisão aprofundada e acertada, porquanto acompanha a evolução da tecnologia, as inúmeras possibilidades que ela permite (sobretudo, de violação da intimidade) e as

consequências de eventual acesso desautorizado. Pode-se dizer que o julgado está em consonância com a teoria da integridade do Direito, de Dworkin, já exposta nos subtópicos 2.1 e 2.2 desta dissertação, uma vez que, diante da complexidade da sociedade em rede e das novas formas de lesão a direitos constitucionalmente previstos, a decisão é coerente com o Direito vigente e, ao mesmo tempo, adequada ao caso submetido à apreciação judicial e à temporalidade.

Considerando que o Direito, norteado por regras e princípios, não possibilita juízos discricionários, Dworkin entende que cada julgamento comporta uma resposta correta, a qual “[...] habitará no contexto da coerência do sistema normativo” (HOMMERDING, 2012, p. 100). Por essa razão, a resposta correta de cada caso deve vir acompanhada do que Dworkin chama de “justificação plausível”, porquanto “[...] qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiça” (DWORKIN, 2010, p. 186).

Diante disso, a resposta oferecida pelo STJ, tendo em vista a unicidade e a complexidade do caso, consiste em reconhecer que as provas em processo podem ser admitida se houver autorização judicial para perícia no celular. Essa resposta pode ser considerada adequada, pois embora não contenha referência à legislação aplicável, alerta para um novo paradigma de violação da intimidade, qual seja aquele instaurado pelas novas tecnologias e ferramentas, como é o caso do *whatsapp* (aplicativo que permite conversações entre indivíduos, bem como o envio de arquivos, fotografias, entre outros).

O julgador, inclusive, destacou que uma simples investigação do celular de uma pessoa permite acesso a inúmeras informações contidas nos aplicativos e no próprio aparelho, o que justifica a necessidade de que haja autorização judicial para a perícia, exigência esta que resta expressa no Marco Civil da Internet, referido pelo Ministro, demonstrando que o mesmo cumpriu sua responsabilidade em valorizar a história constitucional e atualizá-la ao presente, seguindo o entendimento dworkiniano.

Cabe lembrar que o subtópico 1.1 deste trabalho, que trouxe exposição teórica relacionada à transição das tecnologias analógicas para as digitais, abordou a vulnerabilidade da intimidade diante da utilização das tecnologias de informação e de comunicação, conforme reconheceu o Ministro Relator em seu voto, que se revela constitucionalmente adequado, íntegro e coerente e de acordo com a complexidade espaço-temporal do Século XXI.

Ainda no contexto deste julgamento, imprescindível a análise do Voto-Vista proferido

pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, tendo em vista que o julgador realizou minuciosa contextualização do caso concreto, bem como de precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (HC n. 91.867/PA). O STF considerou, à época, que as autoridades policiais não tiveram acesso às conversas entre os pacientes e o executor do crime, de modo que de posse do aparelho apenas procuraram obter os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, de acordo com o Código de Processo Penal.

Com efeito, o Ministro Rogerio destacou que essa decisão não está mais adequada ao contexto em que se vive, no qual um simples aparelho de celular permite acesso a dados armazenados no mesmo e também informações contidas em diversos aplicativos, possibilitando maior invasão da intimidade do proprietário. Assim entendeu o Ministro:

Os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje. Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores. Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

É evidente que os Tribunais cotidianamente se deparam com questões relacionadas ao direito probatório e, sobretudo, atinentes a “provas invasivas”, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais. Usa-se aspas, pois se é invasiva não pode ser considerada prova, porquanto inconstitucional (desprovida de autorização judicial). Com efeito, a prova consiste em um suporte material, de modo que a Internet muda e traz impactos para a coleta de informações. Todavia, os critérios que se utiliza para considerar uma prova ilegal ou inconstitucional são os mesmos.

Nesse ponto é que se pretendia chegar na presente dissertação, uma vez que as novas tecnologias desafiam o processo e o Poder Judiciário, sobretudo quando envolvem direitos fundamentais (como é o caso da intimidade), e cada caso concreto submetido à apreciação

judicial exige que a decisão seja íntegra, coerente, fundamentada e que observe a tradição.

Cabe, neste momento, alusão ao pensamento de Ost (1999, p. 63-66), para quem a tradição não sobrevive sem adaptação, sem a aptidão para produzir coisas inéditas em quadros antigos. Logo, o enigma da tradição está em renovar o fio da continuidade, incorporando a inovação e a reinterpretação que o passado exige. Não cabe, nesta vertente, a mera reprodução do passado ou de decisões antigas pelo julgador que se depara, no presente, com um caso concreto único e irrepetível.

As regras, em sua maioria, são do passado. As novas tecnologias e seus impactos na sociedade e nos direitos fundamentais, por outro lado, são presente e futuro, sendo essencial que o julgador valorize a história institucional do Direito e atualize a decisão ao presente, em observância à integridade do Direito de que tanto falava Dworkin. E o acerto aqui constado é que os julgadores percebem tais avanços e buscaram, da melhor forma, adequar a decisão a esse panorama que caracteriza o Século XXI. Nesse sentido, salienta Knijnik (2014, p. 179), para quem:

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto res tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos". Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar.

A sensibilidade do julgador em perceber tais nuances, adequando-se ao presente, sem deixar de observar o texto constitucional, permitiu a constatação de que "[...] o precedente do HC

n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante”. Além disso, o Ministro Rogerio, em seu Voto-Vista, realizou exposição acerca do caso *Riley versus California*, mediante jurisprudência comparada para relatar a experiência da Suprema Corte norte-americana. No julgamento realizado pelo estado norte-americano foi consignado que

Um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção.

Ao final, o Ministro ressaltou que “[...] sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016). Tal afirmação demonstra a necessidade de que o romance em cadeia, de que falava Dworkin, deve ser realizado na prática, com constante atualização, de modo que a interpretação dada pelo julgador, deve observar a integridade do Direito, harmonizando os princípios, a história institucional e o direito vigente.

O Voto-Vista da Ministra Maria Thereza de Assis Moura também trouxe importantes considerações para o presente estudo, na medida em que enfatizou que os dados constantes nos aparelhos de celular estão resguardados pelo direito à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal:

Nos tempos que correm, os chamados smartphones, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular. Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

A Ministra demonstrou estar atualizada quanto à legislação e ao contexto tecnológico atual ao mencionar a aplicabilidade do já referido artigo 7º, III, do Marco Civil da Internet no Brasil, que estabelece “[...] a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (BRASIL, 2014). Veja-se que, novamente, o STJ demonstrou aplicar a teoria dworkiniana, ao respeitar a história institucional, atualizando e cumprindo as exigências do hoje, concretizando a integridade do Direito.

Assim, na lógica do romance em cadeia preconizado por Dworkin, “[...] o julgador figura em um espaço intermediário entre o tradutor (que apenas reproduz o que já foi escrito) e o criador (que dá início a um novo romance, sem considerar o que já foi escrito antes)” (MOTTA, 2010, p. 119). Ao intérprete cabe, então, manter uma coerência formal com o que já existe e também desenvolver a história com base na atualidade, para assim proferir a resposta correta, cumprindo sua responsabilidade política. Deste modo, o juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores e, como resultado, proceder de forma que encontre maior adequação e que torne determinada prática legal a melhor possível (STRECK, 2016, p. 236).

Pode-se dizer, ainda, que o Marco Civil da Internet no Brasil, como um capítulo do romance em cadeia, pode inspirar outros países a também regulamentarem as questões que envolvem as tecnologias de informação e comunicação e a sociedade em rede, especialmente conferindo proteção ao direito à intimidade nesse cenário. E mais, legislações como a brasileira podem inspirar a construção de um marco global no futuro, dada a necessidade de que as relações que se estabelecem em rede sejam abrangidas pelos ordenamentos jurídicos de cada país.

Com base nesses argumentos, os quais demonstram a extensa, minuciosa e adequada fundamentação da decisão em apreço, os Ministros da Sexta Turma deram provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos, em observância ao direito à intimidade.

Por conseguinte, o AgRg no RMS 47414/MG Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança (2015/0013449-4), julgado pela Segunda Turma, em 17/11/2015, enfrentou a divulgação da remuneração em sítio eletrônico governamental de servidor público estadual. O Ministro Relator Humberto Martins apenas referiu que

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a divulgação nominal da remuneração de servidores públicos em sítio eletrônico governamental na rede mundial

de computadores internet não configura lesão aos princípios constitucionais do direito à intimidade ou à vida privada, inexistindo direito líquido e certo à não divulgação da referida informação (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

No voto acima mencionado foram colacionadas outras decisões no mesmo sentido, evidenciando que esta questão da divulgação da remuneração e demais informações dos servidores públicos na Internet está sendo analisada em julgamentos que trazem a reprodução de outros, com discursos de padronização e standardização. Isso, pois, seria necessário um enfrentamento minucioso da própria Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), a qual trouxe a publicidade como regra geral e o sigilo como exceção, no âmbito da Administração Pública, mas não determinou a divulgação de salários dos servidores.

Assim, a decisão judicial, para ser melhor fundamentada e adequada à Constituição Federal, deveria abordar a importância de divulgação de dados pessoais dos servidores para a efetivação da transparência estatal, tendo em vista que essas informações são, *a priori*, protegidos pelo direito à intimidade. Em se tratando de um direito fundamental, não basta que decisões sejam reproduzidas ao argumento de que há um interesse público na divulgação de remunerações, sobretudo quando envolve a publicização de informações íntimas que podem trazer prejuízos ao servidor por ferir, inclusive, a segurança.

Curiosamente, em julgado transcrito pelo Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “[...] quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate”, mas, para a Corte Suprema “[...] é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor”. Ademais, “[...] é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano” (MS 18.847/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014). Extrai-se que para ambos os Tribunais a fragilização da segurança física ou corporal dos servidores é inerente à carreira pública, o que, salvo melhor juízo, não resta estabelecido em nenhuma legislação. A coerência e a integridade do Direito, nesse aspecto, não estão observadas em tais julgamentos.

Salienta-se, outrossim, que a decisão ora analisada sequer trouxe uma fundamentação para o indeferimento do pedido, sendo tão-somente afirmado que a divulgação não viola o direito à intimidade, com a reprodução de decisões jurisprudenciais. Ora, em processo submetido ao

juízo de uma Corte Superior espera-se, ao menos, maior e melhor esclarecimento das razões de decidir, em atenção ao artigo 93, inciso IX, do texto constitucional, sem olvidar que o artigo 489 do novo Código de Processo Civil ainda não estava em vigor no país à época dessa decisão. Além disso, em razão da publicização de informações na Internet, que possui ampla difusão, armazenamento e captação de dados, consoante exposto no subtítulo 1.1., fragilizando e tornando vulnerável o direito à intimidade daqueles que possuem seus dados expostos na Rede. Contudo, o julgamento limitou-se a ratificar outras decisões tribunalísticas, no esquema demanda-tipo, decorrente de uma relação-modelo, que enseja solução-padrão (BASTOS, 2010, p. 97), de modo que os Ministros da Segunda Turma do STJ, por unanimidade, negaram provimento ao agravo regimental.

Com efeito, esse julgado reflete que o STJ decidiu pela prevalência da publicidade, desconsiderando a intimidade que todo e qualquer indivíduo possui (mesmo na condição de servidor público), sem que a legislação específica tenha determinado a divulgação irrestrita de salários. Tal julgado contraria a integridade e a coerência do Direito, e demonstra a reprodução de decisões que refletem o pensamento subjetivo do julgador. Todavia, como já afirmava Dworkin (2002), “[...] não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (fit) e a justificação (justification) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política”. Tendo como base o pensamento Dworkiniano, Streck (2012, p. 1) defende que os juízes não decidam arbitrariamente ou subjetivamente, ao afirmar que:

Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser juiz. São os dois corpos do rei, como diria Kantorowicz. Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito.

A complexidade das demandas, a velocidade inerente às relações no Século XXI e as novas potencialidades para a violação de direitos fundamentais exigem que o julgador não utilize de sua consciência pessoal para decidir. Afinal, decisão não vem do sentimento do juiz. O julgamento deve, assim, ser íntegro, coerente e, sobretudo, estar adequado à Constituição, o que não se verificou na decisão em comento.

O REsp 1306157/SP Recurso Especial (2011/0231550-1), por sua vez, julgado em 17/12/2013, pela Quarta Turma do STJ, abordou o caso de vídeos divulgados em *site* de

compartilhamento (Youtube) e a ofensa do direito à imagem, bem como a (des)necessidade da indicação de URL'S (endereços virtuais) para o dever de retirada de conteúdo.

Na decisão, em específico, apenas foi discutida a possibilidade de um provedor de Internet cumprir decisão judicial que determinou a retirada de apontado conteúdo falso de suas páginas. Ou seja, a pauta de julgamento permeou a possibilidade técnica de controle por parte do provedor quanto a conteúdos publicados por terceiros *online*. O Ministro Relator Luis Felipe Salomão iniciou seu voto destacando que

Saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, noticiam-se violações à intimidade e à vida privada de pessoas e empresas, julgamentos sumários e linchamentos públicos de inocentes, tudo praticado na rede mundial de computadores e com danos substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo. 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 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Evidencia-se uma preocupação do julgador com a vulnerabilidade da intimidade diante das potencialidades da rede mundial de computadores, em que ocorre fácil e rápida disseminação de conteúdos, o que, em alguns casos, culmina até mesmo na prática de crimes. O Relator referiu a existência de controvérsias quanto ao tema e a inexistência de legislação específica, porquanto o caso foi julgado em 2013 e o Marco Civil da Internet, que disciplinou o tema da responsabilidade dos provedores de Internet, foi publicado e entrou em vigor no ano de 2014, consoante exposto no subtópico 1.3 deste trabalho.

Apesar disso, o STJ vinha entendendo pela responsabilidade do provedor de Internet de retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL's) (REsp 1175675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/08/2011). Em tal precedente, o Ministro Raul Araújo posicionou-se no sentido de que

[...] o provedor de Internet tem de dispor dos meios de contenção dos problemas gerados no ambiente por ele administrado. Não penso que possa alegar incapacidade técnica para

conter abusos que ele mesmo deixe propagar através da rede. Se não tem condição de contenção desses problemas, não deve deixar que sejam gerados. A responsabilidade social é algo que faz parte da vida do mundo dos povos civilizados. Esses provedores de Internet têm de conviver num ambiente civilizado, ou seja, que respeite a esfera particular, a intimidade, a honra das pessoas. Têm de ter, necessariamente, as ferramentas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Essa percepção do Ministro vai ao encontro do exposto no subtópico 1.3, na medida em que reconhece a vinculação dos particulares ao direito à intimidade. Como visto, o direito fundamental à intimidade também deve ser observado nas relações entre particulares, como no caso dos provedores de Internet e dos usuários da Rede. Isso perpassa a importância de os provedores de Internet contenham eventuais violações de direito causadas por terceiros, como nesse caso cessando a veiculação de vídeo no sítio eletrônico Youtube (*site* que permite que usuários da Rede carreguem e compartilhem vídeos em formato digital). Sobre esse provedor, em particular, o Ministro Relator realizou um alerta no seguinte sentido:

É de se ter em mente que os sites que fornecem o serviço de hospedagem de vídeos - como é o caso do youtube, ou outros sítios que oferecem serviço de hospedagem em geral -, ainda que se intitulem como serviço gratuito, este se refere apenas aos usuários que se hospedam nesses ambientes virtuais. O lucro dos provedores hospedeiros, dentre outras fontes, é extraído de serviços de publicidade, os quais serão tanto mais eficientes quanto maior for o número de acesso (ou usuário). E, nesse passo, é evidente que a ampla liberdade de acesso, o anonimato por vezes propiciado pelo próprio provedor, a ausência de ferramenta capaz de controlar manifestações (saudáveis ou não) no ambiente virtual, tudo isso contribui para o incremento de usuários e se apresenta como chamariz eficiente (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Deste modo, em que pese se intitular como um serviço gratuito, o Youtube lucra com serviços publicitários que estão diretamente relacionados ao número de acessos e de usuários, razão pela qual, no entender do Ministro, a “[...] alegada incapacidade técnica de varredura de conteúdos incontroversamente difamantes é algo de venire contra factum proprium, inoponível em favor do provedor de internet” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013). Assim, devem ser imputadas aos provedores as consequências “[...] geradas pela ausência de controle dos usuários de seus sites - que na verdade são seus clientes -, os quais inegavelmente fomentam o lucro da empresa” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Restou consignado no acórdão que os provedores possuem capacidade técnica para identificar as páginas que contenham, de forma clara e objetiva, o conteúdo indicado pelos usuários como ilícitos. O Ministro Relator destacou, ainda, existir uma participação instrumental do provedor (como fornecedor do ambiente virtual), quando “[...] sabedor da potencialidade

lesiva do ato e da possibilidade de rápida disseminação da informação pelo ambiente preparado por ele próprio, não retira a informação do ar tão logo chegue ao seu conhecimento”<sup>53</sup> (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Por fim, a decisão em comento trouxe a necessidade de que o provedor de conteúdo propicie meios para que se possa identificar cada um dos usuários que violem direito de terceiros, a fim de coibir o anonimato. Nesta senda, o STJ consignou que o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na Internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar. A decisão destacou também que o prazo de retirada dos mencionados vídeos é de 24 horas, em decorrência da velocidade em que a informação circula na Internet. No julgado foi dado parcial provimento ao recurso especial apenas no tocante ao valor da multa, mantida a decisão impugnada quanto ao restante.

Oportunamente, imprescindível referir que alguns argumentos que embasaram a decisão acima exposta já não imperam no presente, em decorrência da publicação do Marco Civil da Internet. Tal legislação estabeleceu em seu artigo 19 que a responsabilização civil do provedor por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros somente ocorrerá 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).

Antes do Marco Civil não se exigia a ordem judicial específica para a retirada de conteúdos, consoante majoritária jurisprudência do STJ, o que restou evidenciado, inclusive, no

---

<sup>53</sup> Registre-se que esse posicionamento já havia sido firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento anterior, assim ementado: “[...] A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhas da vida em comunidade, seja ela real ou virtual. Essa co-responsabilidade - parte do compromisso social da empresa com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo - é aceita pelo Google, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, não bastam, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento e multiplicação de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas. (REsp 1117633/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 26/03/2010)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

caso em apreço. Todavia, a novel legislação trouxe previsão expressa no sentido de que o Poder Judiciário determine providências por parte do provedor, suprimindo controvérsias que existiam sobre o tema no Brasil. Por outro lado, o dispositivo legal não foi claro quanto à obrigatoriedade – ou não – de indicação da URL (endereço virtual) para o cumprimento da ordem de remoção do conteúdo infringente da rede ou se basta o fornecimento de elementos que permitam a identificação específica do material indesejado por parte do usuário. Essa fragilidade tem repercutido em decisões judiciais divergentes, havendo incerteza quanto a essa questão, o que inviabiliza precisa reflexão crítica no presente momento e demonstra a viabilidade de estudos futuros sobre a temática.

O REsp 1334097/RJ Recurso Especial (2012/0144910-7), julgado pela Quarta Turma, em 28/05/2013, envolveu caso de pessoa acusada de envolvimento em crime (Chacina da Candelária) e, posteriormente, absolvido, havendo veiculação de reportagem no programa Linha Direta – Justiça da TV Globo (Globo Comunicações e Participações S.A.) com menção ao nome do autor da ação indenizatória. A decisão perpassa, deste modo, o interesse público e o direito à informação relacionado ao delito, o direito ao esquecimento (também chamado de direito de ser deixado em paz), o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro e a inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. O referido crime ocorreu em 1993 e a matéria jornalística foi ao ar em 2006, ou seja, treze anos após os fatos.

Em seu voto, após expor questões de natureza processual, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão adentrou em tema já enfrentado neste trabalho no subtópico 1.3, qual seja a constitucionalização do Direito, o que tornou a Constituição o foco, de modo que os princípios constitucionais passaram a influenciar diretamente a interpretação da legislação constitucional. Na esteira do que foi afirmado ao longo deste estudo, a Constituição, portanto, está no centro de todo o sistema jurídico, irradiando sobre toda aplicação do Direito no Brasil. Deste modo, é o registro feito pelo Ministro:

Esta Turma já afirmou, no julgamento do REsp. n. 1.183.378/RS, que, depois da publicização do direito privado, vive-se a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional. Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade"

(BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

A partir disso, o Ministro trouxe uma reflexão de extrema importância relativa ao papel do Superior Tribunal de Justiça, pois, mesmo que possua a incumbência de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode virar as costas para a Constituição Federal, em desconformidade com a força normativa da Constituição<sup>54</sup> de que falava Hesse (1991, p. 19-20), consoante mencionado no subtópico 1.2. Assim ressaltou o Ministro:

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Isso é essencial para que a Corte profira decisões constitucionalmente adequadas, observando a tese de autoria de Streck (2007, p. 142), segundo a qual toda e qualquer decisão judicial seja objeto de filtragem hermenêutica e constitucional, respeitando a já mencionada integridade do Direito, consoante também exposto de forma mais ampla no subtópico 1.2. A partir dessas premissas, reitera-se que a resposta adequada, em cada caso concreto, está diretamente relacionada à exigência constitucional e democrática de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, “[...] normas e princípios constitucionais são invocados na jurisprudência do STJ como parâmetro para a adequada interpretação e aplicação das leis federais e dos

---

<sup>54</sup> Ao abordar a competência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Zavascki (2012, p. 13) destacou que todos os órgãos do Poder Judiciário estão investidos da jurisdição constitucional, afirmando que “[...] qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Aí reside justamente a essência do que se denomina jurisdição constitucional: é a atividade jurisdicional do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição. Nessa seara, não há dúvida que ao STF cabe, precipuamente, a guarda da Constituição; todavia, também é certo que essa não é atribuição exclusivamente sua. Pelo contrário, se nos tocasse apontar um signo marcante e especial do Poder Judiciário brasileiro, esse certamente é o da competência difusa atribuída a todos os seus órgãos e a todos os seus agentes para, até mesmo de ofício, cumprir e fazer cumprir as normas constitucionais, anulando, se necessário, atos jurídicos, particulares ou administrativos, concretos ou normativos, com elas incompatíveis. Em outras palavras: todos os órgãos do Poder Judiciário estão investidos da jurisdição constitucional, não se podendo imaginar que tal atribuição seja estranha ao plexo de competência de um dos principais tribunais da Federação, que é o STJ”.

tratados” (ZAVASCKI, 2012, p. 13). O Ministro Relator referiu, destarte, que o STJ deve buscar “[...] na própria Constituição Federal o fundamento para acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta ao texto constitucional” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Com prudência o Ministro reconheceu, ainda, que o tempo presente, do Século XXI, pautado por transformações sociais, culturais e tecnológicas, está em descompasso com a legislação, o que culmina na busca pela tutela jurisdicional para a solução de conflitos que envolvem direitos consagrados no ordenamento jurídico.

A controvérsia ora instalada nos presentes autos diz respeito a conhecido conflito de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, mas que as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram-se de lhe atribuir também uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado. Neste campo, o Judiciário foi instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

O caso concreto, então, circunda o interesse de "querer ocultar-se" (direito da personalidade) e o também legítimo interesse de se "fazer revelar" (liberdade de informação). Isso porque o autor pretendia o reconhecimento do seu direito ao esquecimento, “[...] um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013). Tal direito restou contemplado pelo Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

O acerto do Ministro consiste em reconhecer que a Internet torna complexa a ideia do direito ao esquecimento, em virtude do alcance e do armazenamento de informações pelo ciberespaço, o que restou amplamente reforçado pelo marco teórico que embasou o subtópico

1.1. A publicação de conteúdos, evidentemente, é potencialmente mais gravosa no âmbito informacional.

A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado. Em razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levantando-se, também no âmbito do direito comparado, o conflituoso encontro entre o direito de publicação - que pode ser potencialmente mais gravoso na internet - e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

A Internet “[...] desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013). Todavia, em que pese a contextualização supramencionada e o reconhecimento da complexidade em torno da Internet e da proteção de direitos da personalidade, o julgado em comento abordou a aplicação do direito ao esquecimento às publicações na mídia televisiva. Inobstante, trouxe contribuições relevantes para a análise do tema.

Vive-se, como visto, na atual sociedade da hiperinformação ou sociedade informacional, na qual parecem evidentes os “[...] riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, 2013, p. 113). Na modernidade, ocorre “[...] a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da intimidade/privacidade por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Com efeito, a teoria construída no subtópico 1.1. torna perceptível que, de fato, ocorre, neste novo mundo tecnológico, a superexposição das pessoas (por iniciativa própria ou de terceiros) e constantes invasões à intimidade, a qual muitas vezes consiste em mercadoria para consumo pela coletividade, como no caso submetido ao julgamento pelo STJ, segundo salientou

o Ministro Relator:

Porém, sem nenhuma dúvida, mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer. Essa tem sido uma importante - se não a mais importante - face do atual processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade, e o que estarece é perceber certo sentimento difuso de conformismo, quando se assiste a olhos nus a perda de bens caros ao ser humano, conquistados não sem enorme esforço por gerações passadas; sentimento difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual pautada na permissividade, para a qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Além disso, “[...] o cenário protetivo da atividade informativa que atualmente é extraído diretamente da Constituição converge para a liberdade de “[...] expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, inciso IX)” e também “[...] para a inviolabilidade da "intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Porém, “[...] no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013). A dignidade da pessoa humana<sup>55</sup>, portanto, irradia sobre os demais direitos, porquanto além de um direito, é também um fundamento da República.

---

<sup>55</sup> Kant (2009, p. 58-59) há muito tempo já afirmava essa ideia de que o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas", quando dizia “[...] agora eu afirmo: o homem - e, de uma maneira geral, todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”.

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omne, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Outrossim, “[...] dizer que sempre e sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deve prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos pode confrontar a própria letra da Constituição”, porquanto “[...] prevê solução exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, inciso LX): A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013). A partir disso, o Ministro asseverou que

A solução que harmoniza esses dois interesses em conflito é a preservação da pessoa, com a restrição à publicidade do processo, tornando pública apenas a resposta estatal aos conflitos a ele submetidos, dando-se publicidade da sentença ou do julgamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Civil e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Quanto ao direito ao esquecimento (o qual não é objeto deste trabalho, mas constitui-se como um tema afeto ao direito à intimidade na atualidade), foi ressaltado pelo Ministro que não se pode permitir a eternização da informação, de modo que quando esse direito é confrontado com o direito à informação, salvo crimes genuinamente históricos, há prevalência do esquecimento, no caso em específico de pessoa absolvida em processo criminal, mas, erroneamente, vinculada ao crime (com a transmissão de seu nome e imagem em rede nacional) vários anos após os fatos.

No entender do Ministro, houve ofensa à intimidade do autor da demanda, sendo que:

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Acompanhando o voto do Relator, a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Marco Buzzi registraram que a veiculação da matéria jornalística trouxe diversos prejuízos ao autor, dentre os quais a mudança da comunidade onde residia, ameaças, ódio social contra si e seus familiares, perdeu oportunidades de emprego, dentre outros. Assim, a matéria reacendeu o

interesse e a desconfiança de todos. Por tais razões, a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, mantendo a condenação da mídia televisiva ao pagamento de indenização.

O estudo da jurisprudência acima assume destaque nesta pesquisa, tendo em vista que o STJ trouxe para discussão e julgamento temas como a constitucionalização do Direito, a importância de decidir conforme a Constituição, a colisão de direitos (informação *versus* personalidade), o direito ao esquecimento, a difusão de conteúdos na Internet (e suas peculiaridades) e a sociedade da hiperinformação. Possível perceber, dessa forma, a vasta fundamentação contida no voto do Ministro Relator, o qual se utilizou, inclusive, de doutrina, legislação e jurisprudências oriundas do direito comparado, demonstrando a preocupação em proferir decisão atualizada ao cenário social e tecnológico e adequada ao texto constitucional.

O julgado evidencia a observância da integridade do Direito, da coerência e demonstra que a pré-compreensão do julgador abrange temas atuais, complexos e impactantes de suma importância para o deslinde do processo (muitas vezes transversais ao objeto principal) e que merecem enfrentamento minucioso, atualizado e responsável.

Vale a ressalva de que o direito à intimidade prevaleceu em face da lucratividade que decorre da exposição de “criminosos” (no caso, uma pessoa acusada e absolvida no processo criminal) vinculados a crime bárbaro em rede nacional por emissora de grande porte, importante em tempos de expansão do capitalismo, do consumismo desenfreado, do poder tecnológico e da sociedade em rede, em que fundamental que “o varejo do capital” (expressão utilizada por Hesse, 1991, p. 29) não fortaleça o desrespeito à Constituição, conforme exposto no subtópico 2.2.

Veja-se que a própria televisão, tecnologia considerada analógica, como visto no subtópico 1.1, dá origem à notícia que traz a exposição de indivíduos. Todavia, neste mundo sobremaneira tecnológico, em segundos tais informações são expostas e difundidas rapidamente também na Internet, em *sites* de notícias e redes sociais, consagrando a sociedade da hipeinformação, nas palavras utilizadas pelo Ministro, caminho esse que se torna muitas vezes sem volta, tendo em vista a dificuldade em lograr êxito na exclusão de postagens pelos provedores de Internet, o que hoje exige autorização judicial, conforme previsão contida no Marco Civil da Internet.

Em continuidade, no REsp 1068904/RS Recurso Especial (2008/0138196-1), julgado pela Terceira Turma, em 07/12/2010, embora sejam referidos os termos utilizados para a

realização da pesquisa (“intimidade e internet”), percebe-se que ambos não integram o foco da irresignação que motivou a interposição do recurso especial pela parte. Todavia, o julgado traz algumas contribuições que se relacionam aos temas expostos na presente dissertação, tais como a necessidade de ordem judicial para a violação de sigilo, possibilidade de identificação do autor da mensagem violadora do direito à intimidade pelo provedor e a evolução tecnológica, que traz novos temas para a pauta de discussão, sendo relevante seu enfrentamento.

A controvérsia objeto de apreciação pela Corte Superior residiu no cabimento ou não de condenação em custas e honorários advocatícios na hipótese em que o acesso a dados cadastrais, por força do sigilo das comunicações, só é possível mediante determinação judicial. Isso, pois, a autora da ação de exibição de documentos visava obter informações acerca da origem de mensagens eletrônicas difamatórias recebidas por seu namorado (através de e-mail), ou seja, dos dados pertinentes ao remetente e quanto ao local do envio das mensagens. O provedor concordou em apresentar as informações, destacando a necessidade de autorização judicial para violar o sigilo, o que culminou no julgamento de procedência da ação. Ocorre que, o provedor se insurgiu quanto ao arbitramento de custas e honorários advocatícios, pois não deu causa ao ajuizamento da demanda.

Por ocasião de seu voto, o Ministro Massami Uyeda destacou a evolução da tecnologia e reconheceu a existência de novas formas de violação da intimidade conferidas pela Internet. Para o Ministro:

[...] essa é mais uma daquelas questões que a vida moderna nos impõe analisar. Um remetente anônimo utiliza-se da Internet, para e por meio dela, ofender e denegrir a imagem e reputação de outrem. Outrora, a carta era um dos meios para tal. Doravante, o e-mail (correio eletrônico) e as mensagens eletrônicas (SMS) a substituíram. Todavia, o fim continua o mesmo: ofender sem ser descoberto. O caráter anônimo de tais instrumentos pode até incentivar tal conduta ilícita (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

De fato, as novas tecnologias proporcionam o cometimento de atos ilícitos, que ofendem direitos de outrem. Mas, conforme destacado pelo Ministro (em complemento ao já exposto em reflexão crítica acerca de decisão que abordou esse tema) existem meios para rastreamento e localização do autor das ofensas, mesmo que tenham sido praticadas no ambiente eletrônico, em face da possibilidade técnica de identificação do IP (Internet Protocols - Protocolos de Internet).

Embora haja essa possibilidade, o Ministro asseverou que o artigo 5º, inciso XII, da

Constituição da República previu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo em caso de decisão judicial. Por consequência, o provedor não poderia permitir acesso ao seu banco de dados cadastrais (para verificar a origem das mensagens anônimas e difamatórias, qual seja o titular da conta de e-mail vinculada ao provedor), sem autorização pelo Poder Judiciário.

Reconheceu-se, assim, que a autora da demanda, “[...] só poderia ter acesso aos dados cadastrais do remetente das mensagens anônimas por meio de decisão judicial, em razão do sigilo constitucional que protege a intimidade das pessoas” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). Diante disso, o voto do Relator foi no sentido de dar “[...] provimento ao recurso especial para afastar a condenação nas custas processuais, observando-se o art. 12 da Lei n. 1.050/50 e determinando, por conseguinte, que cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados, em razão da ausência de pretensão resistida pela ora recorrente” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010), acolhido por unanimidade pela Terceira Turma do STJ.

A utilização indevida de imagem em sítio eletrônico diante da prestação de serviço para empresa espanhola com contrato com cláusula de eleição de foro no exterior foi objeto de julgamento no REsp 1168547/RJ Recurso Especial (2007/0252908-3), pela Quarta Turma, em 11/05/2010.

A autora da ação indenizatória alegou ter formalizado com a empresa World Company Dance Show Ltda. contrato temporário de três meses para prestar serviços como dançarina e assistente de direção em show típico brasileiro, com apresentações nos continentes europeu e africano. Todavia, meses após o término do contrato, visitou por meio da internet o endereço eletrônico da empresa contratante e constatou que a página continha montagens de imagens suas, recortadas de várias fotografias dos shows nos quais havia trabalhado, além de outras utilizadas para propaganda.

A controvérsia cingiu-se a saber se a jurisdição brasileira pode ser invocada em caso de contrato de prestação de serviço que contém cláusula de foro na Espanha, envolvendo uma pessoa física com domicílio no Brasil, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente, segundo alega, por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, acarretando-lhe danos material e moral.

Por ocasião de seu voto, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão trouxe ressalva quanto à evolução informática e a internalização das relações humanas, permitindo amplo acesso à

informação e condutas indevidas:

Inicialmente, importante realçar que a evolução dos sistemas relacionados à informática proporcionou a internacionalização das relações humanas em suas diversas vertentes, relativizando distâncias geográficas, ensejando múltipla e instantânea interação entre indivíduos, com acesso amplo da informação. Por outro lado, contudo, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas, mantidas, encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia que permitem a prática de possíveis condutas indevidas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

De forma bastante contextualizada com a temporalidade do Século XXI, o Ministro destacou que “[...] o tratamento jurídico das questões que envolvem a internet e o ciberespaço tornam-se um desafio dos tempos modernos, uma vez que os progressivos avanços tecnológicos têm levado à flexibilização e à alteração de alguns conceitos jurídicos até então sedimentados”, dentre eles, “[...] liberdade, espaço territorial, tempo, matéria, conceitos que refletem diretamente na aplicação do direito” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). Como já mencionado neste trabalho, não se discute que o caráter transfronteiriço da Internet traz inúmeras consequências jurídicas que desafiam o Poder Judiciário, especialmente quanto à aplicação de determinada jurisdição ou competência para o julgamento de demandas.

Côncio do desenvolvimento das tecnologias da informação, o Ministro advertiu que “[...] certamente, a comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). Ademais, o Ministro afirmou que não se pode “[...] colher a sensação incômoda de que a internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo seria permitido sem que daqueles atos adviessem responsabilidades” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Correlacionando o caso em comento com a privacidade, especialmente o princípio da autodeterminação informativa, o Ministro referiu que com o desenvolvimento da tecnologia tem-se um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, ou seja, o consentimento do interessado é o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade (PAESANI, 2006, p. 36-60).

O principal problema que envolve a situação posta a apreciação consiste na inexistência

de uma legislação internacional regulamentadora dessa atuação no ciberespaço e, por consequência, tais temas acabam ficando restritos à legislação interna de cada país. Isso se torna complexo quando ocorre uma violação de direitos além-fronteiras envolvendo pessoas físicas e jurídicas de países diversos. Nesse sentido:

Como se sabe, inexistente, até o presente momento, uma legislação internacional que regule a atuação no ciberespaço. Por esta razão, os cidadãos afetados pelas informações contidas em sítios eletrônicos ou por relações mantidas no ambiente virtual não podem ser tolhidos do direito de acesso à justiça para a análise de eventuais danos ou ameaças de lesões decorrentes de direitos de privacidade, intimidade, consumidor, dentre outros. Certamente, a legitimidade de usuários da internet em buscar as medidas judiciais protetivas nos tribunais locais, além de concretizar a jurisdição do domicílio dos usuários, coincide com o local em que os possíveis prejuízos decorrentes da violação tenham sido sentidos com maior intensidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Com base nessas considerações, foi reconhecida a competência da jurisdição brasileira para julgar a ação de reparação de danos morais e materiais, bem como a inaplicabilidade da eleição de foro<sup>56</sup>, já que o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente.

O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, em Voto-Vista, destacou a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado no texto constitucional brasileiro e também no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), já citado no subtópico 1.2, que trata da proteção da vida privada. Isso, pois, para o Ministro, “[...] a ausência de previsão sobre normas de "ciberespaço" não pode gerar um 'buraco negro' na aplicação do direito” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010), havendo competência concorrente, permitindo que a ação indenizatória seja demandada tanto na Justiça brasileira como na estrangeira.

Com base em tais fundamentos, os Ministros da Quarta Turma, por unanimidade, negaram provimento ao recurso especial. A decisão acima apresentada apreciou questão não regulamentada pela legislação, que envolve a violação de direito fundamental pela utilização das novas tecnologias de informação e comunicação, com abrangência global. Apesar disso, as reflexões contidas no julgado demonstram uma pré-compreensão dos Ministros quanto ao

---

<sup>56</sup> Para o STJ, “[...] quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui também houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

contexto tecnológico que exige maior e melhor análise do caso, sobretudo em face da lesão a direito da personalidade. A decisão está fundamentada, inclusive, tendo abordado norma internacional sobre a temática, bem como íntegra e coerente com a Constituição Federal.

O julgamento do HC 26769/PR Habeas Corpus (2003/0013393-0), pela Sexta Turma, em 08/03/2005, versou sobre a alegação de ilicitude de colheita de prova pela Receita Federal, perante provedores de Internet, sem autorização judicial. A inovação contida nesta decisão reside na utilização da Internet no âmbito da Administração Pública, sobretudo em face das vantagens conferidas por novas ferramentas para a redução da burocracia do setor público, transparência e melhor gestão. Assim referiu o Ministro Relator Hamilton Carvalhido:

É de se ter em conta que, hodiernamente, a internet tem se tornado um importante instrumento de comunicação, tanto no setor de entretenimento, quanto na prestação de serviços. E a Administração Pública, nos últimos anos, tem se aproveitado deste novo artifício tecnológico para ampliar suas atuações, de modo a facilitar cada vez mais o acesso e o recebimento de informações e diminuir, por conseguinte, a burocracia no Setor Público. Dentre tais inovações é possível verificar, por exemplo, o recebimento de Declarações de impostos eletronicamente (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

É inegável que o setor público se torna mais eficiente com a utilização de mecanismos que auxiliem a prestação de serviços, como é o caso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC). Nesse sentido, afirmam Marchant e Martinelli (2001, p. 338-347):

Nesse contexto, a Internet é um excelente meio para atender o princípio da eficiência dos serviços públicos, uma vez que oferece serviços melhores e cuja consecução se dá de maneira mais ágil. No que tange à arrecadação de tributos e contribuições, a Internet consiste em uma eficaz forma de controle e fiscalização, já que quando a entrega de declarações é feita por meio eletrônico, o serviço de fiscalizar fica muito mais simplificado e dinâmico, pois os dados do contribuinte ingressam diretamente na base de dados do órgão fiscalizante.

Em razão dessa eficácia, simplicidade e dinamismo, a Receita Federal se utiliza da Internet para oferecer informações e serviços, dentre eles a recepção de Declarações de Imposto de Renda. Para a consecução dessas atividades, o Ministro salientou a necessidade de atuação dos provedores de Internet, os quais se responsabilizam por armazenar informações, fornecer o acesso à internet, enviar e receber mensagens eletrônicas de outras pessoas, dentre outros, nos termos já salientados no tópico 1.3.

Em sendo assim, o Ministro afirmou que por ser a própria Receita Federal a destinatária

das Declarações de Imposto de Renda “[...] inexistente violação de sigilo de dados e, pois, ilegalidade qualquer da prova obtida da atuação dos Auditores Fiscais que, de forma legal e constitucional, solicitaram, aos provedores, as Declarações falsas enviadas pelo paciente” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005). No entender do Ministro, “[...] só se configura a invasão de privacidade no âmbito da internet quando terceira pessoa busca devassar informações pessoas sem o consentimento do proprietário destes dados” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

Significa dizer que a violação da intimidade da pessoa que encaminhou a Declaração de Imposto de Renda, mesmo que falsa, somente ocorreria se outra não autorizada tivesse acesso ao documento (diversa do provedor – que atua como intermediário - e da Receita Federal, destinatária da declaração), o que não ocorreu no caso em apreço.

Restou ementado pelo STJ que “[...] é da própria natureza da utilização da internet pelo contribuinte o dever de informação do provedor ao Fisco, eis que nada mais é do que mero intermediador entre o remetente - contribuinte - e o destinatário das Declarações de Imposto de Renda - Receita Federal” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005). A partir dessa fundamentação, os Ministros da Sexta Turma do STJ, denegaram a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade.

Verifica-se que o julgado trouxe fundamentação adequada ao caso concreto submetido a julgamento e ao contexto da sociedade em rede, o qual traz inúmeras facilidades, inclusive, para a Administração Pública. Em que pese a intimidade seja um direito fundamental protegido pelo texto constitucional que deve ser observado também por particulares (considerando, sobretudo, que as TIC sofisticam formas de controle e tornam a intimidade mais vulnerável), o caso evidenciou que não houve violação dessa prerrogativa já que os dados constantes na Declaração de Imposto de Renda não foram disponibilizados para terceiros.

A mera utilização da Internet para o cumprimento de uma obrigação acessória perante a Receita Federal não pode constituir em afronta à intimidade do indivíduo, já que há previsão legal para tanto e restrição de acesso por parte do órgão fazendário. Consoante já destacado, “[...] o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, seja em entidades públicas ou privadas” (LIMBERGER, 2007, p. 58). Logo, em não havendo comprovação de que os dados tiveram destinação diversa da esperada, se mostra acertada a decisão do STJ, íntegra e coerente com a legislação aplicável, bem como ao

contexto fático-probatório apresentado.

Diante dos doze casos encontrados no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça – dentre eles, onze objeto da reflexão crítica – é possível perceber que ainda se mostra necessário que os julgadores cumpram seu papel de decidir fundamentando as decisões e proferindo julgamento de acordo com a integridade, a coerência, a tradição e a pré-compreensão acerca do tema do direito à intimidade na sociedade em rede, especialmente com a utilização da Internet, consoante exposto acima. Em vista disso e cumprindo o objetivo principal da dissertação, o próximo tópico delineará o estado da arte das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar-se, no contexto brasileiro, como se decide casos que envolvem intimidade e Internet e quais dos elementos fixados no trabalho são, efetivamente, observados pela Corte Superior, em conformidade com a metodologia já apresentada.

### 2.3.2. O Direito à intimidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é um órgão do Poder Judiciário, nos termos do artigo 92 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), composto por onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme estabelece o artigo 101 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O parágrafo único desse dispositivo legal institui que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988).

A competência deste Tribunal é, precipuamente, a de garantir a guarda da Constituição. Além disso, as demais atribuições constam no artigo 102 da Constituição Federal<sup>57</sup> (BRASIL,

---

<sup>57</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

1988). Dentre elas, destaca-se a competência de

[...] julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Além disso, “[...] na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). O STF também julga, em grau de recurso,

- 
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
  - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
  - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
  - i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
  - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
  - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
  - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
  - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
  - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
  - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
  - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
  - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
  - b) o crime político;
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
  - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
  - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, 1988).

[...] o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Importante salientar, ainda, que a Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu a possibilidade de o “[...] Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/88)” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Percebe-se, assim, que o STJ é, de fato, o Tribunal Supremo no Brasil, que julga casos que envolvam lesão ou ameaça à Constituição Federal, tendo suma importância no cenário jurídico brasileiro, razão pela qual foi escolhido para o estudo jurisprudencial da temática abordada nesta dissertação, em que se aborda um direito constitucionalmente previsto, especialmente casos de violação na Internet.

A partir disto, a pesquisa empreendida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, através do caminho *Jurisprudência > Pesquisa > Pesquisa de Jurisprudência*, no campo *Pesquisa Livre*, por meio dos termos “intimidade e internet” revelou a existência de três acórdãos no período delimitado para o estudo (novembro e dezembro de 2016).

O primeiro diz respeito ao julgamento do ARE 756917 AgR/SP Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, em 29/10/2013, pela Primeira Turma. O Ministro Relator Luiz Fux apenas colacionou a decisão agravada, de sua relatoria, na qual reconheceu a ausência de violação à intimidade e privacidade, considerando que as fotografias que foram disponibilizadas voluntariamente pelos próprios autores da demanda na Internet, permitindo-se o acesso irrestrito a todos os usuários da rede. O Ministro entendeu pela ausência de argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, votando pela manutenção da decisão por seus próprios fundamentos. Nas palavras do Ministro:

A presente irrisignação não merece prosperar. Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado das razões recursais que os agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Diante disso, o Ministro Relator negou provimento ao agravo regimental e a Primeira

Turma, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator. Note-se que o caso em comento envolvia alegada ofensa a direito fundamental, expressamente tutelado na Constituição Federal, o que motivou a propositura de ação indenizatória por danos morais, o que exige uma responsável atuação do juiz ao decidir. Todavia, o Ministro manteve a decisão anterior por seus próprios fundamentos, sem enfrentar os argumentos expostos pelos recorrentes e nem sequer fundamentar o julgado, em atenção ao dever de fundamentar também previsto no texto constitucional. Essa é a postura rechaçada pela Crítica Hermenêutica do Direito, defendida nesta dissertação, que visa romper com a discricionariedade, a partir da premissa de que “[...] interpretar não é reproduzir algo dado a posteriori, mas também não é uma livre atribuição de sentido” (STRECK, 2016, p. 233).

Como já mencionado, embora a fundamentação de toda e qualquer decisão seja exigida pela Constituição, existem decisões, como esta do STF, que não observam essa obrigação. Visando superar essa problemática, recentemente, o artigo 489 do novo Código de Processo Civil, ratificou o disposto no texto constitucional e estabelece que toda e qualquer decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade. Registre-se que esse dispositivo não estava vigente à época em que foi prolatada a decisão supramencionada, todavia, a mesma é um dos exemplos que motivaram a inovação contida na legislação processual civil que entrou em vigor em 2016, já que carece de fundamentação.

Da mesma forma, por ocasião do julgamento do ARE 764388 AgR/MG Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, em 03/09/2013, pela Segunda Turma, o Ministro Relator Teori Zavascki reproduziu a decisão agravada e salientou que o agravo regimental não trouxe qualquer subsídio apto a alterar os fundamentos, razão pela qual votou pela manutenção do entendimento da decisão agravada. Nesta, o provedor de Internet que hospedou, divulgou ou deixou divulgar vídeo cujo conteúdo não poderia ser exibido numa rede social, porquanto desvirtua sua finalidade, foi condenado a indenizar o autor, que havia gravado sua intimidade em vídeo. A partir disso, a Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.

De imediato, cumpre referir que, conforme já ressaltado no subtópico 1.3, essa questão restou regulamentada pelo Marco Civil da Internet, segundo o qual a responsabilidade do provedor exige prévio descumprimento de ordem judicial para a retirada de conteúdo ofensivo. Não cabe mais uma responsabilização imediata do provedor mediante notificação pelo ofendido.

Em face dessa inovação legislativa, caso a ação fosse proposta após a entrada em vigor do Marco Civil, a decisão do Tribunal seria diferente.

Além disso, a decisão traz a afirmação, conforme outros julgados oriundos do próprio Tribunal, que o artigo 93, IX, da Constituição exige a fundamentação das decisões judicial, mas não determina o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. Evidente que esse entendimento também não prevalece mais na atualidade, considerando que o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor neste ano de 2016, estabeleceu em seu artigo 489 que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “[...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015).

Outrossim, conforme já ressaltado no subtópico 2.2, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil previu expressamente que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Essas inovações legislativas são extremamente relevantes, na medida em que se percebe que ambos os acórdãos do STF até então trazidos para reflexão demonstraram que, efetivamente, os Tribunais reproduzem decisões, mantêm entendimentos e expressam seu voto através da reprodução, deixando de observar o dever de fundamentação adequada, de forma coerente e íntegra, o que se vê em argumentos como “decido conforme decidi anteriormente” (STRECK, 2012, p. 114) e “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”.

Assim, espera-se que essa cultura da reprodução de decisões seja, efetivamente, modificada com a aplicação dos artigos 489 e 926 do CPC, a fim de que as decisões sejam tomadas mediante filtragem hermenêutico-constitucional, colocando-se a Constituição como protagonista e não o pensamento solipsista do julgador. Faz-se necessário que o julgador realize a interpretação construtiva no momento da decisão, observando a coerência e a integridade, para evitar decisionismos e arbitrariedades.

A decisão carece, ainda, da apropriação da ideia do romance em cadeia, que não pode ser compatibilizada com a reprodução de decisões. Como visto anteriormente, Dworkin utiliza a interpretação literária como modelo para a análise jurídica, propondo o seguinte exercício literário: cada romancista deve criar um capítulo subsequente em uma obra coletiva, assumindo a responsabilidade de criar um romance único integrado (MOTTA, 2010, p. 119). Nessa lógica,

cada juiz, na condição de romancista, deve ler o que os outros juízes fizeram no passado e, ao decidir um novo caso, considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia (MOTTA, 2010, p. 119).

Cada caso, portanto, é único e demanda uma resposta adequada, a qual decorre de uma necessária fundamentação, condizente com o contexto fático-probatório do processo, que apresente coerência e integridade, pressupostos que, evidentemente, não são cumpridos quando o julgador deixa de enfrentar os argumentos trazidos pelas partes, como ocorreu na decisão em comento.

A última decisão encontrada no site do STF, consiste no julgamento da ADPF 130/DF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pelo Tribunal Pleno, em 30/04/2009, teve como foco o limite da liberdade de imprensa. Quando tecia considerações a respeito da imprensa, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto chamou atenção para a rede mundial de computadores, ao assim afirmar:

Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada "Rede Mundial de Computadores - INTERNET". Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentre elas a interação em tempo real dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação internetizada a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao telepresencial (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de "rede" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Neste contexto, “[...] a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009). Isso ocorre “[...] por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Por certo, a Internet oferece inúmeras possibilidades para a imprensa e para as matérias jornalísticas na sociedade de informação, como asseverado pelo Ministro, para quem “[...] a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil

globalizada: sociedade de informação, também chamada de sociedade de comunicação” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Assim, diante do silêncio “[...] quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Conforme salientado no tópico 1.1, a Internet e a sociedade informacional (que se estabelece em Rede) ao mesmo tempo em que facilitam a vida contemporânea também trazem diferentes e potenciais formas de violação de direitos fundamentais, o que ocorre muitas vezes por meio da própria imprensa (livre e plural), que possui o dever de transmitir informação à população, de forma plena e com o máximo de fidedignidade.

Foi abordada no julgamento a colisão entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Restou consignada a precedência do primeiro bloco, “[...] com incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

A manifestação do pensamento possui expressa previsão na Constituição Federal, em seu artigo 220, segundo o qual “[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Ademais, conforme asseverou o Relator:

É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do anonimato (parte final do inciso IV) ; direito de resposta (inciso V) ; direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Ao final, foi dada total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (que regulou a liberdade de manifestação do pensamento e de

informação).

No julgamento, percebeu-se que foi conferida prevalência à liberdade de imprensa em relação aos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada<sup>58</sup>. Para o julgador, a manifestação do pensamento e a expressão consistem em sobredireitos fundamentais. Em que pese longa fundamentação contida na decisão (que contém 334 páginas), em face da constitucionalização do Direito e da importância de se proteger direitos íntimos dos indivíduos, essa livre manifestação do pensamento deve observar os direitos fundamentais (dentre eles, a intimidade), também previstos no texto constitucional.

O direito à intimidade pertence à categoria dos direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), razão pela qual, embora não seja absoluto (como os demais), merece adequada proteção. Ao contrário do que constou na decisão, a importância dos direitos da personalidade e sua historicidade não permite simplesmente que seja assegurado o direito de resposta e assentado responsabilidades penal, civil e administrativa<sup>59</sup>, pois a violação traz inúmeras consequências ao indivíduo, como já exposto anteriormente.

---

<sup>58</sup> O acórdão em comento teve como fundamentação, dentre outras, a seguinte argumentação: “[...] O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

<sup>59</sup> Sobre o assunto, o Relator assim destacou “[...] Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão lato sensu (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de sobredireitos fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Por conseguinte, como foi discutida lei relacionada à liberdade de imprensa, a Internet foi salientada apenas de forma secundária, não tendo sido relativas a mesma as razões de decidir do acórdão em comento. Não se pode dizer que foi observada a integridade e a coerência, na medida em que a decisão não se utilizou de parâmetros constitucionais ou previstos no ordenamento jurídico brasileiro, para definir a prevalência da liberdade de imprensa, o que, aparentemente, parece ter decorrido do exercício da filosofia da consciência do julgador (em específico do Relator no voto proferido, acompanhado – mesmo que parcialmente - pelos demais).

Ocorre que, a jurisdição constitucional não permite que os Tribunais digam o que o Direito é, razão pela qual o desafio do tempo do Século XXI consiste justamente em evitar que o poder dos juízes se sobreponha ao Direito, sobretudo em pleno Estado Democrático de Direito, conforme salienta Streck (2016, p. 236-237):

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos, tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça. Ocorre que isso não pode(ria) comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo é, assim, construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) sobreponha-se ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo jurídico).

Diante disto, Streck (2016, p. 237) merece ser discutido como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), especialmente no Brasil, país periférico ou de modernidade tardia, em que se verifica a crise paradigmática da ciência jurídica:

Em tempos de enfrentamento entre constitucionalismo e juspositivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil), em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito.

A necessária superação do paradigma da consciência do julgador, na esteira do que há muito já foi sinalado por Gadamer e Dworkin, e na atualidade é defendido por Streck, como se viu, assume maior destaque quando se fala em direitos fundamentais, como a intimidade, prevista na Constituição brasileira e de muitos Estados. Há, evidentemente, um significado para tanto: tal direito é considerado imprescindível para a sociedade, uma vez que assegurado no documento mais importante do ordenamento jurídico do país, de modo que devam ser evitados os casos de violação.

Contudo, havendo falha na proteção da intimidade, como ocorre em diversos casos, sobretudo com a utilização da Internet, a qual torna vulnerável o internauta, é dever do Poder Judiciário proferir, em cada caso concreto submetido à apreciação, respostas constitucionalmente adequadas, sem deixar de observar elementos necessários de pré-compreensão, como integridade do Direito, coerência, tradição e necessidade de fundamentação.

É importante referir que uma decisão extensa não significa que tenha sido dada uma boa resposta ao caso concreto. Nesse sentido, quando o Tribunal, que possui a função precípua de resguardar a Constituição Federal, relativiza um direito fundamental em relação a outro, deve fundamentar a decisão, justificando as razões para tanto. Sabe-se que a imprensa é livre, todavia, existem limites para a manifestação do pensamento, dentre eles a necessidade de preservação do direito à intimidade.

Revela-se imprescindível, nesse contexto, que o Poder Judiciário efetivamente reconheça a supremacia da Constituição Federal, bem como a importância da proteção dos direitos fundamentais, em todos os casos concretos submetidos à apreciação, em atenção ao Estado Democrático de Direito. Assim sendo, as respostas corretas ou adequadas à Constituição confirmam sua legitimidade “[...] por meio de decisões jurídicas responsáveis, fundamentadas em interpretações constitucionais que possam ser justificadas perante a integridade do Direito” (MOTTA, 2017, p. 172). Isso, pois, “[...] no Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Direito está baseada na complementariedade entre a autonomia pública (soberania popular) e a autonomia privada (direitos fundamentais)” (MOTTA, 2017, p. 252). Ao julgador cabe, portanto, o dever de proferir respostas que atendam essas premissas, sob pena de cometer decisionismos e arbitrariedades, o que não se admite no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal evidenciou que a Corte Superior, apesar de guardiã da Constituição Federal, em dois julgados relacionados à intimidade e

à Internet deixou de observar o texto constitucional ao proferir decisões carentes de fundamentação, apenas com a repetição de posicionamentos anteriores, deixando de enfrentar a unicidade do caso concreto e os argumentos trazidos pelas partes. No outro acórdão, o STF conferiu proteção à livre manifestação do pensamento, deixando o direito à intimidade em segundo plano, sem o devido enfrentamento dessa prerrogativa.

Percebeu-se, portanto, que os elementos de pré-compreensão necessários para o julgamento de casos envolvendo o direito à intimidade e a sociedade em rede não pautaram as decisões, demonstrando a necessidade de que os conceitos de integridade, coerência, fundamentação, resposta adequada, tradição e pré-compreensão sejam apropriados com urgência, já que a sociedade é complexa e as demandas cada vez mais exigem uma postura jurisdicional responsável, que respeite o romance em cadeia e o dever de fundamentação. Há necessidade de que as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário sejam constitucionalmente adequadas, já que a Constituição é o topo normativo.

## CONCLUSÃO

O impacto causado pela utilização das novas tecnologias, a temporalidade da sociedade em rede e a complexidade das demandas que emergem nesse contexto cada vez mais desafiam o Poder Judiciário a oferecer respostas adequadas a cada caso concreto, observando-se o dever de fundamentação previsto no texto constitucional. Assim, no Século XXI mostra-se relevante o debate acerca do papel do julgador, sobretudo considerando a necessidade de efetiva superação do paradigma da filosofia da consciência, pautado pela subjetividade, em que, muitas vezes, a decisão judicial decorre da consciência do juiz, na contramão da exigência constitucional de que toda e qualquer decisão seja fundamentada.

Tal problemática reflexiva se torna ainda mais oportuna e adquire relevância na medida em que o novo Código de Processo Civil traz em seu artigo 489 a exigência de que toda e qualquer decisão judicial seja devidamente fundamentada, ratificando dispositivo já previsto na Constituição Federal. A esse dever de fundamentação soma-se a observância à integridade do Direito e à coerência, seguindo a teoria de Ronald Dworkin, exposta no decorrer do trabalho. Significa dizer, em síntese, que toda e qualquer interpretação dada pelo julgador deve buscar compatibilizar princípios, a história institucional e o Direito vigente, considerando, sobretudo, a unicidade do caso concreto posto sob a tutela jurisdicional.

Essas nuances que envolvem a atividade interpretativa do juiz, tornam-se, ainda, mais importantes quando os casos submetidos à tutela jurisdicional envolvem direitos fundamentais, como é o caso da intimidade, foco da dissertação. Isso, pois, tal direito, constantemente, sofre impactos advindos da utilização de novas tecnologias, em uma sociedade que se estabelece em rede, consoante afirmava Manuel Castells, considerando que o contexto tecnológico traz novas e sofisticadas formas de violação desse direito, sendo evidente a vulnerabilidade do usuário da Internet, como visto ao longo do trabalho.

Pérez Luño, também adotado como marco teórico neste estudo, há muito já alertava que o direito à intimidade é o direito fundamental que possui o maior número de modalidades de eventual transgressão e um dos que conta com a maior quantidade de vítimas reais ou potenciais, apesar de ser constitucionalmente tutelado. Daí a importância de se trazer a intimidade para o enfrentamento científico, relacionando-a com as TIC e com a temporalidade do Século XXI, tempo no qual os países têm buscado garantir esse direito no contexto da Internet.

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet, promulgado em 2014 no Brasil, com a finalidade de regulamentar o uso da Internet no país, também trouxe normas relacionadas à retirada de conteúdos, à colaboração dos particulares e à responsabilidade civil dos provedores de Internet, o que implica na atualização constante das decisões judiciais, as quais devem observar a Constituição, a legislação processual e, ainda, a regulamentação específica da violação da intimidade no âmbito da Internet. Isso sem olvidar a integridade e a coerência, nos moldes do pensamento dworkiniano, adotado como teoria de base do estudo.

Tem-se, assim, um direito constitucional que no Século XXI possui tutela desafiada em face da sofisticação das ferramentas que permitem a invasão da esfera íntima do indivíduo e, ainda, sua exposição na Internet, sem que haja controle prévio ou barreiras espaciais e temporais. Afinal esse ambiente digital é pautado pela liberdade – já que a Internet é uma rede aberta que proporciona o desenvolvimento de práticas colaborativas-, conforme assegura o próprio marco regulatório brasileiro, a qual acaba por, em alguns casos, fragilizar a preservação da intimidade.

Essas características, inerentes à temporalidade deste Século, demandam que as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário também levem em consideração tais especificidades, de forma atualizada e compatível com as relações sociais atuais. A pré-compreensão do julgador dessas circunstâncias é importante para que o deslinde das ações judiciais seja o melhor possível, sem perder de vista a tradição na reconstrução da história institucional e atualização para o presente, na esteira do que afirmavam Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, conforme diálogo proposto na dissertação.

Percebeu-se, nesse contexto, a importância da filtragem constitucional como condição de possibilidade para a obtenção de respostas adequadas, em casos de violação ao direito à intimidade, especialmente envolvendo o uso das tecnologias de informação e de comunicação. No Estado Democrático de Direito toda e qualquer decisão judicial deve observar o texto constitucional, evitando-se assim a supremacia do paradigma da subjetividade com julgados que decorram eminentemente da consciência do julgador, o que vem sendo defendido pela Crítica Hermenêutica do Direito, preconizada no país por Lenio Streck.

Tendo como base nessas contribuições teóricas, buscou-se, nesta dissertação, responder o seguinte problema de pesquisa: quais elementos jurídicos devem ser previamente compreendidos na construção de decisões judiciais envolvendo a questão do direito fundamental à intimidade, no contexto da sociedade em rede, partindo-se da necessidade de a jurisdição

processual proferir respostas adequadas à Constituição em plena manifestação do Estado Democrático de Direito?

Nesse sentido, a resposta a esse questionamento perpassa a concepção de que toda decisão judicial que envolva direito à intimidade e sociedade em rede, com ênfase para a utilização da Internet, deve observar: a) a integridade do Direito, que implica na consideração dos entendimentos passados, atualizando-os ao presente, em conformidade com a legislação aplicável (sobretudo, a força normativa da Constituição) e ao contexto do caso concreto, tendo em vista a dimensão temporal da interpretação. A decisão íntegra, portanto, harmoniza os princípios, a história institucional e o direito vigente; b) a coerência, que assegura que os mesmos princípios que sejam aplicados nas decisões referentes a casos idênticos, embora cada caso seja único e tenha uma resposta correta (adequada). A coerência garante a racionalidade à argumentação legal, com atenção aos precedentes de relevo e os materiais normativos existentes; c) a necessidade de fundamentação, exigida pela Constituição Federal e pelo novo Código de Processo Civil, eis que constitui-se como um direito subjetivo do jurisdicionado e uma garantia processual constitucional, essencial para conferir legitimidade ao ato, principalmente na perspectiva de uma sociedade plural, complexa e democrática. A fundamentação não representa uma faculdade e sim um ônus determinante para a prolação da decisão, no sentido de concretizar direitos fundamentais em pleno Estado Democrático de Direito. Logo, a fundamentação é um dever constitucional e, ao mesmo tempo, condição de validade de qualquer ato decisório; d) a pré-compreensão, que perpassa o reconhecimento do contexto social relacionado ao caso - em específico, neste trabalho, o direito à intimidade exercido no contexto da sociedade em rede -, a partir do qual o juiz, justificadamente, profere decisão adequada à Constituição. Deste modo, tal conceito não pode não pode ser confundido com mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete; e) a tradição, historicidade que deve ser valorizada de forma autêntica e constantemente atualizada pelo intérprete e, por fim, f) a resposta adequada à Constituição, segundo a qual o juiz deve proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta, realizando a devida filtragem hermenêutico-constitucional. Isso, pois, a Constituição encontra-se no topo normativo e sua observância é essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito. A Constituição, por consequência, vincula as legislações infraconstitucionais, o aplicador (juiz) e o legislador, não podendo o juiz furtar-se de seu cumprimento. Como decidir é interpretar e aplicar,

a interpretação jamais poderá deixar de lado a norma constitucional vigente.

A realização deste estudo permitiu a constatação de que esses são os seis elementos jurídicos que devem ser previamente compreendidos na construção de decisões judiciais que envolvam o direito à intimidade, no contexto da sociedade em rede, de modo que sejam as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário sejam constitucionalmente adequadas.

A pesquisa empírica, realizada a partir da observação do estado da arte das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito à intimidade e a Internet, por certo, não teve o escopo de esgotar o tema, diante das inúmeras possibilidades de enfrentamento do tema, do problema de pesquisa e das decisões. Desta forma, trata-se de um conjunto de decisões (quatorze acórdãos, sendo onze oriundos do STJ e três do STF) que simboliza ou metaforiza o estado da arte do contexto decisório brasileiro, proporcionando, de forma significativa, a percepção de como se decide e a reflexão sobre como se deveria decidir sobre o direito à intimidade no contexto da sociedade em rede, discutindo-se a interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

A pesquisa demonstrou que a maioria dos julgados destacou a evolução tecnológica e as novas potencialidades de violação do direito à intimidade, especialmente quanto ao uso desautorizado de informações pessoais e publicação desses conteúdos na Internet, bem como a respeito do acesso a dados contidos em telefone celular sem autorização judicial. Em algumas decisões foi, inclusive, destacado o Marco Civil da Internet, que, recentemente, regulamentou o uso da Internet no Brasil, demonstrando uma compatibilização entre o contexto espaço-temporal e a legislação específica, de forma íntegra e coerente.

Importante salientar que o Marco Civil da Internet no Brasil - norma considerada progressista, positiva e inovadora em sua preocupação com a garantia dos direitos humanos *online*-, pode servir de exemplo para outros países também regulamentarem as questões que envolvem as tecnologias de informação e comunicação e a sociedade em rede, especialmente conferindo proteção ao direito à intimidade nesse cenário. Além disso, legislações como a brasileira podem inspirar a construção de um marco global no futuro, dada a importância de que as relações que se estabelecem em rede sejam regulamentadas no âmbito normativo, até mesmo para tutelar direitos fundamentais como a intimidade.

A pesquisa, empreendida nos meses de novembro e dezembro de 2016, permitiu a verificação do impacto do Marco Civil da Internet nas decisões judiciais, sobretudo com relação à

necessidade de autorização judicial para acesso à conteúdos atinentes à intimidade do indivíduo. Mas, esse lapso temporal também evidenciou que em alguns julgados já havia referência pelos Ministros quanto a esse novo mundo tecnológico que, certamente, impacta o direito à intimidade de diversas formas, como é o caso do acesso a dados contidos em aplicativos utilizados via celular.

Verificou-se também o reconhecimento pelos Tribunais da importância do texto constitucional, o qual é utilizado como parâmetro para a adequada interpretação e aplicação das leis federais e dos tratados. Alguns julgados demonstraram que o dever de fundamentação está sendo observado pelos Tribunais Superiores, de modo que em vários casos a decisão se mostrou atualizada ao cenário social e tecnológico, bem como adequada ao texto constitucional. Evidenciou-se, assim, que grande parte dos Ministros possui uma pré-compreensão atualizada quanto as nuances do contexto tecnológico, sobretudo em face da lesão a direito da personalidade, que é exercido no seio das relações sociais frente aos poderes públicos e privados.

As decisões, em sua maioria, observaram a integridade do Direito, a coerência e a tradição, evitando decisionismos e arbitrariedades. Contudo, alguns julgados não trouxeram a fundamentação para o indeferimento do pedido ou não provimento do recurso, revelando uma reprodução de decisões jurisprudenciais anteriores, em prejuízo da resposta constitucionalmente adequada, a qual não pode depender da consciência do juiz, da subjetividade, do livre convencimento e da busca pela “verdade real”. Veja-se que em tais casos restou evidente a aposta na supervalorização da posição solipsista do juiz, que não renova, não atualiza e não observa a integridade e a coerência do Direito quando apenas ratifica o velho, sem trazer qualquer ineditismo ou o enfrentamento da argumentação trazida pelas partes no processo.

Esse paradigma deve ser combatido no Brasil, principalmente quando a jurisdição é constitucional e democrática, que valoriza o direito material e o mundo fático, e, portanto, não admite juízos discricionários, não fundamentados ou inadequados perante o texto constitucional. Seguindo o posicionamento de inúmeros autores citados no trabalho, não cabe ao julgador o papel de utilizar sua íntima convicção em relação a determinado caso concreto de forma solitária, sendo imprescindível que a atuação jurisdicional proporcione o fortalecimento da Constituição, o que ocorre com a efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Dessa forma, em que pese não ter a pretensão de esgotar o tema, revela-se importante e inovadora, no cenário brasileiro, a reflexão crítica realizada nesta dissertação, dada a

essencialidade de que as decisões judiciais envolvendo direitos da personalidade, especialmente o direito à intimidade, quando relacionados à utilização das tecnologias de informação e de comunicação, sobretudo a Internet, observem as noções de pré-compreensão e tradição e, principalmente, sejam fundamentadas, íntegras, coerentes e adequadas à Constituição Federal. Somente assim a decisão judicial estará de acordo com os parâmetros constitucionais e democráticos, o que é possível mediante a realização da filtragem hermenêutico-constitucional-filosófica.

Buscou-se, com isso, entender a dimensão dos impactos provocados pelas novas tecnologias e pela sociedade em rede ao direito à intimidade e, também, discutir os novos desafios reflexivos dessa temática, partindo-se do estudo da teoria de autores clássicos, como Gadamer e Dworkin, aproximando o pensamento desses com a atualidade.

O protagonismo, no Século XXI, deve ser, portanto, o da Constituição e não do julgador. Espera-se, assim, no contexto da jurisdição constitucional (ou do constitucionalismo contemporâneo), cada vez mais juízes romancistas (que sigam o romance em cadeia preconizado por Dworkin) e menos discricionários, em um Estado verdadeiramente democrático de Direito, para a satisfação de direitos fundamentais, como a intimidade. Dessa forma, toda e qualquer resposta será “a” constitucionalmente adequada, e não aquela que é fruto da subjetividade do julgador ou da mera repetição de decisões anteriores, já que cada caso concreto é singular e merece a melhor resposta jurisdicional, adequada ao texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun 2005, v. 240, p. 1-42.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 186, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida. *In. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

\_\_\_\_\_. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: Dá Plácido, 2014.

BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Cartilha de segurança para Internet**, versão 3.1 / CERT.br, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Neutralidade na Rede: Internet para todos. *Revista.br*, Ano 03, edição 04, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Pesquisa sobre o setor de provimento de serviços de Internet no Brasil [livro eletrônico]: TIC Provedores 2014**. Coordenação executiva e editorial Alexandre F. Barbosa]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: <[http://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC\\_Provedores\\_2014\\_livro\\_eletronico.pdf](http://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Provedores_2014_livro_eletronico.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros [livro eletrônico]: TIC Domicílios 2015**. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: <[http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC\\_Dom\\_2015\\_LIVRO\\_ELETRONICO.pdf](http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 013, de 01 de outubro de 2015. **Recomendação sobre propostas de ações concernentes ao ambiente legal e regulatório da Internet no Brasil**. Disponível em:

<[http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2015/CGI.br\\_Resolucao\\_2015\\_013.pdf](http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2015/CGI.br_Resolucao_2015_013.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula 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; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **História**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria)>. Acesso em: 13

dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que não conheceu dos embargos.** Embargos de divergência em Recurso Especial nº 319.997 – SC. Fazenda Nacional e Reni Antônio Schweitzer e outros. Ministro Relator Francisco Peçanha Martins. 6 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540455&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus.** Habeas Corpus nº 26769 - PR. Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Joel Eurides Domingues. Ministro Relator Hamilton Carvalhido. 08 de março de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200300133930&dt\\_publicacao=04/08/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300133930&dt_publicacao=04/08/2008)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, denegou a segurança.** Mandado de Segurança nº 18.847 - DF. Ministro de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão, Sindicato Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle e outros. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. 12 de novembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201494871&dt\\_publicacao=17/11/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201494871&dt_publicacao=17/11/2014)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso.** Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 67379 - RN. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e Bruno Alvares Gomes Netto. Ministro Relator Ribeiro Dantas. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600186073&dt\\_publicacao=09/11/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600186073&dt_publicacao=09/11/2016)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial.** Recurso Especial nº 1306157 - SP. Google Brasil Internet Ltda e Loducca Publicidade Ltda e outro. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102315501&dt\\_publicacao=24/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102315501&dt_publicacao=24/03/2014)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.** Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 51531 - RO. Ministério Público do Estado de Rondônia e Leri Souza e Silva. Ministro Nefi Cordeiro. 19 de abril de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402323677&dt\\_publicacao=09/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial.** Recurso Especial nº 1334097 - RJ. Globo Comunicações e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201449107&dt\\_publicacao=10/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial.** Recurso Especial nº 1068904 - RS. Universo Online S/A e Dirce Machado Pogliá. Ministro Relator Massami Uyeda. 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801381961&dt\\_publicacao=30/03/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801381961&dt_publicacao=30/03/2011)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.** Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 47414 - MG. Estado de Minas Gerais, Jaqueline da Silva Freitas Martins e outros. Ministro Relator Humberto Martins. 17 de novembro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201500134494&dt\\_publicacao=24/11/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500134494&dt_publicacao=24/11/2015)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, negou provimento ao recurso.** Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 49920 - SP. Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público Federal e Eduardo Silveira Machado. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. 02 de agosto de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503127296&dt\\_publicacao=10/08/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503127296&dt_publicacao=10/08/2016)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial.** Recurso Especial nº 1168547 - RJ. World Company Dance Show Ltda e Patrícia Chélida de Lima Santos. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. 11 de maio de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702529083&dt\\_publicacao=07/02/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702529083&dt_publicacao=07/02/2011)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial.** Recurso Especial nº 1117633 - RO. Google Brasil Internet Ltda e Ministério Público do Estado de Rondônia. Ministro Relator Herman Benjamin. 09 de março de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900266542&dt\\_publicacao=26/03/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900266542&dt_publicacao=26/03/2010)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão de decisão que, por unanimidade, rejeitou a preliminar de prescrição e, por maioria, recebeu em parte a queixa quanto aos dois querelados apenas quanto aos crimes de calúnia e injúria.** Ação Penal nº 388 - DF. J K B, CJT e outro. Ministro Relator Hamilton Carvalhido. 15 de junho de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200401560171&dt\\_publicacao=26/09/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401560171&dt_publicacao=26/09/2005)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março.** Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-)

mar%C3%A7o>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão unânime que negou provimento ao agravo regimental.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 756917 – SP. Empresa Folha da Manhã S/A, Leonardo de Pinho Vieira e outro. Ministro Relator Luiz Fux. 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4872875>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 764388 - MG. Google Brasil Internet Ltda e Marcos Antonio Ruas Coelho Sobrinho. Ministro Relator Teori Zavascki. 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531718>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão que, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 - DF. Partido Democrático Trabalhista, Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator Carlos Britto. 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Institucional.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisado por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A sociedade em rede** - a era da informação: economia, sociedade e cultura. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Oona. A cultura digital e o direito à comunicação. *In: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil:* TIC Domicílios e TIC Empresas 2011 [coordenação executiva e editorial Alexandre F. Barbosa; tradução Karen Brito Sexton (org.)]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.* Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Assinada em 4 de Novembro de 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DELEUZE, Gilles. *Postscript on the societies of control*. *October*, 59, 1992, p. 3-7.

DI FELICE, Massimo. Das tecnologias da democracia para as tecnologias da colaboração. *In: DI FELICE, Massimo (org). Do público para as redes*. A comunicação digital e as novas formas de participação social. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ESPÍNDOLA, Ângela Araujo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?** (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *The Communications Decency Act of 1996*. Disponível em: <[http://ipmall.info/hosted\\_resources/crs/96-321.pdf](http://ipmall.info/hosted_resources/crs/96-321.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, 1993.

FERREIRA, Ivette Senise. A intimidade e o Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, p. 97, jan/mar 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOCH, Patrícia Adriani; SILVA, Rosane Leal da. RUE, Letícia Almeida de la. A utilização de cookies por sites de busca: estratégias da publicidade online e violação de direitos do consumidor. **Revista de Direito das Novas Tecnologias**, v. 6, p. 119-142, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Processo, hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades. **Jurisvox (Patos de Minas)**, v. 9, p. 58-72, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. **A trilogia Olmstead-Katz-Kylo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia**

**científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

LASH, Scott. *Crítica de la información*. 1.ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

LEVY, Pierre; LEMOS, André. **O futuro da Internet**: em direção a uma ciberdemocracia. André Lemos e Pierre Lévy. São Paulo: Paulus, 2010.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. *In: Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos na Era Informática. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 2, jul.dez/2013, p. 346-366.

\_\_\_\_\_. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos. *In: Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (orgs.). São Paulo: Edipro, 2000.

MARCHANT, Diego Alejandro Costa; MARTINELLI, Luís Fernando dos Santos. A Internet a Serviço do Fisco. *In: INTERNET - O Direito na Era Virtual*. Luis Eduardo Schoueri (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. *In: O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Andrea Carla Barbosa [et al]. Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Levando o direito à sério:** uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp112709.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica.** Salvador: Juspodvim, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.** Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3148/0000142C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo, Araujo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio:** a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Unisinos, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Assinada na IX Conferência Internacional Americana, 30 de abril de 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACHECO, Antonio Marcelo; ISAIA, Cristiano Becker. **O Processo Civil diante da busca por respostas adequadas em direito: Hermenêutica, Facticidade e Oralidade**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 03 Jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/3795>. Acesso em: 23 mar. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PARZIALE, Lydia *et al.* **TCP/IP Tutorial and technical overview**. 8. ed. Armonk, Nova York: *International Business Machines Corporation*, 2006.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PIANA, Ricardo Sebastián. **Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas**. 1. ed. La Plata: *Universidad Nacional de La Plata*, 2007.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. *In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SALDANHA, Jânia; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ano XV, Montevideo, 2009, p. 311-328.

\_\_\_\_\_.; Marco Civil da Internet: um quadro de princípios, responsabilidades e de protagonismo do Poder Judiciário. *In: Silva, Rosane Leal da. (org.). O Poder Judiciário na Sociedade em Rede: jurisdição, informação e transparência*. Curitiba: Multideia, 2015.

\_\_\_\_\_.; Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: um “sexto continente” de liberdade perfeita ou de controle perfeito? *In: Direitos emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM*. Jerônimo Siqueira Tybush, [et al]. Ijuí: Unijuí, 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia constitucional**. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo**. 5. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_.; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

\_\_\_\_\_.; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como *background* para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). **Revista Direito e Práxis**, v. 06, p. 111-142, 2015.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, ano XXIII, n. 25, jul./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

\_\_\_\_\_. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Hendu**. vol. 1, n. 1, 2010, p. 93-105.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, 2013, p. 343-367.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Thompson IOB, v. 40, p. 25-53, mar./abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, v. 01, n. 04, p. 28-43, out./nov. 2009.

\_\_\_\_\_.; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.  
SILVA, Rosane Leal da. Sociedade da Informação e Desenvolvimento: Os desafios e fragilidades do projeto brasileiro de inclusão digital. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba: Juruá, n.11, jan./jun. 2009.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

TASSINARI, Clarissa. A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: Uma Crítica ao Ativismo Judicial. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012.

UEBEL, Paulo. A mídia tradicional, as novas mídias e a liberdade de expressão. *In: Liberdade na Era Digital – Série Pensamentos Liberais – Volume XV*. Porto Alegre: Instituto de Estudos Empresariais, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 31 de 2000**. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>. Acesso em: 03 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Diretiva 29 de 2001**. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:PT:HTML>>. Acesso em: 03 out. 2016.

VIEIRA, Miguel Marques. A Liberdade dos autores na internet. *In: Liberdade na Era Digital – Série Pensamentos Liberais – Volume XV*. Porto Alegre: Instituto de Estudos Empresariais, 2011.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Traduzido por José Luis Bolzan. Porto Alegre: Fabris, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Jurisdição Constitucional do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**, v. 212, p. 13, set./2012.