

ISSN 3085-8658

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



JONES FIGUEIRÊDO ALVES

**IDENTID@DE PESSO@L
NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO.
DIMENSÕES DE AUTODETERMINAÇÃO
E ILICITUDE CIVIL**

Recife
ano 1
número 23
2025

23

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES

**IDENTID@DE PESSO@L
NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO.
DIMENSÕES DE AUTODETERMINAÇÃO
E ILICITUDE CIVIL**

Jones Figueirêdo Alves

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares

Capa: João Pessoa e Joseane R. Duarte Soares

Diagramação: Luciano Costa

Revisão: Autor

Copiar é crime. Lei do Direito Autoral n.9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Cadernos Esmape [recurso contínuo online]/Escola Judicial de Pernambuco
(Esmape), a. 1, n. 1, 2025 – Recife: Esmape, 2025 - .

ISSN: 3085-8658

Série Teses e Dissertações, n. 23 - Identid@De Pesso@L na Sociedade de
Informação. Dimensões De Autodeterminação E Ilícitude Civil, autoria de *Jones
Figueirêdo Alves*
186 p.

1. Autodeterminação – Direitos da personalidade. 2. Direitos fundamentais. 3.
Identidade pessoal – ilicitude civil. 4. Sociedade da informação.I. Título

Elaboração: Biblioteca Jarbas Maranhão / Esmape

CDU 340.5

Correspondência:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coêlho, s/n – Bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE - CEP 50080-900

Sítio eletrônico: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial>

E-mail: revista.esmape@tjpe.jus.br



Biênio 2024-2026

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Presidente

Desembargador Fausto de Castro Campos
1. Vice-Presidente

Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto
2. Vice-Presidente

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello
Corregedor-Geral da Justiça



Biênio 2024-2026

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira
Vice-Diretora Geral

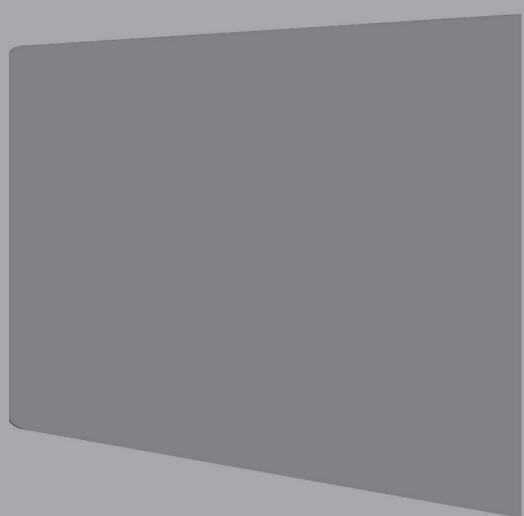
Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão
Supervisor

Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores (DFAS)

Juiz de Direito Edmilson Cruz Júnior
Coordenador da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
(DFAM)

Juiz de Direito José Faustino Macêdo de Souza Ferreira
Coordenador do Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas
ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ideias Esmape/TJPE)

Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão
Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica



PREFÁCIO

Com a mais elevada honra e um indisfarçável sentimento de reverência, acolho o valoroso mister de prefaciар esta obra monumental, fruto do intelecto agudo e do desvelo acadêmico do Desembargador Emérito **Jones Figueiredo Alves**. A tarefa, confesso, impõe-me um duplo desafio: o do amigo, que busca traduzir em palavras a admiração por uma vida dedicada ao Direito, e o do jurista, que se vê diante de um tratado denso, vanguardista e imprescindível aos nossos tempos.

A minha trajetória na magistratura confunde-se, em seus momentos mais decisivos, com a presença e o magistério de Jones Figueiredo Alves. Foi ele, com sua erudição, seu senso de justiça e sua inabalável serenidade, o magistrado que mais profundamente influenciou a minha formação como julgador. Tive o privilégio de ser seu Juiz Auxiliar e, posteriormente, seu substituto na 9ª Vara Cível da Comarca de Recife, onde testemunhei, diuturnamente, a aplicação de um Direito vivo, humano e tecnicamente impecável.

Nossos caminhos se entrelaçaram novamente na Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE, durante os anos de 2006 e 2007. Nesta casa do saber, enquanto eu atuava como Juiz Supervisor, ele exercia a Direção-Geral, imprimindo uma gestão que aliava a excelência acadêmica à formação humanística dos magistrados. A jornada profissional prosseguiu: fui seu Assessor Especial na Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE, em 2008, e, nos anos de 2008 e 2009, tive a honra de prestigiá-lo como Juiz Assessor Especial na Presidência da egrégia Corte Estadual Pernambucana. Em cada uma dessas etapas, mais do que um chefe, encontrei um mestre; mais do que um mestre, consolidei um amigo.

É desse manancial de experiência prática e rigor científico que emerge a presente obra, originada de sua brilhante dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas pela prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). O tema, de crucial atualidade, enfrenta com percuciência e coragem a complexa noção da **identidade pessoal na sociedade da informação**.

Com uma escrita escoeiteira, que reflete a precisão terminológica do jurista e a clareza meridiana do professor, o autor nos conduz por um labirinto

de conceitos multifacetados. A obra dissecar as novas dimensões da identidade – pessoal, genética, familiar, afetiva, digital, sexual, póstuma – que se manifestam e se transmutam na ágora digital. Não se trata de uma mera compilação doutrinária; o Desembargador Jones Figueiredo Alves avança, com notável originalidade, ao propor uma catalogação de ilicitudes civis emergentes, como o *cyberbullying*, o *hate speech* e o *profiling*, que desafiam diuturnamente a dignidade da pessoa humana no ambiente virtual.

O trabalho, alicerçado em abalizada doutrina portuguesa e brasileira, não se furta a perscrutar as fronteiras da responsabilidade civil digital, oferecendo ao leitor reflexões valiosas que lançam as bases para uma verdadeira teoria dos danos virtuais. Cada capítulo revela o zelo de um pesquisador incansável e a visão de um julgador que compreende a metamorfose do ser e do Direito sob o impacto das novas tecnologias.

Esta não é uma leitura apenas para os iniciados. É obra de consulta obrigatória para magistrados, advogados, membros do Ministério Público, estudantes e todos aqueles que buscam compreender os contornos jurídicos da existência humana no século XXI. A profundidade da análise e a elegância da prosa fazem deste livro um marco, um farol a iluminar a intrincada relação entre a identidade, a tecnologia e a proteção da dignidade.

Ao prefaciarmos este trabalho, sinto-me como se estivesse, mais uma vez, a aprender com o mestre. A alegria de ver o seu pensamento, antes partilhado em despachos, sentenças e conversas, agora cristalizado em uma obra de fôlego, é imensa. Tenho a certeza de que os leitores, ao percorrerem estas páginas, compartilharão do meu entusiasmo e reconhecerão, como eu reconheço há tanto tempo, a genialidade, a sabedoria e a humanidade de Jones Figueiredo Alves.

Faço, pois, um convite irrecusável: abram este livro e preparem-se para uma jornada que redefinirá sua compreensão sobre identidade, Direito e tecnologia.

Recife, 13 de agosto de 2025.

Jorge Américo Pereira de Lira

Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco – ESMAPE.

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE.

NOTA EDITORIAL

A dissertação de mestrado teve sua defesa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), em 14-Set-2015.

A Banca Examinadora foi presidida pelo Prof. Doutor António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro e integrada pelos juristas portugueses Fernando Araújo, primeiro docente de Análise Económica do Direito - Law & Economics – na FDUL, e Pedro Romano Martinez, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL (2015-2020), seu Orientador; e pelo jurista brasileiro José Fernando Simão, Professor Associado de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

A dissertação foi aprovada com a atribuição de dezoito (18) valores, importando, por esse alcance, a possibilidade de o candidato submeter, de imediato, dissertação em curso de doutoramento, na FDUL; independente de frequência, relatórios e monografias.

Encontra-se depositada na FDUL, com o endereço na Web: <https://repositorio.ulisboa.pt/handle/10451/20726>

O texto da dissertação é publicado em sua versão original, não atualizada, demonstrando a vanguarda na abordagem dos temas, quando tratados há mais de dez anos.

O autor tem o seu Currículo Lattes no endereço: <https://lattes.cnpq.br/3643379672357843>

Dissertação de mestrado apresentada por Jones Figueirêdo Alves ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL em parceria com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape) - Brasil, como requisito para a conclusão do referido curso.

Linha de Pesquisa: Dimensões dos direitos de identidade pessoal

Área de Concentração: Sociedade da Informação vista pelo Direito

Orientador metodológico: Prof. Dr. Pedro Romano Martinez.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre uma análise pontual dos direitos de identidade da pessoa como manifestação dos direitos fundamentais, no contexto da sociedade da informação. Essa análise é apoiada na doutrina portuguesa e brasileira, com atenção aos ordenamentos jurídicos vigentes. Trata sobre os direitos de proteção exercidos para a efetividade dos referidos direitos de identidade e estabelece com eles uma relação dialogal em perspectiva das garantias da dignidade humana. Segue-se, então, indicar uma catalogação mínima dos ilícitos civis em violação dos direitos de identidade na sociedade da informação, notadamente no âmbito da internet e das mídias sociais. Oferece lineamentos sobre a responsabilidade civil digital e traz reflexões à guisa de uma teoria dos danos virtuais. Assim, a presente dissertação propõe discorrer, em visão sistêmica, sobre o liame sociojurídico existente entre os direitos de identidade, em seus incrementos diretos e objetivos “dentro e perante” a sociedade da informação, com as ilicitudes verificáveis e subjacentes a essa relação. O estudo tem caráter disciplinar e pretende servir como contributo de reflexão ao exercício da identidade pessoal perante os impactos da tecnologia moderna.

Palavras-chave: Autodeterminação - Direitos da Personalidade – Direitos Fundamentais - Identidade Pessoal – Ilicitude Civil - Sociedade da Informação.

ABSTRACT

The present work is an analysis of identity rights as an expression of fundamental rights in the context of information society. The analysis is supported by Portuguese and Brazilian doctrines on the law in force. It addresses protective rights aiming at the effectiveness of the above-mentioned identity rights and establishes a dialogical relationship between them to assure human dignity. Next there is a minimum catalogue of torts in case of violation of identity rights in the information society, mainly over the Internet and on social networks. It offers guidelines on digital civil liability and provides thoughts by way of a theory of virtual damages. The dissertation thus proposes to discuss the sociojuridical relationship between identity rights under a systemic approach and taking into consideration direct and objective increments “in and before” the information society along with verifiable torts underlying this relationship. The study contributes with critical thinking towards the exercise of personal identity in the presence of the impacts of modern technology.

Keywords: Self - Personality Rights - Fundamental Rights - Personal Identity - Civil Illegality - Information Society.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	– Acórdão
ADN	– Ácido desoxirribonucleico
CCB	– Código Civil do Brasil
CCP	– Código Civil de Portugal
C.E.	– Comunidade Europeia
CF/88	– Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	– Constituição da República de Portugal
DJe.	– Diário Judiciário eletrônico
j.	– julgado
STF	– Supremo Tribunal Federal do Brasil.
S.T.J.	– Supremo Tribunal de Justiça de Portugal
U.E.	– União Europeia

*Para minha esposa Socorro,
fundamento existencial de minha vida,
abrigo e fé no caminhar juntos.*

*Para minha filha Renata, onde
encontro no seu sorriso a luz da vida e na
sua inteligência e virtudes a confiança
por um mundo melhor.*

*Para os meus amigos por cujas
dávidas de Deus fui apresentado e
convivo ou pude com eles conviver, o
sentimento de que a humanidade ótima
começa neles.*

HOMENAGENS

Aos oitocentos anos da Carta de João Sem Terra (15.06.1.215/15.06.2.015) e aos que lutaram, desde sempre, pela dignidade da pessoa humana.

Aos que com maior respeitabilidade científica, expressam o moderno pensamento jurídico português, dentre muitos os Professores Doutores Fernando Araújo, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Jorge Miranda, Jorge Pinheiro, José Luís Bonifácio Ramos, José Oliveira Ascensão, Manuel Januário Costa Gomes, Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez.

Aos que com maior respeitabilidade científica, expressam o moderno pensamento jurídico brasileiro, dentre muitos os Professores Doutores Cláudia Lima Marques, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, José Fernando Simão, Luiz Edson Fachin, Mário Delgado, Misael Montenegro, Silvio Romero Beltrão e Zeno Veloso.

“Le droit ne serait qu’un instrument permettant de traiter les conséquences sociales des avancées technologiques.”

Christian Laval

- Paráfrase ao afirmado no seu estudo “De la difficulté à légiférer sur le vivant”

(1994, Paris, L.G.D.J.).

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO	27
-----------------------------	-----------

Capítulo I - AS DIMENSÕES DE AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA EM ORDEM DE PROTEÇÃO A SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IDENTIDADE.....	31
---	-----------

1.1. As dimensões de autodeterminação	31
1.2. A sociedade da informação	31
1.3. O universo da internet e uma universalidade normativa	36
1.4. A pessoa como fim existencial	40
1.5. A desterritorialização e os aspectos jurídicos para a cidadania digital na sociedade globalizada	44

Capítulo II - DIMENSÃO ESTRUTURANTE DE DIREITOS DE IDENTIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	49
--	-----------

2.1. A identidade como objeto de direito fundamental e um direito geral de personalidade na perspectiva do mundo virtual	49
2.2. O direito à identidade pessoal.....	52
2.3. O direito à identidade genética	58
2.4. O direito à identidade familiar	64
2.5. O direito à identidade afetiva.....	70
2.6. O direito à identidade digital.....	82
2.6. O direito à identidade sexual.....	84
2.8. O direito à identidade íntima	88
2.10. O direito à identidade singular	90
2.11. O direito à identidade etária	91
2.12. O direito à identidade vulnerável.....	93
2.13. O direito à identidade póstuma	98

Capítulo III - DIREITOS DE PROTEÇÃO INTEGRATIVOS AOS DIREITOS DE IDENTIDADE	101
3.1. O direito à autodeterminação informativa	101
3.2. O direito de proteção de dados pessoais	104
3.3. O direito de proteção dos dados genéticos	109
3.4. O direito ao esquecimento	111
3.5. O direito à comunidade de família	116

Capítulo IV- UM CATÁLOGO EMERGENTE DE ILICITUDES CIVIS DE CONDUCTA Á DIGNIDADE DA PESSOA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	119
4.1. Os bens jurídicos tutelados e a incidência de novas violações a direitos, como tipos autônomos de ilicitude	119
4.2. Em busca de uma catalogação mínima de atos ilícitos em face dos direitos identitários: as ocorrências fáticas e suas repercussões jurídicas.....	120
4.2.1. A emissão discursiva de conteúdos ofensivos	121
4.2.2. Os <i>fakes</i> (perfis falsos)	127
4.2.3. O <i>profiling</i> , em formação de perfis estruturados	128
4.2.4. O <i>hate speech</i> (discurso de ódio) virtual	130
4.2.5. O <i>remember digital</i> , a disponibilidade de informações não contemporâneas e adversas à identidade atual da pessoa.....	134
4.2.6. O <i>cyber-stalking</i> , assédio ou importunação digital	135
4.2.7. O <i>cyber-bulyng</i> , violação de direito à identidade da pessoa	137
4.2.8. O <i>flaming</i> e do <i>troiling</i> , como espaços indutores de violação de direitos e de violência	139
4.2.9. O “ <i>sexting</i> ” de revanche, em exercício odioso de vingança ...	140
4.2.10. O “ <i>false light in public eye</i> ”	141
4.2.11. O <i>spoofing</i> , em utilização de IP falso	143
4.2.12. O <i>mirroring</i> , como técnica em fins ilícitos.....	143
4.2.13. Os <i>genetic testing</i> e <i>genetic screening</i> , como discriminações genéticas	144

Capítulo V - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIGITAL	147
5.1. A responsabilidade civil digital: conceito e caracterização.	
Incursões de direito comparado	147
5.2. Em busca de definição de uma responsabilidade civil preventiva, por falta de resguardo à consumação do dano	152
5.3. Dever de desindexação de conteúdos.....	155
5.4. A Responsabilidade civil das Redes Sociais Virtuais ou Mídias Digitais	159
 Capítulo VI - UMA TEORIA DOS DANOS VIRTUAIS POR SUAS POTENCIAÇÕES	 165
6.1. Notas introdutórias	165
6.2. Os danos virtuais havidos com danos existenciais	169
 CONCLUSÕES	 173
 RESENHA BIBLIOGRÁFICA.....	 175

I – INTRODUÇÃO

A identidade da pessoa possui diversas dimensões valorativas, realizadas na substância de cada uma de suas representações. O direito à identidade pessoal, com efeito, traduz, em última instância, a própria tutela da personalidade da pessoa, em projeção de uma individualidade acendrada na exclusividade do que a pessoa é, na concepção de si mesma em sua presença no mundo.

Em uma compreensão primária, poderia ser resumida na expressão do nome que individualiza a pessoa, como referência no grupo social. No ponto, é decisivo considerar que o nome designa e personaliza a pessoa, e com o uso do seu nome individual (prenome), os da filiação (nome patronímico) e, ainda, os dos apelidos acrescidos, conforme a hipótese, identificada se apresenta a pessoa perante a sociedade, com inegáveis repercussões na ordem jurídica.¹

O nome distingue e honra, e por distinção da pessoa tem a sua própria importância confundindo-se com ela, implicando assim reconhecê-lo como o sinal de identificação personalíssima da pessoa. De tal repercussão resulta situada a sua própria natureza jurídica. Afinal, o nome da pessoa natural em sua composição garante direito fundamental, consagrado a partir do próprio direito da pessoa ao seu nome, onde o liame indissociável reclama, por embasamento de dignidade, uma tutela máxima.

Também é dizer que a atribuição do nome à pessoa ² corresponde, por óbvio, ao reconhecimento de sua própria existência (como pessoa), dado que nenhuma pessoa deixará de ter um nome, evidenciando-se, de tal realidade, a impositividade do registro oficial do seu uso perante o registro civil competente (art. 50, Lei n. 6.015/73).

¹ A determinação do prenome (praenomen), precedendo ao nome de família, embora venha competir aos pais, um e/ou outro, por escolha livre, se sujeita a determinadas condições, tomando-se à partida sua própria composição vocabular (simples, por único vocábulo; composto, formado por dois), onde determinadas legislações vedam mais de dois prenomes (v.g. art. 103, 2, Código do RC de Portugal) e, destarte, algumas composições (fusão dos prenomes paternos) conduzem à uma má formação, excêntrica, extravagante ou vexatória do prenome, muitas vezes vedadas em lei.

² A designação do nome, aos oito dias de vida dos recém-nascidos foi prática adotada pelos hebreus, por ato da circuncisão, conforme registros bíblicos (Gênesis, XVII, 9; Levítico, XII; Lucas, II, 21).

Diante da expressão incontroversa do artigo 16 do Código Civil, segundo a qual “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”, e do artigo 72º do Código Civil português, pelo qual o direito ao nome, inclui o de “a apor-se a que outrem o use ilicitamente”, é bem certo que esse nome civil, por suas características, adere à pessoa a lhe constituir direito da personalidade.

Mas é certo, ainda, que a identidade da pessoa não se esgota nessa forma de expressão, a saber de outras identidades que também traduzem a pessoa, em suas relações no grupo social, onde as assimilações culturais, étnicas e sociais, também a posicionam com inegável distinção.³

Aliás, com precisão cirúrgica, ASCENÇÃO relata vir a ser do próprio direito à identidade pessoal que decorre, exatamente, exsurgir o direito ao nome, dado que a imposição deste emana de um direito da personalidade, o da identificação pessoal em dimensão do existir da pessoa.⁴

Em ser assim, tenha-se que a identidade pessoal é aferível por diversos segmentos⁵, interessando, mais precisamente, ao campo do presente estudo, as novas formas de identidade da pessoa, recepcionadas ou constituídas pela sociedade da informação, em decorrência da evolução de várias tecnologias e, lado outro, pela doutrina jurídica no cerne humanístico de sua singularidade, com os avanços da jurisprudência.

A modernidade tecnológica tanto decifra o homem, a partir dos dados de sua origem (código genético), para os mais variados fins, como o situa e o visibiliza na sua existência como pessoa, em outros dados, no espaço virtual (*Cyberespaço*), e nas novas formas de comunicação (mídias sociais/*social media*), pela interconexão de redes, nomeadamente sob a sua imagem social. É a denominada identidade coletiva, na nova sociedade

³ O hino oficial do país, em cerimônias de premiação, é um dos exemplos significativos e identitários de vínculo da origem nacional, “uma identidade definida em termos de nacionalidade”, como refere Zygmunt Bauman, na sua obra “Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi” (Rio de Janeiro: Zahar, 2005, pp. 15-16).

⁴ ASCENÇÃO, José Oliveira. O Direito. Introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 1977, p. 100.

⁵ Paulo Otero acentua, no tema, que “se é certo que a identidade pessoal se afere pela singularidade, indivisibilidade e irrepetibilidade de cada ser humano, também é verdade que essa identidade pessoal compreende, simultaneamente, o conhecimento da ‘história’ de cada pessoa”. In: OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

informacional, diante das percepções valorativas que são construídas sobre a pessoa, em dinâmicas de marcante interatividade.

O direito, a seu turno, tem reconstruído o homem, em sua dignidade, na relação entre este e os avanços tecnológicos, com notável incremento em incursão sobre os direitos fundamentais. A aplicação do direito tem produzido sua função de atividade corretiva desta relação, e nessa perspectiva, o estudo busca contribuir com reflexão crítica, sugestivamente com uma panorâmica versátil da identidade pessoal em significações pontuais da dignidade da pessoa.⁶

A proposta do trabalho, em sua pertinente delimitação, é o de estabelecer o liame sociojurídico, entre os direitos de identidade, em seus incrementos diretos e objetivos “*dentro e perante*” a sociedade da informação, com as ilicitudes verificáveis e subjacentes a essa relação.

O propósito não é, senão, eleger as diversas dimensões úteis (sentido multidimensional) para a visibilidade da identidade da pessoa, a uma compreensão adequada de sua dignidade, operando, de consequência, a ilicitude civil em seus aspectos específicos e inerentes, evidenciados os casos em situações novas ditadas pela sociedade da informação. Como restará evidenciado, perante cada uma das dimensões, em seus contornos basilares, as construções jurídicas de análise empreendidas permitirão abrir espaço a novas reflexões.

Adequados processos de autodeterminação e de controle de dados com higidez ética e legal no tratamento das informações; a inibição e repressão, com poderes dissuasórios das situações objetivas lesivas, a problematização jurídica da sociedade informacional em disciplina do manuseio dos dados e informes, a percepção dos riscos e descontroles de garantias efetivas aos direitos de identidade, servem como novos vetores fundamentais à valoração da dignidade humana.

O trabalho, em uma visão plural e transdisciplinar, sem esgotar o tema, por óbvio, cogita dos desafios apresentados pela sociedade de informação. O principal deles, o de o referencial axiológico da pessoa, em sua dignidade e

⁶ Ingo Wolfgang Sarlet aduz ser razoável admitir a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos de uma definição jurídica da dignidade. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão (Org.). Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Editor Método, 2008.363 p.; p. 14.

direitos básicos, dentro da nova ordem informativa, dever continuar sendo uma responsabilidade substancial, definida com clareza.

Como se verá, a sociedade de informação por sua natureza suscetível de produzir ofensas e danos à pessoa, supera a tese de os direitos de personalidade funcionarem em um sistema *numerus clausus*, como exaurientes as situações pelas quais eles se revelam. Uma jusnaturalística das identidades das pessoas não há por circunscrever correlatos a ela apenas os direitos anteriormente nominados. Direitos ulteriores, por novas identificações da pessoa na Sociedade da Informação, serão reconhecidos de existência nova e exurgente em perspectiva de afirmar a pessoa em sua indissolúvel realização pessoal através da dignidade.

Dois postulados ensaiam as diretrizes propositivas do estudo.

O primeiro deles aplica-se aos significados da identidade pessoal, em diversas individualizações da pessoa e o seu direito de autodeterminação sobre elas, com o acesso à informação integral que o liberta.

No patrimônio pessoal de sua identidade, em diversas áreas de dados pessoais e de sua realidade de ser, a pessoa tem direitos de proteção exercidos como expressão de si mesma; um patrimônio que implica os seus valores essenciais como pessoa.

Ao lado da importância do direito de acesso à informação, com a autodeterminação informativa dos dados pertinentes, vê-se que a pessoa tem outros direitos correlatos, inerentes aos seus direitos personalíssimos.

O segundo postulado conduz ao direito de implemento do princípio da informação adequada. No caso, a pessoa não só dispõe do direito a uma informação satisfatória, em dimensão participativa do seu agir na sociedade informacional, como também tem o direito sobre si mesma, as informações disponibilizadas serem, a rigor, também adequadas e verdadeiras.

A pessoa tornada agente indispensável da informação em conexão com a sociedade informacional, apresenta-se detentora de princípios e valores; constituindo regra de indispensável observância, segura e prioritária, por todas as tecnologias de informação, porém defrontados por ilicitudes civis que os desafiam. Neste cenário sistêmico, o presente trabalho incursiona.

CAPÍTULO I

AS DIMENSÕES DE AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA EM ORDEM DE PROTEÇÃO A SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IDENTIDADE

Sumário: §1.1. As dimensões de autodeterminação da pessoa. §1.2. A sociedade da informação. §1.3. O universo da internet e uma universalidade normativa. §1.4. A pessoa como fim existencial. §1.5. A desterritorialização e os aspectos jurídicos para a cidadania digital na sociedade globalizada

§ 1.1. As dimensões de autodeterminação da pessoa

A autodeterminação da pessoa, em ordem a proteger seus direitos de identidade, tem conceito de formulação aberta, certo que imprescindível, por essência, ao desiderato dos seus valores absolutos. Torna-se evidente, inclusive, constituir-se um direito, o direito de autodeterminação, como “*elemento nuclear da noção de dignidade*”. Conceitualmente, entende-se como autonomia, representado pela “capacidade potencial que cada ser humano tem de planejar e executar sua conduta, garantida a liberdade de discernir e optar.”⁷ A autodeterminação dos povos é o exemplo magno.

§ 1.2. A sociedade da informação

A sociedade da informação⁸ é uma sociedade aberta, e dentro deste contexto, promover a defesa da identidade própria e a segurança da privacidade pessoal, a proteção de dados pessoais, enfim todos os atributos

⁷ BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da não-discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). Direitos Fundamentais e Cidadania, São Paulo: Método, 2008,

⁸ Análises históricas demonstram diversas etapas revolucionárias da informação, a partir da escrita, na Mesopotâmia (5.000 a 6.000 anos A.C.); da invenção do livro, na China (1.300 A.C.) e ao depois na Grécia (500 A.C.) e da invenção da impressão, por Gutemberg (1.400/1450). A atual Sociedade da Informação é a quarta e mais revolucionária das fases históricas da informação.

que concretizam a pessoa, em sua dignidade, afigura-se como o desafio jurídico mais instigante na esfera dos direitos da personalidade.

A expressão “*sociedade da informação*”⁹ teve origem, nos estudos desenvolvidos pelo economista FRITZ MACHLUP (1933); sido, entretanto, PETER DRUCKER, também economista, o primeiro a denominá-la como “era da informação” o momento tecnológico da sociedade mundial.¹⁰

Define-se, pela primeira vez, no Brasil, a “*Sociedade da Informação*”, como “uma nova era, na qual, a informação adquire centralidade e passa a fluir a velocidade e em quantidades antes inimagináveis”.¹¹ Em seara da doutrina portuguesa, sustenta-se, com a intervenção de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que melhor terá sido o emprego da expressão “*sociedade da comunicação*”, “uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação”.¹²

Os avanços da tecnologia estão superando os limites da informática e as atividades que com ela assumiram maiores particularidades, para constituírem, em seus novos arranjos de técnica, uma sociedade informacional (sem o critério reducionista da “sociedade informática”) e em cujo cotidiano, as relações intersociais inerentes e a preservação do indivíduo¹³ como pessoa, estão a incursionar

⁹ A expressão passou a ser utilizada, a partir dos anos 60. A propósito do tema, conferir: ASCENSÃO, José de Oliveira. A Sociedade da Informação (Cap. IV). In: Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Editora Forense. 329 p.; pp. 67-89; PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Compêndio jurídico da sociedade da informação: notas práticas, legislação e jurisprudência. Lisboa: Quid Juris, 2004; VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetivação desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007.

¹⁰ Neste sentido: FÁBIO LUCAS MOREIRA. Da “sociedade informática”, de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do Marco Civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader. SILVA, Maurício Faria da. (Org.). O Direito na Era Digital. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2012, 198 p.; pp. 13-45.

¹¹ Definição constante do “Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil” (Ministério da Ciência e Tecnologia, agosto/2000). Apud BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. A relevância do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliani Minardi (org). Direito na Sociedade da Informação, vol. I, São Paulo: Atlas, 2007.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e d Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 71.

¹³ Indivíduo precisamente narrado, pela individualidade, como uma pessoa indivisível, pessoa única na dimensão de sua identidade própria e personalidade.

na ciência jurídica, com as repercussões que a doutrina e a legislação, em tempo instantâneo, precisam melhor dimensionar.

Após a denominada “*sociedade de consumo*”, onde a pessoa utilizadora do sistema enfrenta o risco de tornar-se menos cidadã, e mais consumidora sob a égide avassaladora do mercado de ofertas (*marketing*), sem controles eficientes de uma relação de equilíbrio, a sociedade da informação assume modelos ainda mais complexos.

Em primeiro destaque, a pessoa vem a ser consumida como informação, produto de coleta de dados em diversos níveis e lugares, surgindo-se classificada, conforme os perfis que a fazem distinta e mais individualizada. Nesse viés, o problema situa-se na “modelização” da pessoa, segundo os interesses de mercado, arquitetada pelos dados disponíveis, e na hipótese, não dispondo de controle sobre as informações postas e empregadas a seu respeito. Em contraponto, a sua identidade também pode resultar comprometida ao tempo que, com perda da sua unidade pessoal, as informações estejam fragmentadas no que interessa.

STEFANO RODOTÁ, observando o impacto do uso das tecnologias da informação e de comunicação, assevera que a nova organização social assume as características de uma “*sociedade individual de massa*”.

Em segundo, tem-se que em uma severa exposição pessoal, a pessoa vem a ser consumidora de si mesma¹⁴, face a produção incessante de divulgação em redes sociais de sua vida em detalhes, pormenores e circunstâncias de cada dia. Sob tal prisma, além do fenômeno da midiaticização da autoestima (ou baixa estima?) incide o risco de sua própria vitimização, por evidência das felicidades aparentes,¹⁵ podendo atrair por intrusão a manifestação e o agir lesivos de terceiros.

Antes de mais, torna-se imperativo reconhecer que o advento da sociedade da informação representa uma nova etapa do desenvolvimento da organização social, agora sob a égide de tecnologias avançadas, onde os seus partícipes logram obter (e compartilhar) em

¹⁴ Uma responsabilidade ética implica que sejamos responsáveis em relação a nós mesmos.

¹⁵ Estudo da Universidade de Michigan indicou uma relação entre o uso excessivo das redes sociais e a infelicidade. O acesso às postagens de pessoas “aparentemente felizes” produz emoções ligadas a uma sensação de “déficit” de felicidade, em relação de grau com as postagens feitas pelos outros, conforme expressa Dominique Magalhães, no artigo “Redes Sociais e a felicidade”. (In: Folha de Pernambuco, 20.06.2014, p. 08).

tempo-instante informações, dados e imagens, em qualquer lugar e sob uma nova ordem informacional, onde diversos se apresentam os meios de comunicação.

Nesse contexto, a nosso entender, nem sempre a sociedade da informação se confunde com a “*sociedade do conhecimento*”, bens distintos por suas características próprias e até certo ponto inconfundíveis, valendo para a necessária distinção referir que esta última sinaliza, em bom rigor, com a evolução científica do saber.¹⁶ O conhecimento será, em desate, a análise e o aprofundamento da informação, em visão crítica e com funcionalidade de ideias que ela oferece. Ressoa verdadeiro que o rumo do progresso tecnológico traz problemas morais e jurídicos, o que está a se exigir para eles padrões mais elevados de solução.

Em verdade, a informação dependerá sempre de uma interpretação e disso haverá uma suposta verdade interpretativa; em exercício de um juízo de valor, de uma compreensão de lógica, uma atividade intelectual ou formação de uma verdade aparente. O que, afinal, torna uma informação verdadeira? Um raciocínio exauriente e crédulo ou dados conclusivos e incontrovertidos? O pressuposto interpretativo dos dados informados é a sua significação objetiva, sem a qual muitas interpretações variadas, não contextualizadas, circunstanciais ou superficiais, estariam a não tratar a informação de maneira correta.

Enfrentando a questão, RONALDD DWORKIN (2012) analisa a interpretação como profundamente holística, e por conseguinte, ficando esse holismo interpretativo a depender do que real e responsavelmente pensamos.¹⁷

De fato, a informação na sociedade por ela designada em seu contexto, serve de mercadoria valiosa, “capaz de produzir conhecimento”, enquanto que o conhecimento se perfaz “identificado como a crença produzida ou sustentada pela informação.”¹⁸ No ponto, a informação serve para situar a pessoa em contexto social, a respeito do fenômeno pessoal de

¹⁶ José Ortega y Gasset, filósofo espanhol, ao escrever, em 1929, “A Rebelião das Massas”, conceituou o homem-massa, predominante em uma sociedade de comunicação de massa, a depender de uma minoria culta. Nesse viés, a informação massiva não coincide com a veiculação do melhor conhecimento.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Justiça para Ouriços. Trad. de Pedro Elói Dirte, Coimbra: Almedina, 2012, 515 p.; pp. 131-133 e 161-163.

¹⁸ DRETSKE, F. I. Knowledge and the flow of information. Oxford: Blackwell, 1981.

sua atuação, e o conhecimento a recepciona, na forma como se coaduna no acervo das contingências. A pessoa é um ser contingente.

Nessa perspectiva, tem-se considerar que informação e conhecimento, como refletem BERGER e LUCKMAN, regem uma dinâmica específica de interatividade social entre as pessoas, ocorrendo que o compartilhamento da primeira serve de construir uma realidade que, por sua vez, influencia o discernimento, comportamento e atitude das pessoas.¹⁹ Importa, assim, a aquisição desse conhecimento para a própria pessoa ou sobre ela, circunscrevendo-se, nesse aspecto, a medida da informação como fonte de conhecimento para a identidade pessoal. Nisto reside o problema posto.

Diante de a informação se constituir como um significativo detentor de inúmeros significados, na atual sociedade, com inúmeras repercussões à pessoa, importa, analisar esses efeitos no plano jurídico dos direitos da personalidade,

Outra não é a elevada preocupação de ASCENÇÃO, em evidenciando inegável a conveniente compatibilização do direito com a nova realidade sócio tecnológica, não somente à esfera regulatória de condutas, ao pontificar sobre ser preciso urgente “incrementar e aprimorar os mecanismos de solução dos conflitos coletivos que surgem das relações virtuais estabelecidas em rede”²⁰

ZYGMUNT BAUMAN percebendo os danos colaterais da atual modernidade, designada por ele de “modernidade líquida”, alinha dois fatos elucidativos à sua melhor compreensão: (i) estamos presentes em uma sociedade da hiperinformação: (ii) as esferas entre o privado e o público não mais constituem uma divisão, antes sacrossanta.²¹

¹⁹ NONAKA, I; TAKEUCHI, H. Gestão do conhecimento. Porto Alegre: Bookman, 2008

²⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação: Estudos Jurídicos. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10.

²¹ BAUMAN, Zgmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos e outras baixas colaterais da modernidade líquida. In: Daos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Trd, Carlos Alberto medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013, p. 110 e ss.

§ 1.3. O universo da Internet e uma universalidade normativa

Inegável que a tecnologia avançada da Internet²² não apenas agrega um volume extraordinário de conteúdo, na disseminação informativa, em tempo instante e continuado entre milhões de usuários dos sistemas de redes, como possibilita que, nesse espaço virtual, novas práticas ilícitas sejam cometidas. A Internet, favoravelmente entendida como importante veículo de “comunicação social de massa”, também é um território livre para a prática de todas as ilicitudes, com o acesso e disponibilidade universalizados.

A evolução da internet tem ocorrido, em um processo complexo e contraditório. De sua origem, para o tráfego de dados nas redes acadêmicas²³, evoluiu para outros serviços dentro da sociedade²⁴. Seus inúmeros avanços, desde as distribuições e acessos de vídeo, que respondem por dois terços de tráfego²⁵ às novas aplicações em rede, de interesse público²⁶ e de interação cotidiana²⁷, apontam para o indescritível mundo novo de tecnologia e informação jamais pensado.

²² A Internet foi desenvolvida, em 1969, pela agência americana “Advanced Research and Projects Agency” – ARPA, responsável por pesquisas científicas e tecnológicas, para fins militares, como uma rede que interligava computadores por cabos submarinos, e funcionou pela primeira vez em janeiro de 1972.

²³ A seu turno, a World Wide Web foi criada por Tim Berners-Lee, físico britânico e cientista da computação, no Centro Europeu para Pesquisa Nuclear (CERN) – Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire – atualmente designado Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear, em Genebra. Em 25.03.1989 ele fez sua primeira proposta de criação da WEB, a partir de um projeto destinado a compartilhar e atualizar dados de pesquisas, na comunidade acadêmica, sob o conceito de hipertextos. O primeiro website produzido foi colocado “on line” na rede, em 06.08.1991, no endereço Info.cern.ch

²⁴ A Internet tem agregado ao sistema de tráfego de dados, vídeos, serviços, telefonemas e outros conceitos de tecnologia avançada. A sociedade internética vive com o cidadão a qualquer tempo e em qualquer lugar.

²⁵ Os vídeos por “streaming” (transmissão instantânea) são assistidos, em tempo real, superando os “downloads” realizados.

²⁶ Exemplo emblemático é o uso da telemedicina, em rede, permitindo garantias de vida aos pacientes.

²⁷ Aplicativos de diversos serviços de consulta e de GPS, por exemplo. Em dois anos (até 2017), 60% dos veículos no mundo estarão interligados por conexões sem fio, de alta velocidade, dispondo do tráfego de dados que interagem sobre os veículos e as pessoas. Aplicativos indicarão a gasolina disponível e o posto mais próximo, além de a segurança, o desempenho e a circulação dos veículos constarem em diários de bordo disponíveis nos próprios computadores dos veículos, com informações acessíveis. Pessoas serão avisadas da localização próxima de serviços e lanchonetes. Inexiste, porém, legislação a respeito disciplinando essa tecnologia. Cada tecnologia de internet reclama normativos que estabeleçam, em conjunto, um microuniverso legal.

A contradição reside, justamente, não obstante seu proveito benéfico e utilitário, na perda de um gerenciamento eficaz, preventivo e corretivo e na falta de legislação adequada, que impeçam a degradação do seu uso, por atos de lesa-dignidade das pessoas e de comprometimento do sistema em termos de segurança ética e institucional da sociedade.²⁸

Um dos primeiros aspectos multifacetados está no controle e monitoramento das atividades dos programas de navegação dos utilizadores (usuários), sem o consentimento informado e expresso. Provedores de internet armazenam (através de “cookies”) informações sobre o uso que as pessoas fazem da rede mundial, seus interesses em sites visitados, etc.

Incontestemente, outro lado, que as informações veiculadas na rede Web, já denominada Web.2.0,²⁹ como segunda geração de comunidades virtuais e serviços, não estão ainda sujeitas a controles centralizados e legais, mediante uma governança única.

Uma regulamentação jurídica das relações internéticas, ante os conflitos de interesses bem situados e/ou novas e determinadas ilicitudes, tem sido bastante discutida e havida como necessária e premente.³⁰ As atuais limitações flagrantes do instrumental normativo posto à disposição, em resolução objetiva dos problemas jurídicos advenientes, têm sido

²⁸ A sociedade como instituição humana, na internet, tem sido comprometida pelo uso da rede em ações criminosas, em diversas áreas, como pedofilia, prostituição e tráfico de drogas e armas.

²⁹ Neste sentido, a obra de Erick Qualman, “Socialnomics How Social Media Transforms the Way We Live And Do” (John Wiley Trade Edit., 2009), oferece uma visão abrangente da atual realidade tecnológica da Internet, na presente sociedade da informação.

³⁰ Vem a depor, nesse sentido, o estudo de Marcos Rogério Souza (2013) ao indicar quatro correntes doutrinárias que enfocam as eventuais soluções. Diz, ele, em resumo, sinalizando a ordenação do tema: (i) a Corrente Liberatória que sustenta a impossibilidade de adequar uma regulamentação jurídica tradicional às hipóteses surgidas no mundo virtual, sob suporte na posição de John Perry Barlow (1996). De efeito, a Internet seria autorregulada de forma exclusivamente consuetudinária, na observância de suas atividades se sujeitarem unicamente ao costume, como fonte de direito. (ii) A Corrente da Arquitetura da Rede, onde suficiente seria regulamentar a arquitetura do código-fonte dos ambientes virtuais, com o consequente controle legal e jurisdicional sobre as operações desenvolvidas na Internet. (iii) A Corrente Tratativista, segundo a qual o direito da internet será necessariamente firmado por tratados internacionais. (iv) A Corrente Tradicionalista, a estabelecer que “a norma jurídica interna deve ser a principal fonte do direito regulamentador da Internet, mediante o uso da analogia”, admitida pela doutrina brasileira, em entendimento majoritário, e por julgados de tribunais. (SOUZA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo conteúdo das informações transmitidas pela Internet. In: LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Sociedade de Risco e Direito privado. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 742 p.; pp. 678-697.

superadas tão somente por princípios jurídicos superiores cujos valores o direito reconhece e proclama.

Cada tecnologia de internet reclama normativos que estabeleçam, em conjunto, um microuniverso legal. Sobretudo padrões de comportamento pelo emprego da internet, com as pessoas interagindo como “coempreendedores” de uma sociedade mais equilibrada e justa e não, a rigor, como “vândalos on-line”, em autoria de ilícitos virtuais.

De efeito, os utilizadores da rede carecem de um ordenamento jurídico adequado, no ambiente virtual, nas diversas relações jurídicas formadas a partir do universo da web.³¹

Sustentamos, daí, por uma universalidade normativa, a considerar que a estrutura da Internet interimplica em um Estado transnacional.³²

ANTONIO HESPANHA refere acerca da ocorrência de determinadas políticas públicas de formação da ordem jurídica voltadas à generalização do direito, em padrões de normativos universais, cuja globalização jurídica reforça o sentimento comum da necessidade de um sistema uniforme que enfrente questões de ordem legal ditadas pela modernidade, em qualquer sítio do mundo.³³

³¹ Uma das mais significativas, a do comércio eletrônico, a receber doutrina e legislação pertinentes, havendo NEWTON DE LUCCA admitido, a tanto, o surgimento de uma nova espécie de consumidor: a do consumidor internauta, flagrando “a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional” (Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27)

³² A propósito da questão posta: Artigos: FORNASIER, Mateus de Oliveira. Desterritorialização e Direito: desafios para a construção de uma observação do jurídico na sociedade mundial. In: FAYET, Paulo. JOBIM, Geraldo. JOBIM, Marco Félix (Org.). Controvérsias Constitucionais Atuais; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, 24 p.; pp. 183-205; Obras: ROSAS, João Cardoso. Concepções da Justiça. Cap. VI: Uma justiça global?; Lisboa (PT): Edições 70, 2011; 139 p.; pp. 115-125.

³³ In “Código et Complejidad”. Conferir, a respeito: http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia?issn_1676-5834/v1n1_2/doc110

Serão os direitos de quarta geração³⁴, apontados por PAULO BONAVIDES,³⁵ onde, segundo ele, importariam na “globalização dos direitos fundamentais”, mais precisamente direitos a um interesse global da humanidade por tocá-la em sua dimensão universalizante. Dentre eles, com inegável reconhecimento, os direitos globais à democracia, à informação e ao pluralismo.

A seu turno, STEFANO RODOTÁ defende uma Constituição para a Internet e um Código sobre privacidade,³⁶ o que implica, em suas devidas latitudes, na edição de marcos civis. CLIFFORD STOLL, da Universidade de Berkeley, pessimista, assevera que “a internet é a coisa mais próxima da verdadeira anarquia jamais criada”.

A internet, como fenômeno mais contundente da sociedade de informação, e como instrumento de consumo (vg. informações, e-commerce, relacionamentos, etc.) pela realidade virtual de que é detentora em tempo-instante, com repercussões que submetem a pessoa a impactos de toda ordem, nada obstante a afirmativa de STOLL, poderá ser adequadamente regulada, com normas que enfrentem, circunstanciadamente, as situações de potencial danoso.

Impende, em primeiro, saber da possibilidade de uma ética universal que sirva a todos os homens, em premissa de que todos são firmados em sua condição humana e, mercê de tal condição, comuns em sua própria humanidade. Aqui, por isso mesmo, cuida-se de um liame jurídico universalizante, a partir de claras e objetivas concepções de dignidade.

LESLEI LESTER, a esse objetivo, sustenta que uma existência de ética universal não somente se coloca subjacente nas pesquisas filosóficas sobre antropologia humana, mas se extrai de uma realidade vivenciada por todos os povos.³⁷

³⁴ Uma classificação geracional dos direitos fundamentais aponta em (i) primeira geração, os direitos constitucionalizados na fase pioneira do constitucionalismo, direitos civis e políticos; (ii) em segunda geração, os direitos sociais, construtores da efetividade da dignidade da pessoa; (iii), em terceira geração, os direitos de valores integrativos sobre os bens comuns, já sob influxos da globalização, como meio ambiente e fraternidade universal.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*: São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

³⁶ “A Vida na Sociedade da Vigilância. A Privacidade hoje.” Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 165-195; 197-232.

³⁷ Segundo Leslei Lester, essa experiência “(...) demonstra que certas condutas são maléficas ao convívio social, onde quer que aconteça, tais como: matar um inocente, roubar, cometer adultério, ofender os pais, causar prejuízo à honra do próximo. Essas condutas são proibidas pelas

A seu turno, SOFIA CASIMIRO refere acerca de regras de conduta não escritas, em conformidade com a “*e-tiqueta*” estabelecida, funcionando como “uma verdadeira *lex internaútica*”, que começa a ser aceita.

Não tem mais presença o ceticismo da qualificação feita por THIERRY, ao afirmar a Internet constituir “*la zone de non-droit*”.³⁸

Há de desenvolver-se, porém, no plano normativo, a constatação de a internet reclamar maior transparência e segurança, como o mundo físico vem receber, na medida do possível, políticas públicas profiláticas de combate aos crimes e ilícitos, coibindo os abusos.

Esse liame do mundo virtual com o mundo real é de afirmação categórica, quando a ordem jurídica, de regra, tem aplicações que incidem sobre os delitos cibernéticos, designadamente na esfera da responsabilidade civil, sob os mesmos fundamentos essenciais de lesividade.

§ 1.4. A pessoa como fim existencial

Ao tratar da pessoa, como o fundamento bastante do direito, ASCENÇÃO preceitua que “a Pessoa, na sua substância, é a âncora da fundamentação da ordem jurídica”, orientando, destarte, as bases das instituições sociais e políticas correspondentes.³⁹

Pois bem. É certo que somos “existência individual de natureza espiritual” a partir do conceito de pessoa, de há muito estabelecido por BOECIO, como “substância individual de natura racional”.

leis penais de todos os povos. Há um consenso universal sobre condutas que depreciam a dignidade humana”. In: MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. Direitos Humanos e objeção de consciência. Uma questão fundamental. In: Revista Anajur, Ano V, jul.-ago-set.-2014, pp. 14-15.

³⁸ THIEFFRY, Patrick. Commece électronique, Droit international et européen. Paris: Éditions Litec, 2002, p. 2. Apud MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por Danos na Sociedade da Informação e Proteção do Consumidor: Desafios atuais da regulação jurídica da Internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria (Org.). Edições Especiais. Revista dos Tribunais; 100 Anos. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

³⁹ A premissa de base situa-se na sua mais vertical reflexão: “Como orientação geral, impor-se-ia a substituição gradual formalista dos direitos pela cultura substancial da pessoa. Seria um enriquecimento da raiz, que poderia sanar o muito de fátuo a que assistimos na nossa situação contemporânea. Sabendo que nunca se encontra sociedade definitivamente reconciliada; e que o homem é chamado repetidamente a bater-se por objetivos e nunca a deliciar-se com os frutos da felicidade conquistada. Há melhor e pior: bom e definitivo nunca se encontra.” In: “O Fundamento do Direito”: Entre o Direito Natural e a Dignidade da Pessoa” (2013).

Em ser assim, a concretude axiológica da pessoa, no significado dos valores de que ela é portadora, e enquanto tal, em consciência deles, informa a própria noção de sua dignidade. A dignidade da pessoa humana é o que a pessoa tem por pressuposto do que os seus valores a representam, como caráter inerente e substancial, a tanto que se apresenta como um direito-garantia, o primeiro dos direitos fundamentais, com presença na ordem jurídica-constitucional.⁴⁰

Uma crítica de razão do conteúdo do humano, leva-nos a considerar pela urgência de valoração da pessoa, na dimensionalidade absoluta do seu significado, frente a todos os êxitos da modernidade, ou mais precisamente, dentro da sociedade da informação, onde nela padece a pessoa de todos os “*perigos ontológicos*” que a vulneram em sua dignidade.

Bem a propósito, assevera SANCHEZ RUBIO (2014) que:

“a partir desta aposta pelo humano, o direito e sua forma de conhecimento devem se tornar mais efetivo e solidário, atendo às necessidades e corporalidades humanas, sem exceções. Todo ser humano, com nomes e sobrenomes, deve ter a possibilidade de construir e reconstruir mundos em todas as dimensões da vida”.⁴¹

Neste sentido, uma ética de vida no universo internético, nos planos dogmático e normativo, haverá de ser desenvolvida, expressando os mecanismos protetivos da pessoa perante as relações informacionais em que encontre envolvida, direta ou indiretamente, no contexto da produção consumista da sociedade da informação.

Diz-nos FRANCISCO AMARAL que a pessoa é “valor fundamental do direito”⁴², pelo que o princípio da dignidade humana positiva sua qualidade intrínseca, constituindo-se em berço das origens de novos valores e direitos, em tríplice categoria jurídica: a dos Direitos Humanos (Tratados e

⁴⁰ A Constituição Federal do Brasil coloca a dignidade como princípio de magnitude constitucional, no exposto no art. 1º, III da CRFB/88. Diversos países também a consagram, no pergaminho constitucional, a exemplo da Constituição de Portugal (1976) e Espanha (1978), dentre outros.

⁴¹ RUBIO, David Sánchez. Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos. De emancipações, Libertações e Dominações. Trad. De Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin; Porto Alegre (BR): Livraria do Advogado Editora, 2014, 131 p., pp. 35.

⁴² AMARAL, Francisco. Dano à Pessoa no Direito Civil brasileiro. In: VIEGAS, Frederico (Coord.). Direito Civil Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, 385 p.; pp. 123-150.

Declarações), a dos Direitos Fundamentais (Constituições) e a dos Direitos da Personalidade (Códigos Civis).

Nessa assertiva, ganha maior relevo a configuração avançada de novos direitos da personalidade, na subsistência própria de direitos emergentes como o direito à identidade pessoal, a interagir com a tecnologia, essa instrumentalizando, à sua conta, informação e conhecimento, nos seus múltiplos aspectos. Os Estados buscam seus marcos jurídicos, para dispensar à pessoa uma tutela ideal que solucione, no melhor possível, os desafios da sociedade tecnológica.

Densifica-se por essa trilha, a pessoa em sua dignidade intrínseca. Essa é a maior responsabilidade do pensamento jurídico hodierno, o mais imediatamente possível, havendo que reconhecer situar-se toda a crise do direito, visceralmente, quando a pessoa, como matriz unificante dos direitos, não é colocada em prioridade jurídica e axiológica, na emergente sociedade da informação.

Recuperar a pessoa na sua totalidade de proteção como pessoa é o critério diferenciador que separa o mundo em ruínas (disfuncional, indiferente, egoístico, assimétrico) da sociedade humanista e plural, transmitente da energia de valores do direito que encontram e humanizam o homem.

Daí, uma razão prática colocada na ponderação:

“Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil” (...) “é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.”⁴³

A conformidade da pessoa diante de sua própria dignidade, em ordem de a dignidade humana, como princípio valor, configurar escopo de segurança plenificando os direitos da personalidade, tem sido muito discutida por sua afetação frequente, mesmo quando presente o consentimento livre da pessoa.

⁴³ CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p.53/54. Apud LOVATO, Marcos Luiz. Os direitos de personalidade antes do “início” e após o “fim” do sujeito de direito.

Merece crítica a intimidade exposta de pessoas na internet, em redes sociais e de relacionamento, o que se verifica à míngua, mesmo por atos volitivos que a tornam objeto de consumo (ou de autoconsumo), reduzindo a significação dos seus valores pessoais.

Diante da sacralidade da dignidade da pessoa humana (v.g. artigos 1º da Constituição de Portugal, do Brasil e da Alemanha), a preocupação vem sendo discutida de há muito, sob a premissa de a dignidade não comportar mitigações. O tema foi renovado, aliás, por artigo de ULRIKE HINRICHS (2000), pontualmente por força de *reality shows*, mas sua análise de fundo reveste-se de interessante atualidade, marcadamente observada face a impactante presença da informação virtual, em tempo real (*real time*) com acesso e disponibilidade permanente de dados, textos e vídeos, na vida comum das pessoas.

Do seu entendimento, extrai-se a ponderação seguinte:

“É lícita a proteção da pessoa *“contra si própria”*, em caso de violações objetivas (ainda que consentidas) da sua dignidade.”⁴⁴

A lógica do arrazoado de defesa, chamando a si as diretivas para qualquer avaliação atual da sociedade de informação e de um controle pertinente e adequado, funda-se em reconhecer que *“a pessoa nunca pode (ou poderá) ser reduzida a objeto ou meio para atingir quaisquer fins”*.

PEDRO VAZ PATTO, magistrado português, também considera:

“É certo que o direito à autodeterminação é um componente essencial da dignidade da pessoa humana. Mas o valor da autonomia não esgota todo o seu conteúdo. A autonomia deve ser exercida dentro de um quadro que se define por essa dignidade”.⁴⁵

⁴⁴ HINRICHS, Ulrike. “Big brother um die Menschenwürde”. In: “Neue Juristische Wochenschrift,” 30, 2000, pp. 2.172 e ss. Apud PATTO, Pedro Vaz. No Cruzamento do Direito e da Ética. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 200-205. Ele se referiu à sentença do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), de 15.12.1981, sobre um espetáculo denominado “Peep-Show”, ou seja, uma sessão de strip-tease através do vidro de uma cabine individual. O tribunal entendeu que a dignidade foi afetada quando a pessoa ali exposta foi reduzida à condição de objeto.

⁴⁵ PATTO, Pedro Vaz. No Cruzamento do Direito e da Ética. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 205

Tomando-se por empréstimo a comunicação portuguesa de 24.10.2000,⁴⁶ no mote de discussão parelha, é de se afirmar, inegavelmente, que a internet e a sociedade de informação, embora fenômenos inevitáveis e proveitosos, não poderão ser instrumentos de aviltamento da dignidade, sob pena de constituírem, como já sucede, em muitos casos, na rede mundial, “*uma pedagogia da indignidade humana*”.

O que deve servir às suas existências e finalidades, é a promoção da pessoa humana, em sua integridade psicofísica, por seu valor absoluto, indisponível, irredutível e intangível, em concepção kantiana que a melhor traduz na sua dignidade.

Dignidade enunciada por um imperativo categórico:

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por alguma outra coisa, a título de equivalência; ao contrário, o que é superior a todo preço, o que por conseguinte não admite equivalência, é que tem uma dignidade.”⁴⁷

Mantém-se atualíssimo, como meta-síntese, pensar com GUSTAV RADBRUCH, em sua célebre aula magna, proferida em Heidelberg, “*A Pessoa e o Direito*” (1926) que a noção de Pessoa de um sistema jurídico, a proteção e a tutela que assegura às Pessoas, caracterizam este sistema jurídico.

Urgente pois, que a pessoa fundamente, com a autonomia de sua identidade, os novos postulados da sociedade informacional e nela seja o conceito fundante do Direito Privado posto a regulá-la.

§ 1.5. A desterritorialização e os aspectos jurídicos para a cidadania digital na sociedade globalizada

No amplo espectro de uma sociedade civil global, onde o produto da informação é mundializado, coloca-se o cidadão onde quer se encontre, não apenas na dimensão do processo civilizatório, sobretudo em

⁴⁶ ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL. Deliberação sobre Questões de Privacidade e Dignidade Humana. In: Relatório de Atividades da AACs, de 2001, Diário da Assembléia da República, II série, nº 34, de 08.03.2003, 2º Suplemento.

⁴⁷ KANT, Immanuel, apud CHOERI, Raul. O Conceito de Identidade e a redesignação Sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

seu significado de sujeito de direitos, como produto histórico de uma sociedade que, em metamorfose, se desterritorializa, nas relações, processos e estruturas sociais.

Evidencia-se, no que bem percebe OCTAVIO IANNI, como “determinação básica constitutiva” e predominante, o surgimento da sociedade global, significando “a totalidade na qual pouco a pouco tudo o mais começa a parecer parte, segmento, elo, momento.”⁴⁸

De fato. Quando, pela vez primeira, o termo “*globalização*” foi empregado, pelo alemão THEODORE LEVIT (1983)⁴⁹, em referência ao surgimento de um mercado global, como fenômeno de aproximação econômica, no processo dinâmico de integração de trabalho, bens e serviços, tecnologia e capitais, a superar fronteiras, a *antiga aldeia medieval*, feita de um relacionamento primário, vê-se, enfim, transformada em comunidade internacionalizada, nutrida de um determinismo universal

No âmbito de uma sociedade global, para além da mercadoria (sinalização econômica e trocas mercantis) situa-se, também o homem cidadão, em seus signos do ser social (inserido no coletivo) devendo ser expresso e reconhecido em uma cidadania mundial, tornada urgente, à conta da ordem internacional (contrato social), ditada nos artigos 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (O.N.U., 1948).⁵⁰

Vale a pena consignar, em sede do elemento “*cidadania do mundo*”, que a cidadania vigente, antes limitada à moeda como fato juridicamente econômico, e observada, com mais pertinência, ao turismo que dissolve fronteiras, ultrapassou a sua precária formação para,

⁴⁸ IANNI, Octávio. A sociedade global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, 15ª ed., 191 p.; pp. 39.

⁴⁹ LEVITT, Theodore. A globalização dos mercados, Harvard Business Review, Maio-Junho de 1983. Há quem sustente que o termo teve origem na década de 40 do século passado e que o economista alemão, radicado nos EUA, apenas o popularizou.

⁵⁰ ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, Paris, 10.12.1948: - Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. - Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

presentemente, iniciar o alcance de uma universalidade participativa em benefício da realização do homem, redesignado que seja em seus valores.

Induidoso que na sociedade transnacional, o pluralismo de ideias e de dados informados, com a circulação livre e acentuada interatividade, tudo acessível por uso de avançadas tecnologias virtuais, configura uma política irradiante de cidadania. Pós-modernidade de perspectivas múltiplas.

No entanto, a cidadania também se perfaz, em contraponto, na aquisição de possibilidades ao seu maior exercício, quando instado (e suficiente) o cidadão a efetivar o potencial extraordinário dos seus direitos na sociedade da informação, em proteção de sua pessoa e de sua personalidade.

Aponta-se para um constitucionalismo moderno diante da supranacionalidade, a indicar o devido resguardo da dignidade humana, a partir da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 12.07.2000; e que no Estado Constitucional, em sua recente fase, está a articular *direitos, liberdades e garantias*, “como se prefere na Constituição portuguesa”, conforme reporta JORGE MIRANDA (2005).⁵¹

A globalização e as exigências de uma regulação jurídica sob novos princípios e instrumentos, estão a indicar que a melhor resposta do direito aos problemas advenientes dos progressos científicos e tecnológicos, será necessariamente um direito de ordem transnacional.

CLAIRE NEINRICK (1994)⁵², apontou que essas evoluções tem provocado repercussões influentes nas estruturas do direito, com desafios sempre maiores. Por isso que a pessoa como sujeito de direitos experimenta novas noções jurídicas suficientes a distingui-la, em permanência, como principal prioridade e o direito empreende travessias com construções doutrinárias capacitantes aos novos tempos.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. Estado Social e Direitos Fundamentais. In: Doutrina. Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 Anos. Brasília: STJ, 2005, 492 p., pp. 201-219. Nessa articulação de direitos, segundo ele, em planos diversos, a existência das pessoas tem a “sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada...”

⁵² MEIRINCK, Claire et al. (Coord.). De la Bioéthique au Biodroit, Collection Droit et Société, Paris, 1994, L.G.D.J.

Refletindo sobre os avanços, PAULA LOBATO DE FARIA⁵³, faz interessante contraponto do direito sobre o processo evolutivo continuado, como resposta conveniente aos desafios exsurgentes. No essencial determinante das transformações, eis que temos, de sua doutrina, as respostas jurídicas mais ilustrativas:

- (i) “o dealbar do maquinismo” originou a “teoria do risco”;
- (ii) a sociedade motorizada conduziu ao “seguro obrigatório”;
- (iii) a fotografia deu causa ao “direito à imagem”;
- (iv) a imprensa por seu atuar criou um “direito à vida privada”
- (v) a informática obrigou o surgimento do “direito à proteção de dados”;

(vi) a sociedade informatizada tornou indispensável “o direito à autodeterminação informacional.

De fato, para melhor dimensionar-se o salto qualitativo da impactação tecnológica, interessa justapor a pertinência, em suas aproximações maiores ou não, dos instrumentos jurídicos disponíveis atualmente, como suportes a um entendimento universalista no tratamento legal das questões. Tarefa penosa para a confecção de textos internacionais, a superar escassos tratamentos legais em determinadas searas do direito informático.

Questões como a geração superficial surgida com a vivência da internet (NICHOLAS CARR), os filtros invisíveis que ela dispõe, em prejuízo da individualidade das pessoas (ELI PARISIER), como as estruturas das novas mídias interagem com o caráter da sociedade e como o direito se antepõe a esses fenômenos, devem produzir normas de tipo “tratado-lei” e “tratado-contrato”, obrigando pessoas e Estados, ao fim de implemento de legislações específicas ulteriores.

Nessa perspectiva, cabe dizer que os atuais meios informáticos da sociedade da informação, sob um conceito de onipresença ou ubiquidade (*“ubiquitous computing”*) pela conectividade em rede, contempla a necessidade do estabelecimento de meios jurídicos uniformes, nomeadamente para:

⁵³ FARIA, Paula Lobato de. O Biodireito: Novos princípios, acotes e Instrumentos de Regulação. In: GONÇALVES, Maria Eduarda. GUIBENTIF, Pierre. (Coord.) Novos territórios do Direito. Estoril (PT): Princípiia. 2008, p.156 p.; pp. 137-147.

(i) garantir a segurança da tecnologia da informação, em seu papel indutor de transformações sociais;

(ii) garantir o funcionamento das novas tecnologias da sociedade da informação, com estruturas confiáveis;

(iii) garantir a proteção da identidade pessoal de cada pessoa nas relações variadas do tráfego de informações;

(iv) garantir a confiabilidade recíproca do sistema e de seus utilizadores.

Sob tais premissas de vanguarda, na confecção de padrões normativos que interessem a comunidade internacional, advoga-se o incremento de marcos jurídicos regulatórios da Sociedade da Informação, nos seus mais diversos níveis, como se busca, prioritariamente, em termos vinculantes da proteção de dados pessoais, a exemplo do Regulamento nº 526/2013, da União Europeia.

CAPÍTULO II

DIMENSÃO ESTRUTURANTE DE IDENTIDADES DA PESSOA (E RESPECTIVOS DIREITOS) NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Sumário: §2.1. A identidade como objeto de direito fundamental e um direito geral de personalidade na perspectiva do mundo virtual. §2.2. Identidade pessoal. §2.3. Identidade genética. §2.4. Identidade familiar. §2.5. Identidade afetiva. §2.6. Identidade digital §2.7. Identidade sexual. §2.8. Identidade social. §2.9. Identidade íntima. §2.10. Identidade singular. §2.10. Identidade igualitária. §2.11. Identidade etária. §2.12. Identidade vulnerável. §2.13. Identidade póstuma.

§ 2.1. A identidade como objeto de direito fundamental e um direito geral de personalidade na perspectiva do mundo virtual

Induvidoso que na globalização informacional, melhor desenvolvida pelos recursos tecnológicos de internet, redes sociais e comunicações-instante, está o homem como o homem-social, o homem-informado, e o homem-cidadão, reunidos sob a égide de uma única pessoa que tem consigo e em seu favor, direitos fundamentais relativos à sua personalidade.⁵⁴

A par do entendimento de os direitos fundamentais fundarem-se sob o princípio da dignidade humana, é significativo observar que os direitos da personalidade se situam dentre aqueles, em pergaminho constitucional, sendo expressivo ainda referir que em sua conceituação, apresentam-se eles inúmeros, como bens jurídicos da própria personalidade.

Inerentes à pessoa, inatos ao ser humano, ou mais ainda atinentes ao ser como pessoa, os vários direitos da personalidade,

⁵⁴ A respeito do tema: BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2005, 153 p.; MORI, Michele Keiko. Direito à Intimidade versus Informática. Curitiba: Juruá Editora, 2001, 121 p.; PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83; SOLOVE, Daniel J. The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet. Yale University Press. 2007.

consoante a concepção pluralista que os classificam ou tipificam, são direitos não apenas subjetivos privados, para os fins de um sentido patrimonial da relação jurídica, mas, sobretudo, como afirma HAINZENREDER JR., para os fins de uma tutela integral da personalidade “como valor máximo do ordenamento”.⁵⁵

São direitos de consciência universal onde o homem é reconhecido em seu contexto histórico-social como sujeito de bens jurídicos superiores que condizem com a sua existência digna e com uma digna existência enquanto pessoa.

Adiantando, de logo, tenha-se, então, à guisa de sua extensão aplicável, que os direitos da personalidade, apresentam-se em face dos bens intrínsecos da pessoa, como bens que não guardam uma relação única com os interesses da própria pessoa, mas com as expectativas da sociedade como um todo.

Assim, trata-se de direitos da personalidade que, sob tutela máxima, interessam representar a ordem estruturada da própria sociedade. Ou seja, em existência de cada pessoa, os seus direitos protegidos alcançam, por corolário lógico, a tutela da sociedade em geral. E na existência de homens bons, boa será, sempre, a sociedade que os tem sob recepção convivencial.

A cada tutela pessoal da personalidade, em garantia da dignidade da pessoa, segurança jurídica, bem-estar e desenvolvimento coincidem com a proteção integral da sociedade onde habita o homem, sobretudo quando se trate da atual sociedade de informação. Logo, como acentuou KARL JASPERS “a dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens”.

Dentre os direitos da personalidade, direitos distintivos da personalidade concernem à identidade pessoal, conforme GOMES CANHOTILHO,⁵⁶ como um atributo jurídico mais complexo, em decorrência de situar-se, presentemente, sob a concepção de uma sociedade informacional.

⁵⁵ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador: O Uso do E-mail no trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2009, 178 p.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 390.

A esse tempo, poder-se-á reconhecer da conveniência de um direito geral da personalidade na presença e em perspectiva do mundo virtual, onde o bom nome e a reputação (art. 26, 1, Constituição Federal português), honorabilidade e decoro, consagram a ideia desse direito geral.

Ambienta-se esse direito, com maior aproximação, nas estruturas da sociedade comunicacional e no pressuposto da complexidade de informações disseminadas em suas “realidades”. O novo cenário é desafiado por inúmeros estudos epistemológicos onde a Filosofia da Informação indaga “em torno e no interior da Sociedade de Informação modelada” para, afinal, estabelecer canais contributivos entre ética, informação e direito.⁵⁷ Afinal, o desenvolvimento tecnológico transforma o mundo, quando em mesma pós-modernidade as novas formas de trânsito da informação o têm mais ainda transformado.

Um novo paradigma incorpora-se, então, ao direito de identidade: onde encontra-se a informação relacional (dados) o Direito haverá de pensar a informação, em análise de seus interesses e consequências, para efetivar, com inegáveis acertos, a identidade da pessoa.

Esta é uma das grandes questões contemporâneas de direito civil na esfera dos direitos da personalidade, com o multifacetamento da sociedade tecnológica sem o concurso de maiores regulações jurídicas.

No entanto, as mais recentes estruturas jurídicas de Constituições e dos Códigos, embora com fidelidade permanente à ideia de sistema, como paradigma científico de direito, tem servido para um eloquente aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Contempla-se um normativismo aberto, onde sua funcionalidade social assume a diretiva central da ordem jurídica, destinada a otimizar os seus fins, mediante cláusulas gerais e uma principiologia aderente que se extrai da fundamentalidade dos direitos da pessoa. Dessa proatividade, a interpretação criativa do moderno direito é a sua maior simbologia.

⁵⁷ As primeiras análises foram trabalhadas por Luciano Floridi, professor de Lógica e Epistemologia na Universidade de Bari (Itália), cuidando da relação entre a informação e o ser humano. Cfr. FLORIDI, L. Open problems in the philosophy of information. *Metaphilosophy*, v. 35., n. 3, Abril-2004. Web: www.wolfson.ox.ac.uk/~floridi - What is philosophy of information? *Metaphilosophy*, v.33, n. ½, p. 123-145, 2002b. Web: www.Wolfson.ox.ac.uk/~floridi

§ 2.2. Identidade pessoal ⁵⁸

O conteúdo do direito à identidade pessoal⁵⁹ compreende um acervo de direitos que estabelecem a concretude da identidade da pessoa, como tutela da sua individualidade, a exemplo do nome e do bom nome⁶⁰, imagem, recato, honra e reputação, em perspectiva dos aspectos fundamentais de sua personalidade, aqui referenciados sem caráter exaustivo.⁶¹

Mais precisamente, dir-se-á que o bem jurídico da identidade pessoal se perfaz na afirmação da própria individualidade, como forma de distinção e do valor da pessoa, principalmente em interação nas relações sociais, de modo que dele se extraem os elementos personalíssimos, como o nome, a honra, o recato, a imagem, entre outros caracteres. A identidade, como bem jurídico, é o somatório de todos os atributos pessoais, e tem conceito fluídico, indeterminado, à medida de uma realidade multifacetada.

⁵⁸ LEGISLAÇÃO. PORTUGAL: Artigos 483º e 484º do Código Civil; o primeiro estabelecendo o princípio geral da obrigação de indenizar, por quem, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem (ou disposição legal destinada a proteger interesses alheios); o segundo, tipificando como ilícito autónomo a difusão de fato capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva. Retenha-se que a ofensa ao crédito ou bom nome da pessoa, por difusão de fato, amolda-se, axiologicamente, com as ilicitudes mais comuns e frequentes na sociedade da informação.

⁵⁹ Uma advertência inicial é apresentada por ALBUQUERQUE MATOS (2011), afirmando: “Não constitui tarefa simples definir com precisão o conteúdo do direito à identidade pessoal. Diríamos mesmo tratar-se de uma missão praticamente impossível. Em verdade, encontramos-nos perante um direito de criação pretoriana, particularmente influenciado pelas contingências normativas de um determinado sistema jurídico: o italiano. Não queremos ignorar a genérica invocação desse direito, feita no contexto doutrinal e jurisprudencial de outros ordenamentos jurídicos. Todavia é no espaço dogmático italiano (CUPIS, 1949), que encontramos uma maior construção conceitual erigida em seu torno”. (ALBUQUERQUE MATOS, Filipe Miguel Cruz. O Direito à identidade pessoal: âmbito do direito e a questão de sua autonomia (Cap. 3.) In: Responsabilidade civil por Ofensa ao crédito ou ao Bom nome. Coimbra: Almedina, 2011, 770 p.; p. 198).

⁶⁰ A ofensa ao bom nome do art. 484º do Código Civil português representa, por inequívoco, ofensa ao direito à identidade pessoal, em sua incolumidade.

⁶¹ Bibliografia, a propósito do tema: Bibliografia portuguesa - ALBUQUERQUE MATOS, Filipe Miguel Cruz. O Direito à identidade pessoal: âmbito do direito e a questão de sua autonomia (Cap. 3.) In: Responsabilidade civil por Ofensa ao crédito ou ao Bom nome. Coimbra: Almedina, 2011, 770 p.; pp. 190-239; CARVALHO, Orlando de. Os Direitos do Homem no Direito Civil português, Coimbra, 1973, p. 20 e ss. - Bibliografia estrangeira - DE CUPIS, Adriano. Il Diritto all'Identità Personale, Milano, 1949. SESSAREGO, Carlos Fernández. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. - Bibliografia brasileira: CHOIERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Editora Renovar, 2010, 347 p.

Nesse sentido, a identidade pessoal constitui, assim, “um bem em si mesmo, independentemente da condição pessoal e social, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de modo que a cada um é reconhecido o direito a que sua individualidade seja preservada”.

Razão assiste à doutrina de ORLANDO DE CARVALHO⁶² quando pretende autonomizar o direito à identidade pessoal, posição que mais se aperfeiçoa diante de não dever ser cindida a individualidade nas relações informacionais.

Com precisão de foco, tem lugar, então, a pergunta formulada por ALBUQUERQUE MATOS (2011) quando questiona:

“(...) não se deve antes visualizar o direito à identidade pessoal como a projecção social da individualidade da pessoa a partir de regras comuns de experiência, e tomando como base de apreciação os traços definidores do carácter individual objetivamente detectáveis ou cognoscíveis?”⁶³

O questionamento reside no chamado “*modelo comunitário*”, como terceira posição indicada e melhor aceita por ele, a par dos modelos intimista (individual) e da aparência (projeções de confiança) para dirimir a valoração axiológica da identidade, em afirmação do direito na espécie.

Nessa toada, sustenta em delimitação do *locus* apropriado, que a projeção da individualidade de cada pessoa deve ser definida “em função de critérios de conformação social comunitariamente prevalecentes”. Ou seja, a identidade estaria conforme em dimensão do perfil social pelos critérios de valoração admitidos em sociedade onde situada a pessoa.

Por tal delimitação, não há negar a aplicação do modelo, mormente quando os credos da informação são dirigidos à pessoa, ou a ela “incorporados”, sob as pretendidas percepções da personalidade, segundo as informações disponíveis no âmbito comunitário.

Lado outro, convém-se, por igual, entender que inexiste um único direito de identidade, decorrente da concepção unitária que, segundo o modelo do direito alemão, concebe um único direito de personalidade, de

⁶² CARVALHO, Orlando de. Os Direitos do Homem no Direito Civil Português, Coimbra: Almedina, 1973, pp. 20 e seguintes.

⁶³ ALBUQUERQUE MATOS, Filipe Miguel Cruz. Responsabilidade civil por Ofensa ao crédito ou ao Bom nome. Coimbra: Almedina, 2011, 770 p.; p. 207.

onde achar-se-ia extraído. Como se verá, os direitos de identidade são vários, por concepção pluralista, a proteger a pessoa, identificada em sua existência por inúmeras dimensões privadas: identidades pessoal, genética, familiar, social, consumerista, etc. Todas elas, em suas especificidades, compõem a identidade maior, como um patrimônio intangível e imaterial.

Aqui é significativo anotar a identidade pessoal observada, por exemplo, sob o aspecto metajurídico do estado de filiação. É consabido que essa identidade, pelo vínculo parental, tem um escopo de recepção comunitária, segundo adere a personalidade no atributo da origem da pessoa (natural ou civil). De efeito, a paternidade socioafetiva serve a configurar uma identidade pessoal daquele que por parentesco civil (art. 1.593, do Código Civil)⁶⁴ a ela vincula-se por afeto, sem laços de consanguinidade.⁶⁵

Entretanto, o modelo parece-nos não exaurir o sentido topológico da identidade pessoal, quando ela terá lugar também na reserva de dados (privados) que lhes sejam referentes, e sobre os quais a pessoa tem o arbítrio de dispor para si, administrando a descrição cabível (v.g. autodeterminação informativa genética).⁶⁶

Nesse conduto, a pessoa vem a conviver com sua identidade própria, em uma sociedade de informação, caracterizada pela tecnosociabilidade, nomeadamente pelos avanços dos meios de comunicação e com o emprego de realidades emergidas de uma realidade virtual subjacente. Mixagens virtuais, informações do universo paralelo da Internet e outras facetas do fenômeno das mídias sociais, colocam em vigília a pessoa real, no seu tempo contemporâneo e contexto próprios e levam-na a perceber, com exatidão, a necessidade de mecanismos protetores em

⁶⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

⁶⁵ Interessante julgado põe em relevo a questão: Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. (STJ – 3ª Turma, Resp. nº 1383408-RS, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.05.2014, DJe, de 30.05.2014.

⁶⁶ A hipótese é a da reserva de dados pessoais, que não reclamam um maior conhecimento, por evidente interesse público.

exercício do seu direito ao desempenho ativo da identidade que, substancial e completamente lhe pertence, da forma mais adequada e íntegra.

ANDREA SEMPRINI detecta na configuração da moderna sociedade, uma sociedade de fluxos, onde são transformados identidades e significados, que a nosso entender pretende exaurir a identidade das pessoas, em todos os níveis e, nesse passo, a torna transfigurada pelos fluxos que a manejam, na infinidade de variações.⁶⁷

De toda a sorte, o direito à identidade consagra-se, ante a multivariabilidade de seu exercício, sob a síntese esboçada na doutrina italiana por ANDREA ROSSATO, como “o direito de cada pessoa a não ver desfigurado na comunidade, o seu patrimônio intelectual, social, religioso, ideológico, profissional”⁶⁸

A identidade, como unidade de substância do ponto de vista aristotélico, reclama, por todos os potenciais da pessoa, a totalização de sua personalidade, que CARL GUSTAV JUNG denominou de “*individualização*”. Essa dimensão totalizadora permitirá uma tutela jurídica da identidade pessoal concebida no seu todo, com extraordinária prospecção na concepção da existência individualizada, por seus valores e projeção social.

De sua vez, RUI NUNES, ao conceituar acerca do direito à identidade (e à individualidade), como um direito pertencente à categoria dos direitos fundamentais, o enquadra em dinâmica aparentemente paradoxal; em assimilações de fundo bioético:

“o direito do sujeito a ser informado sobre a sua ascendência biológica ou, paradoxalmente, a não ser informado sobre o seu patrimônio genético”.⁶⁹

No aparente conflito de direitos perante si mesmo, resta indubitável que a pessoa se coloca apta, mesmo em manifesta opção, a fazer prevalecer o direito à sua identidade pessoal, mesmo após vida. Direito à

⁶⁷ SEMPRINI, Andrea. La société de flux. Formes du sens et identité dans les sociétés contemporaines. Paris: Harmattan, 2003. Ele afirma que a mudança social é uma questão de extrema importância em nosso tempo e empreende análise porque as sociedades mudam e em que direção estarão elas caminhando, com os efeitos que serão produzidos a cada pessoa. Nessa linha, a questão da evolução social perpassa por um conceito de fluxos, tudo a permitir uma interpretação das sociedades pós-modernas.

⁶⁸ ROSSATO, Andrea. Diritto alla riservatezza, in Ri. Dir. Civil, 1989, 2ª parte, p. 303; apud ALBUQUERQUE MATOS, obr. cit., p. 207.

⁶⁹ NUNES, Rui. Geneética Coimbra: Almedina, 2013, p. 77.

identidade pessoal consolidada a cada direito de personalidade, como sucede com o direito à sua identidade póstuma, havida como identidade pessoal expandida.

Na atualidade, recolhe-se experiência jurídica das mais significativas, que se espelha nos denominados “testamentos éticos”.

Importa asseverar, à guisa de uma vida autodeterminada por influxos axiológicos que timbram, com importância, a identidade da pessoa em sua existência, que essa identidade ganha expansão e projeta-se no após. Quer-se dizer: Este tempo sequencial relaciona-se, depois de finda a existência, nas ensinanças de lições de vida, deixadas ao depois por quem, no aprendizado da própria vida, empreendeu práticas éticas que bem serviram à sua história de vida pessoal. É o legado, para efeitos sucessórios, de patrimônio imaterial.

Esse legado não escrito, senão na memória afetiva, é um patrimônio imaterial, cujas âncoras estão nos valores cultuados e como legado é, antes de mais, um testamento ético formado de crenças, ideais, exemplos, conhecimentos aprendidos, fortunas de espírito, enfim ativos intangíveis. Perguntar-se-á, então, porque estes bens imateriais, constituídos pelos valores morais e sociais do extinto, não serão suscetíveis de uma partilha comum, certo que havidos, por sucessão, herdeiros éticos de um patrimônio que se apresenta de boas fortunas?

A feitura de um testamento ético consolida-se, nesse passo, sugestiva a quem por ações dignificantes fizeram e fazem da vida um acontecimento ontológico imensurável, onde compromissos com a verdade e a consciência formam uma íntima relação do sujeito com sua própria humanidade.⁷⁰

Assim, pois, se configura para seus efeitos jurídicos a identidade pessoal expansiva, projetada no tempo, como consectário maior da personalização do indivíduo. A inserção desse aspecto, apresenta-se de importância vital, em incursão da identidade pessoal.

O “Testamento Ético” (*Ethical Will*), como “legado de patriarca”, tem sido agora amplamente praticado no exterior, nomeadamente na Itália

⁷⁰ É relevante imaginar o homem, em superação de circunstâncias, digno em si mesmo a proferir e exercer a coragem intelectual de seus saberes e de seus empenhos, no destemor de virtudes permanentes. Este acervo sagrado de vida é um legado notável, de modelos exemplares ensinados.

e nos Estados Unidos.⁷¹ São lições de partilha de vida, ditadas como expressões de última vontade, anunciando valores e conselhos.⁷²

De igual modo que um povo precisa de uma memória coletiva, em proveito de suas origens e do seu passado, propiciando às novas gerações as experiências épicas de existência e identidade, observa-se que o legado de um experimento individual bem servirá ao universo familiar e a segmentos sociais, como sucede, mais das vezes, nos casos de autobiografias póstumas.

Diante de tudo isso, pessoas em idade avançada ou sob cuidados terminais, estão interessadas em prestar instruções de última vontade no plano existencial (imaterial), legando ensinamentos, lembranças, suas visões éticas de mundo, em catálogo sentimental de um coração sábio. O direito sucessório experimenta, portanto, esse novo instituto jurídico, que objetiva conservar as vontades éticas em pergaminho ou em meio digital, como disposições testamentárias.

Os testamentos éticos incorporam ao testamento usual e clássico, um novo conceito e alcance de última vontade, decorrentes de uma destinação diferenciada, ou seja, de uma destinação não patrimonial, em propósitos elevados de dimensão ética. De efeito, cuida-se de novo instrumento, dando amplo e efetivo espectro ao parágrafo 2º do artigo 1.857 do Código Civil, segundo o qual “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado.”

⁷¹ Atualmente, nos Estados Unidos, gestores de patrimônios financeiros de famílias, os chamados “gestores de fortuna”, e consultores técnicos em “family office”, a par de formarem fundações, institutos de pesquisas e organismos de filantropia estratégica, tem aconselhado a elaboração de testamentos éticos como documentos de dignidade para o futuro das próximas gerações. Desse modo, mais significativa tornar-se-á a gestão do patrimônio material, à medida das novas colocações em prática dos valores imateriais legados. Lado outro, proliferam websites como guias para as vontades éticas, com informações úteis a respeito, a exemplo dos principais: www.ethicalwill.com; www.thelegacycenter.net; e www.tinyurl.com/ethicalwills. No mais, publicações técnicas como “The Ethical Will Writing Guide Workbook”, de Barry K. Baines, “Family Wealth: Keeping It in the Family” e “Family Wealth and Wisdom”, ambas de James E. Hughes, situam o novo momento ético-jurídico do direito sucessório

⁷² Sua origem é remota, de tradições religiosas, a exemplo de antigos escritos judaicos. “Agora, pois, escrevei-vos este cântico, e ensinaí-o aos filhos de Israel...” (Deuteronômio, 31,19). Não custa lembrar, ainda, o testamento ético do médico Mose Bem Maimon - “Maimônides” (1135-1204), a exemplo da “Oração ao Médico” e das “Cartas ao Perplexo”; e os testamentos de Abraham bar Hiya (1130), Najmânides (1260), Falquera (1330), entre outros.

Mais precisamente, os testamentos éticos serão uma forma eloquente de prestação de contas com a própria vida. E a identidade pessoal é objeto atemporal.

§ 2.3. Identidade genética^{73 74 75}

Diga-se, antes, que a humanidade tem suas informações genéticas em cada ser, e por elas são designados os homens no processo de suas origens. Moléculas De ADN codificam a informação genética e à luz disso perfaz-se a identidade genética da pessoa.

Foi uma lei francesa, de 1972, que pela primeira vez, frente a um direito de filiação pautado pela legitimidade dos filhos (em face dos não legítimos), que proclamou a “*verdade biológica*” como imperativo de dignidade da pessoa no tocante à sua origem genética. Estabeleceu-se o direito à verdade do vínculo, pela identidade genética.

Desde então, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos tornou-se odiosa, porquanto discriminatória, fazendo-se ponderar que a biologização buscada do pai importava, iniludivelmente, na necessária certeza da identidade paterna, em definição do verdadeiro estado de filiação.

A referida lei (03.01.1972) alterava o texto do artigo 318 do Código Civil francês, dispondo-lhe nova redação, com um significativo avanço: “Mesmo na ausência de negação, a mãe poderá contestar a paternidade do marido, mas somente com finalidade de legitimação, quando ela tiver, após dissolução do casamento, casado de novo com o *verdadeiro* pai da criança.”

Em menos palavras, o estatuto de filho emanava, em primeiro, de uma concepção substancialmente genética, no efeito de identificação do genitor biológico. Bem de ver, no ponto, que tudo isso aconteceu muito antes da dominação das técnicas de impressão genética (DNA).

⁷³ Cfr. Brasil: PETERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 187 p.; Cfr. Portugal: OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

⁷⁴ LEGISLAÇÃO. BRASIL - Vide: (a)

⁷⁵ JURISPRUDÊNCIA. BRASIL.

No resumo, essa dimensão biológica repousa como principal garante da filiação, a dizer que o conhecimento da paternidade implica, sim, o vínculo jurídico de uma impostergável responsabilidade parental.⁷⁶ Embora, admita-se que, essa responsabilidade possa ser excepcionada, nos casos de novas técnicas de filiação, a saber da técnica jurídica (adoção) e da técnica biomédica (inseminação artificial com doador), importando ruptura do vínculo biológico com o vínculo jurídico.

Certo que genitor e pai não se confundem - este último reconhecido na paternidade exercida pelo afeto e aquele unicamente resultado de um suporte genético - claro se percebe que a busca do genitor implica produzir o pai na dimensão da verdade biológica da origem do filho. Esse direito à identidade genética é personalíssimo e de primeira grandeza.

Mas o que vem a ser a identidade genética, vista no plano personalíssimo da pessoa?

A Constituição portuguesa, em seu artigo 26º.3. com o texto alterado em sua 4ª revisão, assinala que:

⁷⁶ Uma nota importante diz respeito ao não exercício da paternidade pelo genitor, em decorrência exclusiva de paternidade sonogada. Ou seja, quando este não desempenha a paternidade unicamente em face de sua insciência sobre a existência do filho. Deixa-se de ser conferido ao filho o seu direito à identidade genética. Em casos que tais, por atos de emulação, intolerância odiosa ou vindita, a mãe, uma vez abandonada pelo marido ou companheiro, sonega ao genitor o nascimento do filho, impedindo-lhe de exercer a paternidade. E, nessa consequência, negando ao filho o direito ao pai. Urge, portanto, assentar algumas premissas de base na questão aqui anotada: (i) O prejuízo ao direito da verdade biológica, na hipótese, vai além do próprio direito de personalidade. Em recusando o conhecimento do pai, coloca-se o filho em abandono material, afetivo e psicológico, preordenado pela paternidade sonogada, tema que deve ser revisitado, urgentemente, no plano penal e da responsabilidade civil. INÁCIO DE CARVALHO NETO pondera que “a ocultação ao pai, pela genitora da criança, do nascimento, ou mesmo a ocultação do fato de ser ele o pai da criança, fere para este um dano moral irreversível, que também é indenizável”. (In: NETO, Inácio de Carvalho; “Responsabilidade Civil no Direito de Família”, Curitiba: Editora Juruá, 2002, p. 532). (ii) Outrossim, em inúmeros procedimentos de averiguação oficiosa da paternidade, ditada pela Lei 8.560/92, a genitora solteira declina da obrigação de, quando levado a registro o nascimento do filho, proceder com a imputação da paternidade, ao tempo em que é exortada, pelo Oficial de Registro, a nominar o pai do registrando. Essa omissão deliberada, deve ser considerada, como ilicitude penal, quando tal conduta concorre, iniludivelmente, para o abandono material e psicológico da criança, não provocado ou atuado pelo próprio pai mas por terceiro, responsável direto da causação do abandono, ou seja, aquela mãe que omite apontar a paternidade.

“a lei garantirá a dignidade e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento das tecnologias e na experimentação científica”

Conforme VIEIRA LIMA NETO⁷⁷, a identidade genética, ali referida, vem significar o patrimônio genético da pessoa, o que corresponde, em outras palavras, ao genoma humano. A sua descoberta, como conjunto de genes nucleares que transmitem nossos caracteres hereditários, permitiu o “Eu-genético” no reconhecimento total do nosso material genético. Nisso, essa identidade qualifica o indivíduo, por sua condição de ser único, qualitativa e geneticamente.

O ser individual que cada um somos (identidade genética), em autodeterminação de sermos únicos, é o pressuposto de a humanidade ser formada por todos, individualmente considerados. Expressa, em boa síntese, DIOGO LETE DE CAMPOS:⁷⁸

“Cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta a diversidade que enriquece a Humanidade”.

De ver, com precisão, que este ser único se multiplica pela humanidade, tornando-a, igualmente, como sujeito de direitos, em determinação que se inscreve inusitada, conforme observa STELA NEVES BARBAS⁷⁹, quando a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (1997) proclama o genoma e a informação nele contida como patrimônio da humanidade.⁸⁰

Assim, a identidade genética é o que somos, na totalidade de nossa singularidade, afinal o que nos orienta sermos humanos na nossa medida exata de destino.

⁷⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. O Direito de não sofrer discriminação genética. Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Coord. Rodrigo Mazzei. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 223 p.

⁷⁸ Campos, Diogo Leite. Lições de Direitos da Personalidade, Coimbra, 1992, p. 22.

⁷⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao patrimônio genético. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 20-22

⁸⁰ Ela traz a ênfase importante, a demonstrar exsurgente noção e conceitos novos, em direito internacional, quando a humanidade, presente e futura, passa a ser sujeito de direitos, em face da Declaração, ao dizer que se acrescenta uma nova figura jurídica: “o genoma humano como objecto e sujeito de direito.”; ob. Cit. pp. 21-22

Com a mesma fenomenologia, a identidade genética ganha uma nova faceta jurídica, com o seu caráter expandido ministrado pelos testamentos éticos.

Aliás, há um pano de fundo, de interesse bioético, no plano da identidade genética, como ponto distintivo a merecer especial registro, posta a questão do vir a ser. Diz respeito ao testamento genético, que se coloca em exercício de direito fundamental quanto a deliberações de conteúdo da autodeterminação genética. Ou seja, a vontade expressa em testamento atinente ao destino de (i) sêmens e óvulos congelados⁸¹ e (ii) embriões excedentários.

A destinação apontada é um dos temas de maior impacto no tratamento da identidade genética “post mortem”.

As disposições de vontade envolvem, no primeiro panorama, constituir o material genético como objeto de doação no efeito de uma futura inseminação artificial pela donatária, o que tem sido reconhecido como um novo instrumento jurídico para o surgimento dos “filhos de herança”, programados “post mortem” para pessoas determinadas.

O denominado “testamento genético” opera-se, na espécie, quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado⁸² ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se

⁸¹ Muitos bancos de sêmen ou de óvulos congelados conservam o material genético, depositado pelos seus titulares, sem quaisquer instruções sobre o destino a lhe ser dado, quando por óbito daqueles depositantes. Uma descontinuidade atroz que impede uma destinação certa. O congelamento de esperma ou a chamada criopreservação seminal (com armazenagem a uma temperatura de 196º C negativos) constitui um dos procedimentos biomédicos ao projeto parental; seja no interesse próprio (ou de casal), em bancos de sêmen homólogos; seja em doação, em bancos heterólogos, para as clínicas de reprodução assistida. As hipóteses frequentes que indicam o congelamento são: a) a pré-vasectomia, quando por ato de esterilização voluntária; b) o tratamento anticâncer, quando por ato de quimioterapia/radioterapia; c) a baixa qualidade seminal comprometendo a produção de esperma, quando recomendável a preservação de amostras.

⁸² O tempo de congelamento é indeterminado, havendo casos de recepção exitosa do sêmen congelado, após longo tempo de armazenagem. No ponto, registra-se o caso de Stela Biblis, na Carolina do Norte (2008) concebida por meio de sêmen congelado há vinte e dois anos, quando seu pai, com leucemia na adolescência e antes do tratamento radioterápico que o tornaria infértil, diligenciou preservar o líquido seminal.

constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do(a) falecido(a).

No que mais interessa, o testamento genético corresponde, ao nosso entender, a uma identidade genética expansiva ou projetada no tempo. Isto porque a identidade genética é uma via de mão dupla, entre pais e filhos. Demais, como afirmam, peremptórios, em imperativo categórico, os humanistas: obtém-se a imortalidade pela via intergeracional.

Esse tipo de identidade tem similitude jurídica com a figura da fecundação artificial homologa “*post mortem*”, segundo a dicção legal do art. 1.596, inciso II do Código Civil brasileiro.⁸³

Assinala-se que uma advogada israelense, Irit Rosenblum, foi quem teve a ideia do instrumento legal, elaborando documentos de última vontade onde se permitisse aos herdeiros a disposição do material genético, com o uso que lhe fosse determinado pelo testador ou conforme suas diretivas.⁸⁴

O precedente judicial israelense (2011) admitindo que a liberação de material genético, guardado em bancos de criopreservação, pudesse ser definida por vontade de seu titular, através dos “testamentos genéticos”, ensejou novas demandas judiciais. As cortes de Israel aprovaram, em seguida, a execução de outros treze testamentos.⁸⁵

Convém anotar que ditos testamentos tem sido, equivocadamente, referidos como “testamentos biológicos”, quando é certo que não devem ser confundidos com os chamados “testamentos vitais” (“*living will*” ou “*testament de vie*”), também conhecidos como instrumentos de “diretivas antecipadas de vontade” (DAVs), cujas declarações de vontade e instruções devem ser aplicadas sobre uma condição terminal do testador ou em casos de impossibilidade dele dispor

⁸³ Art, 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) inciso III – havidos ou fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido.

⁸⁴ Depois disso, ela obteve de um tribunal de Israel a determinação no sentido de o banco de sêmen do Tel Hashomer Hospital, localizado em área de Tel Hashomer de Ramat Gan (o maior do país e de todo o Oriente Médio), proceder a entrega de material genético ali depositado por Baruch Pozniansky, após sua morte. Os pais do jovem falecido queriam um neto e com o material genético então disponível escolher a futura mãe dele.

⁸⁵ Agora, a advogada Irit Rosenblum é a diretora da ONG “Nova Família”, em Israel, uma organização humanitária que dispõe, pela primeira vez no mundo, de acervo de mais de mil “testamentos genéticos”, com doações programadas de sêmens e óvulos congelados. Cerca de cem dos testamentos estão em execução, diante do evento morte dos testadores

sobre sua vontade, no que diz respeito à dignificação do seu estado de paciente e/ou de sua morte, à recusa ou suspensão de tratamentos paliativos, (ortotanásia), etc.⁸⁶

No atinente aos “testamentos genéticos”, inexistente previsão na legislação brasileira, dispondo, entretanto, a Resolução nº 1.957, de 06.01.2011, do Conselho Federal de Medicina, que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida “post mortem”, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (Anexo único, VIII). Este normativo ético é premissa de base suficiente a sugerir a prática mais elaborada de testamentos da espécie.

No segundo ponto, sobre a incidência dos “testamentos genéticos”, no tocante à destinação útil dos embriões excedentários (mediante a anuência do cogenitor, se vivo estiver), a legislação não oferece resposta adequada. Aqui a referência sobre a questão, serve a consignar que, por igual, descreve-se por esse instrumento de vontade a identidade genética do testador desenvolvida ao futuro.

A propósito, é consabido que os embriões congelados, submetidos a longo processo de tempo indeterminado de hibernação, são factíveis de implantação posterior. Aliás, caso único na ciência, o da pequena Ryleigh Shepherd, nascida em Midland, Inglaterra (11/2010) após o embrião haver sido crioconservado, durante onze anos. O ser concepto, filha diferida, ganhou vida como irmã das gêmeas Bethany e Megan, nascidas onze anos antes.⁸⁷

No ponto, o nosso Código Civil já prevê a paternidade diferida (art. 1.597, inciso IV) e a lei portuguesa (nº Lei 32, de 26.06.2006) admite lícita a transferência “*post mortem*” de embrião, diante de projeto parental definido por escrito antes da morte do pai (art. 22, 3).

⁸⁶ No Brasil, a Resolução nº 1.995/2012, de 30.08.2012, do Conselho Federal de Medicina veio permitir o registro do “testamento vital”, dito “testamento biológico”, junto à ficha médica ou prontuário do paciente, vinculando o médico à vontade do paciente.

⁸⁷ Lado outro, importa particularizar questão referente aos embriões saudáveis e excedentes das técnicas de fertilização “in vitro”, não utilizados nos ciclos de reprodução assistida, e que se encontram crioconservados para eventuais implantações futuras. A atual Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que atualizou as regras da reprodução assistida, diferentemente da resolução anterior (nº 1.358/1992) que proibia o descarte de embriões excedentários congelados, vem agora permiti-lo, mediante consentimento dos genitores.

Conclusão inarredável se impõe: diante da vida humana, na sua forma mais incipiente (sêmens, óvulos, embriões) o direito, por certo, deverá intervir de forma mais eficiente e urgente. Os novos “testamentos genéticos”, constituem, nessa seara, um projeto parental que celebra a dignidade da vida. Nisso reside, por igual, faceta da identidade genética.

§ 2.4. Identidade familiar

Constitui o direito à identidade familiar a inserção da pessoa, de forma identitária na família a que pertence, em ordem de sua consideração vir a ser projetada socialmente, com os sinais dessa identidade. De tal conduto, os nomes da filiação, a ficção familiar como extensão do necessário liame parental identificador, a interação internalizada com estes sinais e os nomes dos parceiros, relacionam e conduzem a pessoa a essa identificação. É assim que se pode compreender o direito de ser reconhecida a pessoa por sua perspectiva de conformação familiar.

Nome e sobrenome sempre serviram à individualização da pessoa. Os nomes (“cognomina”) substituíram, na Antiguidade, os simples apelidos de referência a determinadas características que distinguiam uns e outros. Os sobrenomes surgiram para a identificação mais estreita dentro da sociedade, iniciando-se, então, o direito à identidade familiar.

Decisões perspectivadas a nível de positivar de melhor maneira a identificação das pessoas, conforme suas inserções familiar e social específicas tem contribuído, para a mais ampla proteção da identidade pessoal em face do estado de filiação.⁸⁸ Na atual sociedade da informação, este fato tem a maior relevância jurídica e reclama boa nota.

Vejamus:

(i) O STJ decidiu ser possível alterar registro de nascimento para fazer constar somente o nome de solteira da mãe quando excluído o nome do ex-padrasto, para o fim de assegurar direito à identificação da pessoa pelo nome e filiação e onde se reflita fielmente a veracidade dos dados.

O ministro Luís Felipe Salomão considerou que se a ordem jurídica prevê, expressamente, a possibilidade de averbação, no termo de nascimento do filho, da alteração do sobrenome materno em decorrência do casamento, a aplicação da mesma norma à hipótese inversa (princípio da

⁸⁸ Nesse alcance, anota-se que adoção de patronímicos socioafetivos tem sido prática corrente, já permitida em lei, desde 2007, implicando o nome em seu contexto da vida familiar.

simetria), quando a mãe, em face de divórcio ou separação, deixa de utilizar o nome de casada (Lei nº 8.560/1992), também é possível. Com pertinência, “é admissível a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira”⁸⁹

Mais precisamente, o “*princípio da veracidade contemporânea*” deve reger o direito registral moderno, sob os influxos do direito de família.

(ii) Decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (17.09.2012) reconheceu que o uso de outro sobrenome da mãe pela filha, constitui direito de acrescer por parte da menor, representada pelo pai, ao dizer que o exercício de tal direito atende o devido respeito à sua estirpe familiar.

A perfectibilizar esse direito à identidade familiar, traz-se à colação interessante questão referente aos nomes fictícios destinados à uma integridade íntegra. Vejamos:

A atribuição fictícia da origem genética tem sido uma prescrição de caráter humanitário, a conferir ao adotado uma paternidade ou maternidade fictícias, quando mães solteiras, por vínculos biológicos ou adotivos, e pais solteiros, por vínculos de adoção, não podem indicar o genitor ou a genitora que faltam ao filho.

É o que estabelece o artigo 18 do “Pacto de San José”, da Costa Rica, de 22.11.1969, em vigor internacional desde 18.07.1978 e ratificado pelo Brasil em 06.11.1992 (Decreto nº 678): “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos, esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”. A ficção do nome de um dos pais, com inserção registral, tem o escopo de aperfeiçoar a identidade familiar, nos fins sociais a que ela se presta.

No particular, a inserção de nome materno fictício em registro de nascimento de filho adotivo de pai solteiro, também se apresenta conducente a assegurar a dignidade plena da pessoa adotada. Cuida-se de direito personalíssimo à identidade pessoal, como bem jurídico a ser tutelado, onde presentes o prenome e o sobrenome (composição do nome)

⁸⁹ STJ-4ª Turma, REsp. nº 1.123.141 e STJ – 3ª Turma, REsp. nº 1.069.864-DF

e a individualização de origem, reclama-se, a rigor, a nomeação de ambos os pais.

No caso, consabido que a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos (artigo 1.626 do Código Civil) e que em adoção por uma única pessoa (homem solteiro) não poderá ser mantido o sobrenome materno biológico, a inserção de nome fictício assenta-se iniludível a garantir autoestima, reputação e respeitabilidade da pessoa registrada. Mais das vezes, a falta de designação do pai ou da mãe, no registro civil, importa em constrangimento existencial, frustrando o desenvolvimento saudável da personalidade daquele desprovido de uma identidade completa (artigo 3º, ECA).

Insere-se como direito à identidade familiar, no seu alcance mais totalizador.

A atribuição fictícia da origem genética, não poderá ser entendida como “falsidade”, precisamente como é o pseudônimo (do grego “pseudos”: falsidade), quando caracteres substitutivos do nome civil e das referências de vínculos apresentam-se como bens estimáveis a exprimir a identidade. Isto porque já obrigatória a atribuição ficta, pelo vínculo da adoção, por ordem legal do art. 1.626 do CC, com a consequente modificação do nome de família do adotado.

Pois bem. Nesse universo jurídico de pessoa, a latitude maior é a de não ser possível qualquer dissociação entre pessoa e personalidade, como não mais tolerável qualquer discriminação relativa à filiação (artigo 227 § 6º, CF).

Nesse ser assim, em conformidade da teoria de valores, não há negar que a supremacia do valor da pessoa humana sobre qualquer outro valor, está a dizer que “o significado da dignidade humana se apoia no valor intrínseco e intangível da pessoa” (CHOERI, 2010), pelo que em prol desse alcance, todas as medidas valorativas se farão legitimadas e justas, urgentes e necessárias.

É exatamente o caso. Os valores intrínsecos da pessoa, a partir de sua sacralidade (dignidade absoluta e irreduzível), importam inexoravelmente na afirmação da identidade pessoal como uma realização indiscutível da dignidade humana. Ações afirmativas desse nível, melhor constroem a identidade da pessoa, no efeito de atribuir-lhe condições de

ampla interação social, efetivando a dignidade em sua adequada dimensão axiológica.

Em menos palavras, pais fictícios serão, sempre, nomeações admissíveis em registro civil, não apenas para atender ao melhor interesse da criança (tutela máxima) como a servirem, em qualquer idade, como fórmulas consecutórias de uma melhor dignificação da pessoa.⁹⁰

Com efeito, o direito de individualização da pessoa haverá de compreender, na sua singularidade, a identidade de sua origem (mesmo ficta), como história social que se comunique perante todos. Essa identidade completa faz a diferença e a dignidade.

Afinal, a humanidade das pessoas situa-se exatamente no fato de serem singulares e únicas. Titulares do direito de possuírem, como qualquer outro, um pai e uma mãe. Mesmo que fictícios. Aqui se apura mais um elemento determinante do direito à identidade familiar.

Por esse viés, insurge outra questão, às avessas, quando a individualização traz uma carga de exigência emocional/desafetiva à renúncia ao patronímico por razões fundantes de infortúnio.

Por imperativos éticos, por motivos fundantes de soerguimento existencial, por repulsa natural ao abandono afetivo do qual tenha sido vítima ou por razões outras determinantes, a supressão do patronímico é circunstância decorrente quase sempre de um dano afetivo.

A fundamentação axiológica é a de que a identidade da pessoa, reconhecida no contexto da sociedade da informação, não mais se compatibiliza, psicologicamente, com o seu titular.

No caso, opera-se, a nosso sentir, uma desfiliação de ordem social, porquanto a supressão do patronímico, expungido o nome paterno (ou materno), implica em ruptura registral dos apelidos a nível social do vínculo do seu titular em face de sua origem genética.

A retirada ou supressão do patronímico em ordem da nomeação civil do registro tem uma simbologia de ruptura, nada obstante ali permaneça uma identificação biológica registral. Tal fenômeno conjuga-

⁹⁰ Estudos apontam que, no Brasil, mais de 700 mil crianças não tem a paternidade declarada na certidão de nascimento, gerando constrangimento psicológico e sensações de abandono e rejeição. (STF- TV-Justiça - 24/04/2009). A inclusão de um pai fictício no registro civil servirá, enquanto não identificado e reconhecido o pai biológico, como alternativa de mitigação desse grave problema social.

se, intrinsecamente, com o papel social da pessoa ante as exigências da sociedade da informação.

Diz-nos, então, CHRISTIANO CHAVES:

“É de se reconhecer, assim, a possibilidade de mudança excepcional do nome nos casos em que a proteção da dignidade humana esteja evidenciada, sendo impossível, por óbvio, uma limitação legal taxativa. Seja qual for o caso, se a dignidade humana reclamar, admite-se a mutação. Não é por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça, proclamando esse entendimento, permitiu que um filho, abandonado pelo seu genitor, apesar de reconhecida a paternidade, alterasse seu nome patronímico”⁹¹ (in “Escritos de Direito de Família”, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 34-35).

No mais, a questão da rejeição ao sobrenome paterno (ou materno), como consabido, tem suas razões de desordem coexistencial entre a autoridade parental e o filho.

Em ser assim, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão unânime, deferiu a retirada do sobrenome paterno do nome de uma filha que foi rejeitada pelo pai, aceitando o argumento de que, para ela, isso representava constrangimentos. A decisão judicial admitiu que significando o patronímico insatisfação para a filha, pela lembrança da rejeição e do abandono afetivo, é de ser reconhecido seu direito de alteração do nome.⁹²

Para o relator do recurso, desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o abandono e ausência paterna nos mais importantes momentos de sua vida são razões juridicamente relevantes, “a ensejar a supressão judicial do sobrenome paterno e não podem ser desconsideradas pela simples aplicação do princípio da imutabilidade”. Asseverou que não há razão plausível para impedir a alteração, “em consonância com a nova ordem jurídico-constitucional que alçou o nome a direito da personalidade, afeto à dignidade da pessoa humana”.

⁹¹ CHAVES, Christiano. “Escritos de Direito de Família”, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 34-35.

⁹² A autora da ação sustentou que devem ser apreciadas suas razões íntimas e psicológicas, por ser a portadora do nome, abrindo a possibilidade de uma interpretação mais liberal diante da regra de imutabilidade. Afirmou que o sobrenome do pai só lhe traz desconforto e abalo emocional, carregando-o sem que nada signifique de bom em sua vida, que foi marcada pela total ausência e abandono paterno.

O desembargador citou jurisprudência do STJ: “São dois os valores em colisão: de um lado, o interesse público de imutabilidade do nome pelo qual a pessoa se relaciona na vida civil; de outro, o direito da pessoa de portar o nome que não a exponha a constrangimentos e corresponda à sua realidade familiar”.⁹³ O colegiado autorizou a modificação do nome em todos os documentos civis.

O tema, de há muito, tem merecido importantes reflexões da jurisprudência aplicada, admitindo uma interpretação mais aberta dos institutos de correção registral, nomeadamente o de supressão de patronímico por infortúnio.

Registre-se, então, o acórdão paradigma:

“O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a “lógica do razoável”, tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade”.⁹⁴

Finalmente, neste item, impõe-se pertinente nota sobre os nomes dos parceiros (cônjuges ou conviventes) sob a ótica de constituírem o direito à identidade familiar, a ordem de melhor traduzir, a cada caso, a identidade que neles se compõe.

Decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (13.09.2012) deixou assente que o acréscimo ao nome da pessoa casada do sobrenome do cônjuge, não apenas tem ensejo somente ao tempo da celebração do casamento.

Em bom rigor, admitir-se que a adoção dos apelidos do parceiro pode ser feita, sem prazo algum, significa reconhecer, afinal, que a inclusão desejada refletirá, de tal interesse, a plena realização do casamento ou da

⁹³ Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 252

⁹⁴ STJ, 4ª Turma, REsp. nº 66.643/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueirêdo Teixeira, j. em 21.10.97, DJU de 08.12.1997, p. 64.707

união livre existentes. Mas, sobretudo, importa em efetivar maior garantia ao direito de identidade familiar.⁹⁵

Em outra latitude, também “possível o pleito de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1º, do CCB/2002 devendo-se, contudo, em atenção às peculiaridades dessa relação familiar, ser feita sua prova documental, por instrumento público, com anuência do companheiro cujo nome será adotado”. (STJ - REsp. nº 1.206.656-GO).

§ 2.5. Identidade afetiva^{96 97}

O direito à identidade afetiva serve de depositário às forças vivificantes da vida no domínio dos sentimentos. Compreenda-se aqui a identidade afetiva como um bem jurídico que se adquire em comunhão de vida, a celebrar vínculos.⁹⁸

A afetividade foi desenvolvida, conceitualmente, pelo psicólogo francês Henri Wallon e sob a égide do Direito de Família é o seu maior valor jurídico; a pedra angular de todo o sistema normativo.⁹⁹

⁹⁵ Bem a propósito, convenha-se que a adoção de sobrenome conjugal (ou convivencial) deverá ser preferida, não ao tempo do casamento celebrado ou do início da união estável (este até sem demarcação absoluta), mas quando a união se mostre consolidada em termos de atendimento afetivo recíproco, com a estabilização conveniente das relações. Em outras palavras, dar-se-ia certo tempo de carência para a adoção do sobrenome, sem prazo definido, interessando sempre que esta inclusão de sobrenome ao registro civil traduza, sim, a devida identificação familiar e social da pessoa, sobretudo a representada pelo devido relacionamento consolidado com aquele(a) titular do nome

⁹⁶ DOUTRINA. PORTUGAL – Cfr. ASSIS, Susana Almeida Zamira. Parentalidade sócio-afetiva: Portugal e Brasil. Coimbra: Almeida/Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012, 149 p.

⁹⁷ JURISPRUDÊNCIA. BRASIL – Vide: (a) Tem sido recorrente entender que, à falta do reconhecimento imediato de ascendência genética que possa ocorrer, o registro civil realizado de forma consciente por outrem, consolida a filiação socioafetiva. É a chamada “adoção à brasileira”. Essa circunstância opera-se quando o companheiro da mãe solteira registra o filho trazido por ela. Tal relação de fato deve ser reconhecida e amparada juridicamente. “Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família” (STJ - 3ª Turma, REsp. nº 1.259.460-SP. Rel.Min. Nancy Andrighi, j. em 19.06.2012

⁹⁸ Não necessariamente por vínculos estritamente biológicos.

⁹⁹ Inúmeros juristas brasileiros e portugueses tem oferecido importante contribuição ao estudo da afetividade como categoria jurídica, destacando-se em Portugal a doutrina de Jorge Pinheiro e no Brasil. a doutrina de José Fernando Simão, Flávio Tartuce, Mário Luiz Delgado. Luiz Edson Fachin, Rodrigo Pereira da Cunha, Maria Berenice Dias, Giselle Groeninga, entre outros, acerca da valorização jurídica da afetividade nas relações familiares. João Baptista Villela, o precursor de todos, estabeleceu a teoria da “desbiologização da paternidade”, em célebre artigo. Paulo Luiz Netto Lobo considerou a afetividade como princípio constitucional implícito, em leitura dos arts. 226 § 6º, 227 §§ 5º e 6º, e 226, § 4º e art. 227, caput; que formam os seus fundamentos essenciais.

Esse direito configura-se na esfera das relações familiares, trabalhado no sentido de ser a espécie de identidade inteiramente reconhecida e preservada, sob a produção de seus efeitos jurídicos (paternidade e filiação, por vínculos biológicos ou socioafetivos, relações conjugais/convivenciais), e noutra vertente, também tutelada, a inibir atos contrários que venham prejudicá-la ou maculá-la (abandono afetivo e alienação parental).

A afetividade tem sua gênese na figura do pai e da mãe, em família nuclear, onde a criança, em formação de sua personalidade, exercita o afeto, como relação indissociável de sua comunhão de vida.

O seu “*locus*” natural está inserido no poder familiar, em suas responsabilidades parentais, à vista da relação paterno-filial, e, em outra latitude, na realização plena do casal por comunhão de vida.

A busca do pai, em afirmação de uma identidade genética, tem forte carga de busca da afetividade, sacrificada por deserção daquele.

A afetividade também tem nova faceta na denominada socioafetividade, compreendida na formação de um vínculo civil, operado pela fantástica realidade da vida.

Quando o artigo 1.593 do Código Civil anuncia que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem, temos por essa última cláusula, o pai civil. Aquele que resulta da socioafetividade adquirida ou da adoção constituída, valendo dizer, em casos que tais, que a paternidade socioafetiva pode preferir à biológica e que a adoção atribui à situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com o pai consanguíneo.

Existem também o pai ficto (artigo 1.597, incisos I e II, CC), o pai póstumo (caso da fecundação artificial homóloga, por inseminação “post-mortem”, referido pelo artigo 1.597, III, CC), o pai protraído (caso de filhos havidos, a qualquer tempo, quando de tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, artigo 1.597, IV, CC) o pai sub-rogado (advindo da técnica de reprodução assistida por concepção heteróloga) e, ainda, o pai presuntivo do artigo 1.598 do Código Civil. Todos eles demandam os filhos, com direitos e responsabilidades.

A posse de estado de filho, a seu turno, é instituto jurídico que, em suas características, estabelece uma paternidade que não pode ser desconstituída¹⁰⁰.

O reconhecimento do filho é direito do pai, voluntário e decisivo, a tanto irrevogável, nas formas do art. 1.609 do Código Civil, podendo, inclusive, preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu óbito. Cumpre à lei, inclusive, facilitar o reconhecimento voluntário, na hipótese do inciso IV do artigo 1.609, com a gratuidade da averbação em registro civil.

Ainda existe a figura do pai socioafetivo preordenado, como aquele que, em situação jurídica equipotente à da adoção, houve de obter junto ao pai biológico, uma paternidade compartilhada. No ponto, a dupla paternidade resultou assegurada por decisão judicial em pedido de registro civil, no efeito de constar em assento de nascimento, além da paternidade biológica daquele que forneceu o sêmen, a indicação de uma segunda paternidade, a do seu companheiro em união homoafetiva.

Em termos de dupla paternidade, temos ainda uma socioafetividade paternal, na hipótese, a bom exemplo da relação enteado-padrasto, aquele havido como filho afetivo e este último, como um segundo pai, estabelecendo-se, a todo rigor, uma dupla paternidade fática.

Não custa lembrar, a propósito, a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, que acrescentou parágrafo ao art. 57 da Lei nº 6.015 (Lei de Registros Públicos) para a requerimento de enteado ou enteada, havendo motivo ponderável, ser autorizado, mediante averbação, o uso do nome de família (patronímico) do padasto (ou da madраста), com a concordância destes, e sem prejuízo dos apelidos de família. Como adiante trataremos, na teleologia da norma, inseriu-se uma dupla paternidade e o “motivo ponderável”, consiste em uma induvidosa socioafetividade subjacente.

Pois bem. Mesmo que a paternidade apresente-se como uma ficção jurídica, conforme a lei, como nos casos de inseminação artificial heteróloga, onde o filho é havido como do marido da mulher inseminada com sêmen de terceiro (a tanto prestando aquele seu consentimento) e este pai apresenta-se, no plano dos fatos, um pai socioafetivo, ou quando a

¹⁰⁰ Existem, por outro lado, os três homens em conflito (sem analogia com o filme do diretor Sergio Leone) em suas paternidades confrontadas, a saber: (i) o pai registral; (ii) o pai biológico e (iii) o pai socioafetivo, quando discute-se, no caso concreto, o direito ao filho em exercício da paternidade prevalecente ou a sua desconstituição legal.

paternidade ficta pode obter novos modelos, como o da paternidade dúplice, pontua-se, por decisivo, que a paternidade é sempre posta em dignidade do projeto parental e com ele guarda sua maior legitimidade.

Todos os pais se reconhecem como tais, em compromisso de vida. Em contraponto, o estado de filiação também o é, de forma recíproca, uma identidade afetiva.

Induvidosamente, cuide-se pensar, que a ordem jurídica deve contemplar e formatar um Estatuto de Paternidade e Filiação como uma realidade moderna do direito. Um conjunto de normas, para além do Código Civil, como um microuniverso.¹⁰¹ Afinal pais e filhos residem nos direitos que lhes são assegurados pela dignidade do amor e dos vínculos afetivos primaciais que os unem; devendo, pois, esse direito, dever ordenar um Estatuto, como microuniverso do sistema, o que mais se aperfeiçoa como um dos mecanismos de efetividade da identidade afetiva, quando, convenhamos, a lei não define o conceito de pai (ou de filho).

Três outras questões jurídicas se entrelaçam, em análise da identidade afetiva, como direito de personalidade.

(i) A primeira delas é quando a identidade afetiva é adquirida por socioafetividade.

Para a compreensão da identidade afetiva por socioafetividade, devem ser reavivadas, designadamente, em sede doutrinária, as expressões “*desbiologização da paternidade*” (1979) e “*paternidade socioafetiva*” (1992) que os juristas JOÃO BAPTISTA VILLELA E LUIZ EDSON FACHIN, em respectivo, instituíram em seus estudos, superando conceitos e determinismos históricos, então concentrados na ortodoxia jurídica da verdade biológica. Eles plasmaram a ideia-mater da socioafetividade no plano do vínculo parental. O instituto jurídico da socioafetividade tem a sua existência ou coexistência reconhecidas no âmbito da realidade familiar e sua moldura jurídica extrai-se do artigo 1.593 do Código Civil (2002),¹⁰² quando a relação de filiação resulta de “outra origem” que não a da consanguinidade.

¹⁰¹ A exemplo da Lei n. 11.108, de 2005, dispondo que a parturiente seja acompanhada pelo genitor, na maternidade. Ou seja, o acompanhamento pré-parto, pelo homem genitor, nas unidades hospitalares constitui garantia ao exercício da paternidade, na fase pré-natal.

¹⁰² Art. 1.93 do Código Civil brasileiro: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Para ambos, cada um a seu modo e tempo, o “*quid*” específico, que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica, situa-se antes na capacidade afetiva do serviço de amar e servir do que no elemento da procriação, quando esta somente submetida ao fato de gerar e nada mais.

Esse amor posto à prova, para a aferição do vínculo primordial, quer antes render-se à sabedoria da sentença de Salomão, quando a renúncia em favor de filho ali revelou assentar a predominância do vínculo afetivo pelo que nele puramente mais se identifica, em face do melhor interesse da criança.

VILLELA ao tratar da desbiologização da paternidade a definiu como um fato e uma vocação, certo de que a paternidade é muito mais uma opção e um exercício, e não simples mercê ou fatalidade. A tese da “Desbiologização da Paternidade” por ele sustentada, em célebre palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 09.05.1979, orientou toda a construção doutrinária e jurisprudencial.^{103 104}

Ele afirmou categórico:

“Qual seria, pois, esse ‘*quid específico*’ que faz alguém um pai, independentemente da geração biológica? Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”.

FACHIN ao referir sobre a paternidade socioafetiva encontra a família, como um “ente aberto e plural”, “não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária”, porquanto na atual “família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação”. Nomeadamente, na esfera do estado da filiação, ele advoga a força criativa dos fatos, com a manifesta dissociação entre paternidade e ascendência genética, em novas latitudes de um parentesco civil do art. 1.593 do Código Civil.

¹⁰³ Revista da Fac. de Direito da Universidade de Minas Gerais nº 21/1979

¹⁰⁴ Conferir na Web: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>.

Impende, daí, considerar distintas (i) as filiações apenas biológicas, (ii) as filiações bioafetivas concomitantes (vínculo biológico + afetividade) e (iii) as filiações socioafetivas ocorrentes, estas últimas predominantes ou não. As primeiras estão somente na mera genitura, sem a função paterna exercida. Genitor é apenas quem procria. Pai é algo que acrescenta, nas relações de vida.

De fato. O estado de filiação oriundo do vínculo registral é meramente formal. Assim, a verdadeira paternidade será, sempre, substancialmente socioafetiva, extraída que seja do vínculo do afeto, seja por “navegar na cavidade sanguínea”. Em outros termos, como afirmou VILLELA, há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, há também um nascimento emocional. É neste sobretudo, que a paternidade se define e se revela, nascendo o pai.

Entretanto, a par de existirem pais biológicos que dão afeto expressivo aos filhos e pais registraes manifestamente socioafetivos, existem pais biológicos em profundo desamor e pais registraes desafetivos.

Verifica-se, assim, a parentalidade socioafetiva, nutrida pelo espírito, que tem igualdade jurídica com aquela adveniente do vínculo biológico, ambas com os mesmos direitos e deveres inerentes à relação paterno-filial.

A construção jurisprudencial tem consolidada a paternidade socioafetiva por afinidade.¹⁰⁵

No plano jurisprudencial, tem-se admitida, inclusive, uma socioafetividade avoenga. Em decisão do TJRS, negou-se pedido de genitora que abandonando o filho logo após o nascimento, vindo ele ser registrado, criado e educado como filho pelos avós, postulou retificação no registro civil, no interesse de receber, como mãe biológica, indenização por morte daquele aos 23 anos de idade. O tribunal deixou claro que “se durante toda a vida do filho a autora não foi e não soube ser mãe, então não o será

¹⁰⁵ “Ação declaratória. Adoção informal. Pretensão ao reconhecimento. Paternidade afetiva. Posse do estado de filho. Princípio da aparência. Estado de filho afetivo. Investigação de paternidade socioafetiva. Princípios da solidariedade humana e dignidade da pessoa humana. Ativismo judicial. Juiz de família. Declaração de paternidade. Registro. Ap Civ. 70008795775, Ac. 7ª Câmara Civil TJRS, Rel Des José Carlos Teixeira Giorgis”, Este julgado ganha maior relevo por enfrentar a questão do denominado “filho de criação”.

também depois de sua morte". E reconheceu o vínculo de filiação socioafetiva, em favor dos avós.¹⁰⁶

(iii) A segunda questão tem sua devida particularidade na figura da paternidade afim pela figura do padrasto, a compor a identidade afetiva.

A figura do padrasto ou madrasta tem, indubitavelmente, presença e manifestação no plano da socioafetividade, em sucedâneo do pai ou mãe, valendo anotar seu papel sócio-afetivo para a largueza do direito à identidade afetiva, consabidamente em níveis recíprocos.

A Lei nº 11.294, de 17 de abril de 2009, alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) a permitir que o enteado adote o nome de família do padrasto dispondo o seu artigo 57 em seu parágrafo 8º que "o enteado, havendo motivo ponderável, e na forma dos §§ 2º a 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto, desde que haja a expressa concordância deste, sem prejuízo de seus apelidos de família."

A inclusão do sobrenome do padrasto ao do enteado não se achava prevista no referido dispositivo, que já possibilita à mulher, em união estável, há mais de cinco anos ou com filhos comuns, averbar em seu registro de nascimento, o patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família.

A experiência judiciária desde há muito apontou na possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto ao do enteado, independente de adoção, conforme decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em julgamento de 2000, nos termos do voto condutor do ministro Ruy Rosado de Aguiar.¹⁰⁷

O colegiado reconheceu "a necessidade de ser aplicada a orientação mais compreensiva da realidade e dos valores humanos em causa, para onde sinaliza a Constituição de 1988". Anota-se o sentido precursor da jurisprudência, em jurisdição inclusiva para admitir a identidade afetiva de padrinho e enteado.

Vale ser transcrito o Acórdão paradigmático:

"O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade,

¹⁰⁶ TJRS - 7ª Câmara Cível, Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, Apel. Cível nº 70005273099.

¹⁰⁷ STJ - 2ª Seção - Resp. nº 220059, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 12.02.20011, p. 92

desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. Recurso não conhecido”.

Diante do princípio geral da imutabilidade do nome, quando admissível apenas, por variadas razões, a troca de prenomes, a jurisprudência tem relativizado tal princípio, em prevalência ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, que prepondera sobre a biológica. A tanto, incidirá a regra do "motivo ponderável", a justificar a mudança do sobrenome, quando presente o vínculo da afetividade entre o padrasto e o enteado, suficiente a legitimar aquele em substituição ao pai, que desertando do vínculo parental, abandona moral e afetivamente o filho biológico.

A lei, de autoria do deputado Clodovil Hernandes, não trata, entretanto, da retirada do nome de família do pai, mas de simples acréscimo de outro nome, revelando, nesse ponto, um propósito limitado, o de evidenciar a relação de afeto entre o padrasto e o enteado, sem prejuízo da origem biológica assentada em registro. A inovação legal é eloquente diante do sentimento palpitante de realidade que tem influenciado o avanço dogmático do direito de família. Casos haverá, destarte, a autorizar a própria substituição do patronímico, conferindo-se ao exame do caso concreto, a solução mais justa.

Como a lei deve servir à vida, em sua magnitude, o direito posto pode melhor interpretá-la, na consideração de a família moderna dever reconhecer o padrasto que toma o lugar do pai - quando este não mais assuma a paternidade - como o verdadeiro pai, aquele que pratique, em sentimentos dignificantes, a paternidade do afeto.

(iii) Em terceira questão, anota-se o fenômeno da multiparentalidade, como instituto jurídico que ganha nova dimensão no direito brasileiro

Logo se afirme que a parentalidade múltipla, em todos os ditames é espiritual, antes de jurídica, no melhor sentido canônico, como a de José, marido de Maria, que teve como filho socioafetivo o próprio filho

de Deus. Por isso mesmo, Pai é aquele que se a(pai)xona. De tal estrutura, na ordem dos fatos da vida, é feita a multiparentalidade.¹⁰⁸

A *Parenthood* (“Parentalidade”), como instituto jurídico, tem suas máximas estatutárias de responsabilidade parental. A proteção do filho, de todos os casais havidos por quaisquer espécies de união, tem sido de suma importância para os tribunais ingleses. Com o *The Children Act*, de 1999, registram-se avanços significativos, no efeito de definição das responsabilidades parentais para com os filhos ou menores. A tanto que o tribunal pode atribuir responsabilidade parental a diversas pessoas, a um só tempo, implicando responsabilidades compartilhadas, a exemplo de pais biológicos e socioafetivos (como na hipótese do padrasto) ou destituir o poder parental, quando essas responsabilidades não sejam levadas a efeito com desempenho satisfatório, inclusive quando se verificar casos de alienação parental

Na aferição dos elementos jurígenos que importam anotados à compreensão do tema, podemos cogitar, ainda, de relevância jurídica a

¹⁰⁸ A jurisprudência brasileira vem consagrando a doutrina da multiparentalidade, com decisões paradigmáticas, assinalando-se: A família multiparental, formada por filiações plurais, já existe na jurisdição prestada. São significativos os julgados, nos últimos quatro anos: (i) 11/2011: a juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da 1ª Vara Cível da Comarca de Ariquemes, em Rondônia, declarou a dupla paternidade admitindo em registro o pai biológico que passou a se relacionar com a filha adolescente, mantendo o do pai registral e socioafetivo (Proc. nº 0012530-95.2010.8.22.0002); (ii) 10/2012: Acórdão da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, onde Relator o des. Alcides Leopoldo e Silva Jr., determinou o registro de um jovem com os nomes de seu pai biológico, de sua mãe biológica e de sua madrastra, como mãe socioafetiva (AC 0006422-26.2011.8.26.0286; DJESP 11/10/2012); (iii) 08/2013: decisão da juíza Carine Labres, da Comarca de São Francisco de Assis (RS) admitiu pedido da madrastra e das crianças enteadas, em ação declaratória de maternidade, sem excluir o nome da mãe biológica do registro. Bem de ver dos julgados que a multiparentalidade tem sido admitida, para todos os fins legais, podendo ser concomitante ou sucessiva, mas em todos os casos voluntária e não imposta; (iv) 09/2014: O juiz Rafael Pagnon Cunha, de Santa Maria (RS), autorizou a dupla maternidade homoafetiva, determinando que ao lado dos pais biológicos, constasse no registro civil da criança nascida, o nome da companheira da mãe. Mais precisamente, em verificando que as mães são casadas entre si, “o que lhes suporta a pretensão de duplo registro”, assinalou o referido direito à duplicidade registral materna, “na ausência de impedientes legais”, expressando que a vida destinou à Maria Antônia, “um ninho multicomposto, pleno de amor e afeto”. O tema ganha relevo jurídico, sobretudo nos casos da maternidade homoafetiva, onde uma das mães (genética) oferece o óvulo e a outra é a mãe geratriz, tipificando, de efeito, maternidades binárias ou duais no projeto parental. Inexistirá à hipótese, prevalência de uma maternidade sobre a outra, sequer para disputa de guarda, onde sempre haverá de prevalecer o melhor interesse da criança. Noutro ponto, tem sido admitida a adoção binária por quem vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos (STJ – 4ª Turma, REsp. nº 889852-RS).

figura que denominamos por “identidade afetiva por comunhão de vida”, patrimônio espiritual que adere à identidade pessoal. A ordem jurídica a menciona, por vezes.

A cláusula geral de “comunhão plena de vida”, como norma-princípio que remete as relações familiares a seus valores éticos e afetivos aparece, de logo, inserida no primeiro artigo do Livro de Direito de Família (artigo 1.511 do Código Civil brasileiro), a dizer que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges”.

Importa admitir, à guisa da identidade pessoal que esta, em seus atributos, adquire um vínculo com a identidade afetiva e com ela se confunde, porquanto esta qualifica como pessoa, a nível dos parâmetros da afetividade, aquela que experienciando afeições, coloca-se em melhores qualidades com a vida, no plano afetivo. Não há negar, uma cumplicidade com a sua própria existência.

Adiante, a cláusula é repetida no artigo 1.513, quando dispõe o estatuto civil que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

De ver que a adoção da técnica de tal cláusula ganha uma ampla dimensão, com repercussões notáveis, quando se flagra a contradição interna entre os mencionados dispositivos (artigos 1.511 e 1.513, CC).

Afinal, “quem estabelece a comunhão plena de vida? O casamento (art. 1.511) ou a família (art. 1.513)?” – pergunta o jurista EDUARDO SILVA (RGS, 2002), identificando, em seu estudo, os erros técnicos do legislador que confunde as instituições entre si, introduzindo, daí, as atecnias no texto normativo.

Ele oferece a melhor resposta, pronta e adequada, ao indicar que “o erro técnico em que incidiu o legislador levaria a crer que a comunhão de vida é instituída pela família, e não de que a família é, ela própria, uma comunhão de vida!”. Bem é certo assim pensar e refletir.¹⁰⁹

¹⁰⁹ “Aliás, essa a verdadeira evolução em Direito de Família: uma família que se torna comunhão plena de vida entre seus membros e deixa de ser uma mera unidade econômica agregada pelo poder do homem” – acentuou.

Sublinha-se, então, que a cláusula geral da comunhão plena é de conceito aberto, tanto na hipótese (prótase) quanto na consequência jurídica (apódose).

Pergunta-se, nesse ritmo, o que vem a ser a cláusula “comunhão plena de vida”, enquanto cláusula geral na estrutura do sistema jurídico de família, para efeito de uma identidade afetiva. E mais ainda: como ela repercute e deve repercutir no direito de família, e nos direitos da personalidade, em compreensão do seu próprio significado.

A sua especificidade está ínsita do fenômeno familiar, como fato e valor; ou seja, a cláusula de comunhão representa um conceito ético e operativo, contribuindo para o aperfeiçoamento das relações familiares, a partir dos deveres mútuos de cônjuges ou de companheiros. Logo, a impossibilidade da comunhão será causa determinante para a dissolução do vínculo conjugal (art. 1.573, CC).

A comunhão plena de vida significa compartilhar a família nos seus atributos determinantes, onde para além da norma, estão as pessoas comprometidas entre si, comungando interesses comuns e resultados construídos. Efetivamente, figura como uma cláusula diretiva da existência da comunidade familiar. Essa comunhão é intrínseca, como “unidade valorativa e conceitual” e serve, convenhamos, no plano da personalidade, como estrutura dignificante de cada um dos integrantes do núcleo familiar.

Noutro ponto, a comunhão implica uma constatação de vida, “não só com o outro, mas para o outro”. Ou seja, a constituição do próprio ser, em sua vida pessoal, como vida destinada para o outro (amar para ser amado, etc.) e não bastando, também o “ser com o outro”, em realização de solidariedade plena.¹¹⁰

Com devida propriedade, situa-se que “a comunhão de vida pressupõe que cada um dos cônjuges esteja permanentemente disponível para dialogar com o outro, auxiliá-lo em todos os aspectos morais e materiais da existência, colaborar na educação dos filhos, etc.”¹¹¹ Assim, o débito conjugal é, de fato, um dos núcleos mais decisivos da comunhão de vida. Em resumo, comunhão que se reveste de um dever mútuo de cooperação.¹¹²

¹¹⁰ Octávio Manuel Gomes Alberto, Lisboa, 2012

¹¹¹ Idem

Esta existência substancial constitui, a toda evidência, o dever-ser do direito de família, onde homens e mulheres, por auxílio mútuo, integração fisiopsíquica, de interesses e de afetos, destinam-se a formar uma comunidade de vida, na clássica lição de PORTALIS. Em ser assim, com especial enfoque, admitimos, pois, existir uma personalidade moral e jurídica da própria instituição familiar enquanto arrimada na comunhão plena de vida; o que transcende a personalidade de cada um dos partícipes.

Desse modo, a família que como tal se expressa por essa comunhão de plenitudes, é um dos maiores bens jurídicos que a sociedade pode obter: pessoas que comungam vidas e celebram os seus vínculos, convergentes por suas identidades afetivas. A vida põe o direito a seu serviço.

No plano da identidade afetiva, tenha-se, finalmente, a sua configuração feita através dos institutos das adoções. No caso, além da adoção clássica, com os requisitos da lei, o que dispensa comentários, outras categorias jurídicas de adoção, em nossa classificação, podem ser apontadas: (i) adoção binária (ii) adoção integrativa, (iii) adoção multiparental e (iv) adoção solidária.

Diz-se adoção binária aquela admitida a quem vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos (STJ – Resp. 889852-RS).

A adoção integrativa é o tipo de adoção atribuída pelo Código Civil argentino de 2014 (artigos 619, c; 630 a 633), em face de filhos anteriores dos conviventes e dos cônjuges, adotados pelos novos parceiros, com permanência de vínculos entre o adotado e o seu progenitor de origem.

Diz-se adoção multiparental aquela que nada obstante tenha a adoção estabelecido, *ope legis*, a ruptura instantânea de qualquer vínculo com os pais e os parentes consanguíneos (art. 1.626, 2ª parte, CC), aquele vínculo biológico preexistente, não se achando disposto em registro, e os fatos da vida a aproximem o pai biológico do filho que veio, com sua insciência, ser adotado, permitam que, afinal, uma adoção por multiparentalidade. No caso, uma filha adotada, em expressão de sua identidade genética, com

¹¹² De notar que o chamado “dever de comunhão de leito, de mesa e de habitação”, denominado “dever de coabitação”, em nada significa mais que somente isso. Não necessariamente a comunhão de vida que constituirá a essência da união conjugal ou entre conviventes. Pode haver coabitação, sim, sem que, todavia, os que coabitam comunguem as suas próprias existências em prol de uma existência única e una.

anuência expressa dos pais adotivos e do próprio investigado, requereu o reconhecimento do vínculo biológico para os fins de admissão da multiparentalidade existente, quando, predominantemente, as relações de afetividade reúnem todos. Pela primeira vez no país, uma decisão judicial admite acrescentar ao registro de nascimento de menor adotado, o nome de seu genitor e de seus avós paternos, mantendo-se a paternidade adotiva e registral, com o acréscimo do patronímico do pai biológico.¹¹³

Por último, a adoção solidária, que se entende aquela onde a adoção de apenas um dos irmãos seja atribuída a famílias adotantes que se comprometam, antes de mais, contribuir para a permanência dos vínculos fraternos em relação aos demais irmãos.

§ 2.6. Identidade digital

Entende-se por identidade digital aquela que apresenta a pessoa na sociedade informacional, por meio de fotos, imagens, dados, arquivos e perfis que a identificam individualmente, dentro do ambiente virtual, mediante o uso de modernas tecnologias da informação. Enfim, sua mobilidade presencial por contas e arquivos digitais existentes da rede, sua presença no cyberspaço, consolidam ao fim e ao cabo a identidade digital da pessoa.

A configuração da identidade digital, para fins de de direito, confere ao seu titular, os direitos de autonomia, preservação do uso, desconstituição da identidade, entre muitos outros, desdobrados dos direitos da personalidade.

Não existe legislação específica sobre a identidade digital na vida virtual da internet ou nos demais meios de comunicação, salvo as de legislação comum, nas disposições do Código Civil no trato dos direitos da personalidade da pessoa.

Dentre as nuances jurídicas que conferem à identidade digital uma categoria própria, são de relevância citar:

(i) A identidade digital da pessoa, manipulada por terceiros, consabido que mediante o emprego de recursos avançados tecnológicos, a identidade digital poderá sofrer manuseios para diversas destinações.

¹¹³ 1ª Vara de Família da Comarca do Recife, Brasil, no Processo nº 0034634-20.2013.8.17.0001, juiz decisor Clécio Bezerra e Silva.

A identificação imediata das pessoas por reconhecimento facial, utilizando-se, por exemplo, as fotos de listas de contatos do Facebook, bem representa uma das hipóteses, extraída do universo da internet.

No fato de a identidade digital das pessoas ser apropriada para os mais diversos fins, por empresas privadas, sem conhecimento ou consentimento do titular, incide a probabilidade de lesão a direitos individuais da pessoa. Na espécie, o direito à identidade digital, é manifestamente subtraído ao seu titular, em dominação verificada por tecnologias de internet ou de informação. Os softwares de reconhecimento facial já são, atualmente, disponibilizados.

O reconhecimento é feito por algorítmicos de comparação da face com todas outras faces já identificadas na grande base de dados do sistema, permitindo o seu uso que: (i) pessoas sejam reconhecidas, com os seus dados inerentes (ii) pessoas sejam localizadas em meio à multidão (iii) pessoas estabeleçam ligações entre si, sócias ou parentes sequer sabidos; (iv) haja o rastreamento de vigilância da pessoa, por razões determinadas de interesse público.

Imagine-se uma base geral das pessoas dos grandes centros urbanos ou até formada por todo o gênero humano, a dispensar a inteira individualização da pessoa, vida a fora, a cada passo e nos sítios próprios, em cada rumo e a todo tempo. Benefício existirão, mas sob eventuais perdas da privacidade.

De ver que a identidade digital preservada compõe o direito da pessoa, em seu direito a essa identidade, afigurando-se as técnicas de reconhecimento, como um instrumental de desafio permanente ao livre e exclusivo exercício da identidade digital por seu titular.

As aplicações do Reconhecimento Facial têm sido frequentes, a nível de serviços públicos de controle de dados. Tome-se por exemplo, a existente no transporte coletivo de Florianópolis (Brasil), quando compara as fotos das pessoas beneficiadas por tarifas especiais com a face detectada nas câmeras dos terminais, a inibir as fraudes no sistema de benefícios.

Nenhuma disciplina jurídica, porém, acompanha este avanço tecnológico, de forma a mantê-lo nos seus limites éticos. O direito à identidade digital começa a reclamar, pois, o seu próprio reconhecimento.

(iii) A identidade digital da pessoa como espólio, é outra vertente ainda não disciplinada pela ordem jurídica¹¹⁴. O elevado acervo de contas e arquivos digitais, de imagens e documentos constituem, em vida, o patrimônio digital da pessoa, vinculado à sua identidade virtual, por si mesma, detentora de direitos. Pelo evento morte do utilitário (usuário) do sistema internet, o acervo digital fica a disposição dos herdeiros que terão direito de acesso aos arquivos, inclusive de computação em nuvem (*iCloud*). De outro modo, cuida-se aferir da conveniência de extinção de páginas em redes sociais e do gerenciamento final das contas em internet.

(iii) A identidade digital também poderá ser desconstituída pelo seu titular, caso tenha a pretensão de deletar sua presença no *cyberespaço* eliminando contas, blogs, páginas em rede, etc., denominada essa desconstituição de “suicídio virtual”. É bem verdade que a operacionalidade não será simples, máxime quando as informações pessoais estejam registradas também em outras fontes, em bases de dados outras e indexadas pelos diversos sistemas de busca. Existem, na rede sites especializados nessa tarefa, como o americano “*deleteyouraccount.com*”.

O direito à identidade digital, aportado nos direitos personalíssimos da pessoa, já merece a devida atenção da doutrina.

§ 2.7. Identidade sexual

Um sociólogo alemão, S. HIRSCHAUER, da Universidade de Bielefeld fez a distinção conceitual entre sexo e gênero, interessado a estabelecer a natureza e as dimensões funcionais que os identificam em interface na pessoa.

O conceito de sexo tem correspondência biológica, segundo ele, com uma base corpórea, enquanto gênero é uma construção social, de matriz cultural e histórica, preordenada legalmente ao nascimento da pessoa, diante dos caracteres dos órgãos reprodutivos que ela apresente. O primeiro é uma categoria determinante, o segundo uma realidade integrada, traduzida em pertencimento. Este posicionamento é sufragado, de modo corrente e didático.

¹¹⁴ Existe no Brasil um projeto de lei, em curso na Câmara dos Deputados, prevendo garantia aos herdeiros sobre herança digital. (PL nº 4.099/2012).

A distinção contribui para o surgimento de estatutos protetivos e traz reflexos jurídicos e psicológicos no enquadramento das identidades respectivas.

Sustenta-se, porém, que a identidade sexual de uma pessoa é composta pelo sexo, pela orientação sexual e pelo gênero, composição que se perfaz ante a especial circunstância de os perfis de gênero terem sido historicamente fundados no sexo biológico.

A questão central situa-se recorrente na perspectiva de a orientação sexual se referir, necessariamente, a quem vincula-se a relação, enquanto a identidade de gênero é unipessoal, ou seja, se refere ao autoreconhecimento dentro dos padrões de gênero ordenados pela sociedade.

Impõe-se acentuar que a problemática da sexualidade e as desigualdades entre os gêneros, devem ser tratadas, de per si, no plano jurídico para qualificação (ou requalificação) das identidades em referência.

A identidade sexual ganhou contornos jurídicos (na doutrina e na jurisprudência), nomeadamente quanto à orientação, sendo certo afirmar que a pessoa homossexual¹¹⁵ adquiriu, na prática, a sua identidade, para além dos antigos estigmas da homossexualidade.¹¹⁶

No direito brasileiro, questão jurídica relevante e adveniente da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu ampla e irrestrita juridicidade constitucional à união homoafetiva, como entidade familiar, – e colocou, por aquele julgamento, no plano doutrinário e constitucional, a identidade sexual como direito fundamental.

É preciso sublinhar o alcance da decisão judicial colegiada, a saber de seus efeitos (limitados ou não). Mais precisamente:

(i) a decisão do STF, de substancial conteúdo equipotente e jurisdicante, firmou, em definitivo, a equivalência das uniões entre pessoas de mesmo sexo com aquelas entre pessoas de gênero diferente, para todos

¹¹⁵ O termo foi cunhado pelo médico húngaro Karl-Maria Benkert, em 1869. Ele indicava uma categoria médica, onde ali eram incluídas pessoas de comportamento moral não aceitos pela sociedade vigente.

¹¹⁶ Antes a orientação sexual homossexual era reconhecida como patologia mental, na Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde –OMS (CID 10), tendo sido retirada do catálogo em 1993.

os fins e efeitos, ao modo do ditame constitucional de igualdade absoluta entre os sexos.

(ii) O tratamento isonômico da decisão, com base constitucional, outorga uma igualdade de direitos às uniões homoafetivas, em ordem de não mais depender legislação ordinária a atribuir ou regulamentar direitos básicos, como os de alimentos, partilha de bens e herança, adoção de filhos, direitos previdenciários e de planos de saúde, pensões e outros direitos civis.

(iii) a decisão judicial, em exegese da Constituição, obsta, em si mesma, que o legislador ordinário, sob a premissa de atuação tradutora ou regulatória possa vir editar leis que restrinjam aqueles direitos; ou mais ainda, que os eliminem.

Bem é certo que os processos, em que exarada a decisão, formularam no sentido que as garantias previstas para a união estável entre heterossexuais (heteroafetivos) fossem estendidas aos relacionamentos homossexuais (homoafetivos), em cotejo do art. 1.723 do Código Civil, para uma interpretação conforme o art. 226 da Constituição Federal.

Assim, da decisão unânime do STF decorreram as repercussões seguintes: (i) no tema, a legislação infraconstitucional está defasada ou insuficiente, cumprindo ao legislador atualizá-la conforme; (ii) os textos do Código Civil, em enunciado e disciplina de entidades familiares, não são exaurientes. Então, uma de duas hipóteses:

A uma, a entidade familiar da união estável seria existente, em duas espécies: (i) a de união estável entre homem e mulher (art. 1.723, CC) e (ii) a de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nessa última, entendida a união homoafetiva como espécie de entidade de união estável, esta poderia converter-se, também, conforme dispõe o artigo 1.726 do mesmo Código Civil, em casamento civil.

A duas, outra entidade familiar é agora reconhecida (admitida e proclamada), aquela formada pela união (estável) de pessoas de igual gênero, denominada entidade familiar homoafetiva. Ou seja, uma nova modalidade própria de família, de efeitos limitados.

A decisão do Supremo Tribunal Federal indica pontificar, em alcance de devida extensão, por interpretação sistemática da Constituição, a primeira hipótese; nessa linha advindo as primeiras sentenças, no país, que converteram uniões estáveis homoafetivas em casamento, dos

magistrados Fernando Henrique Pinto (2ª Vara da Família e das Sucessões de Jacareí, SP, 27.06.11), e Júnia de Souza Antunes (4ª. Vara de Família do DF, 28.06.11).

Certo, porém, que as relações homoafetivas apenas constituirão entidade familiar quando estáveis, ou seja, quando sob os mesmos pressupostos da união estável havida e admitida nas relações heteroafetivas, conforme a lei civil, a doutrina e os precedentes da jurisdição. A Constituição Federal, expressamente, indicava:

(i) – em relação ao casamento: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 3º);

(ii) - em relação à união estável: é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º).

Posto assim a questão, assinala-se que:

(i) Inexiste lei ordinária tratando do casamento civil homoafetivo.

(ii) A celebração do casamento é feita, sob invocação do precedente do STF e regulado por Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

O direito à redesignação do estado sexual integra, por logicidade jurídica e social, o próprio direito à identidade sexual da pessoa, para ser afirmada a sua verdadeira identidade, perante si mesmo e a sociedade, tendo em conta o sexo psicológico. Mais precisamente a adequação de seu sexo morfológico a seu sexo psíquico. As cirurgias de transgenitalização, de mudança de sexo, demandam, nesse ponto, essa expressão correta da identidade.

Outros elementos compositivos do direito à identidade sexual tipificam ou reivindicam situações jurídicas de igualdade substancial de direitos, v.g. no plano dos direitos de família, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção nas relações homoafetivas, a integração familiar, a participação em direitos sucessórios do companheiro, etc.

§ 2.8. Identidade íntima^{117 118}

O direito à identidade íntima é categoria jurídica que pondera pela concretização do direito fundamental à reserva da intimidade e da vida privada, com a nomenclatura e enquadramento jurídico contidos no artigo 26, 1, da Constituição portuguesa e no artigo 5º, inciso X da Constituição brasileira.

É o direito à reserva da vida, tronco comum, segundo MADALENA BOTELHO, a dois direitos: o direito à intimidade genética e o direito à autodeterminação informativa.¹¹⁹

É radicado neste direito maior de reserva que surge o direito da não-informação sobre a vida privada, repulsando a difusão abusiva de informações, na internet, como se acontecer.

A identidade íntima, no âmbito da internet tem sido, nos últimos quinze anos, preocupação uniforme de todos os que atuam na rede, a partir dos provedores de acesso, a exemplo do Google, que desde 2001 instalou a sua política de privacidade, já sua 11ª versão.

O direito à identidade íntima surgiu como um novo direito, em emanção do direito de se deixar ficar em paz (*"te right to be left alone"*) quando SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS publicaram um artigo, em

¹¹⁷ Cfr. PORTUGAL: (a) CABRAL, Rita Amaral, O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil), in Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989. (b) MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;

¹¹⁸ LEGISLAÇÃO. BRASIL - Vide: (a) Constituição Federal: art. 5º. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (b) Código Civil: Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (c) Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014 (Marco Civil da Internet): art. 3º - disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios (...) inciso II - proteção da privacidade. PORTUGAL: (a) Constituição Federal: Artigo 26.º (Outros direitos pessoais). 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (b) Código Civil: art. 80º (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

¹¹⁹ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Coimbra: Almedina, 2013, p. 199.

1890, defendendo a proteção da vida privada, o primeiro incomodado por ingerências da imprensa na vida de sua mulher.¹²⁰

Na atual hipermodernidade da sociedade informacional, onde os relacionamentos humanos começam a afirmarem-se com estranhos, nas redes sociais, em partilha de tempo, informações e intimidades coletivizadas, ocorre o fenômeno da “publicização da intimidade”¹²¹ em contraste com o direito à intimidade íntima, como classicamente fora concebido.

No curso de cento e vinte anos, esse direito evoluiu bastante, no sedimento de decisões judiciais e como direito constitucionalizado e, apesar de uma intimidade exposta, consciente e paradoxalmente exposta, na sociedade da informação, remanesce bastante a mesma ideia original que lhe deu causa.

Quer significar que o bem jurídico da intimidade mantém o seu “locus” na casa, embora esta esteja maior, no espaço social, sem perder, porém, a dignidade da vida privada que se quer preservada, nos limites de cada um. Nesse processo novo, opera-se um novo contrato social, dentro da vida privada da modernidade, como ela é na fixação dos seus contornos atuais e como deve ser tutelada. Na proposta da modernidade, uma emergente identidade íntima converge com ele. Diria uma repersonalização dos direitos da personalidade, diante da pessoa que se reconstrói pronta aos padrões da nova sociedade.

Há um espaço aberto à configuração das identidades pessoais, onde se consagra o direito ao respeito à vida privada.

Observa-se, com bom gosto, uma tutela geral da personalidade, por um direito geral que ela exprime, sem contradição com os institutos de sua proteção jurídica. O artigo 70º, 1 do Código Civil português externaliza uma cláusula geral de proteção da personalidade, ao colocar essa proteção dirigida contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa à personalidade física ou moral dos indivíduos.

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002, trouxe ao sistema jurídico um capítulo próprio da codificação Cap. II, artigos 11 a 21) para

¹²⁰ WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. EUA: Harvard Law Review, v. 3, 1889-1890.

¹²¹ Expressão cunhada por Ilton Norberto Robi Fiho, em Direito, Intimidade e Vida Privada. Curitiba: Juruá, 2010, p.117.

regular, embora de modo não exauriente, a proteção aos direitos da personalidade, fazendo prevalecer a cláusula geral de tutela.

Nada obstante, cláusulas gerais menores poderiam disciplinar situações de universos mais específicos, quando nesse contexto presenciasse a sociedade da informação, com suas novas complexidades; as redes sociais com seus múltiplos questionamentos, e a identidade íntima a sugerir outros mecanismos protetivos.

Não se pode descurar que a sistemática da proteção integral tem a sua eficácia ampla, sob o pálio da dignidade da pessoa. Por certo, porém, as regulações jurídicas otimizantes aos direitos postos se apresentam saudáveis. Exemplo valioso está no art. 21 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) quando abrevia o exercício protetivo de direito da personalidade ao estabelecer suficiente mera notificação pessoal do interessado, sem demanda judicial, para a remoção, na rede, de conteúdos de cunho sexual. Naquele dispositivo, a preservação-instante do direito à intimidade íntima.

Ao lado da disposição da privacidade, fértil na autonomia da disponibilidade pelas práticas das redes sociais, o direito à identidade íntima corresponderá ao limite exato aos atos de disposição, onde pontifica o conteúdo intangível da dignidade.¹²²

§ 2.9. Identidade singular

Um direito à diferença, consolidado na atualidade do Direito, faz evidenciar a identidade singular, cuja afirmação pessoal de seu titular corresponde (i) o ao direito a ser diferente; (ii) a uma “igualdade na diferença” para os devidos legais a essa diferença; (iii) a proteção da substancialidade da diferença por alcance jurídico, através da segurança de meios legais ou da aplicação de princípios vinculantes, como da vulnerabilidade.

Destaca-se, a bom modo, que em observância ao princípio da igualdade, afirma-se o direito à identidade singular, inerente aos pressupostos substanciais da isonomia, quando a singularidade, como subprincípio daquele, orienta a dizer que a desigualdade haverá de ser reconhecida juridicamente como igualdade. Aplica-se, nesse sentido, o

¹²² Neste sentido: CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da Personalidade. Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 236

axioma aristotélico¹²³ *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”* A diferenciação jurídica por exceções é disso corolário.

No plano macro da sociedade informativa, tenha-se que essa identidade se perfaz na construção de redes de apoio às diferenças, através de *“comunidades sociais”*, proativas, onde significativa se faz a interação dos seus participantes. A identidade como conceito relacional ganha, assim, espaço na sociedade da informação, com profundo alcance pelos meios de comunicação, quando se sustentam as medidas corretivas e as ações antidiscriminatórias.

Esse direito de identidade singular produz direitos correlatos, dentre eles o direito à discriminação positiva, como acesso e proteção das minorias, para a obtenção dos bens comuns baseados no patrimônio natural da sociedade.

§ 2.10. Identidade etária

A consagração normativa da proteção jurídica da pessoa idosa é preconizada pelo art. 25º da Carta dos Direitos Fundamentais da Europa, verificando-se que Constituições e Códigos Civis europeus reservam-lhe tratamento especial.¹²⁴

A Constituição Federal portuguesa na Parte I tratando dos Direitos e Deveres Fundamentais cuida no art. 72º, 1 sobre a proteção à terceira idade, a partir de direitos à segurança econômica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário. Esses direitos se acham correlacionados à sua autonomia pessoal, a evitar e superar o isolamento ou a marginalização social.

Não há uma precisão legislativa acerca da “terceira idade”, do seu limite etário mínimo ou sobre o conceito de velhice; optando a ONU por estabelecer a idade-faixa aos sessenta anos, em ficção jurídica, como a que represente aquele limite.

¹²³ ARISTÓTELES, filósofo grego,

¹²⁴ A questão ganha importância crescente. O Fundo de População das Nações Unidas (Unfpa), indicou no Relatório Tóquio (setembro, 2012), que mais de um bilhão de pessoas com mais de 60 anos, será registrado em 2020, e pelo menos dois bilhões, em torno de 2050. O envelhecimento populacional é mais presente nos países em desenvolvimento, que abrigam 66% da população acima de sessenta anos.

No Brasil, a Constituição Federal, no seu artigo 230 impõe como dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida”. Por enunciação desses direitos, confere-se à pessoa idosa, o direito à sua identidade etária, para os fins e benefícios da lei.

A seu turno, o art. 8º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 9 de outubro de 2003) preconiza que o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção, por isso mesmo, constitui um direito social.

O “envelhe(ser)”, como o “*direito de estar velho*”, com os elementos de direito existencial, é criação da lei brasileira, consignado no mencionado disposto, constitui direito de personalidade próprio e amolda-se com mais precisão, à identidade etária.

Lado outro, o art. 229 da CFB impõe o dever aos filhos maiores “de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Esse dever de cuidado e alimentar ao idoso se acha previsto em diversas codificações, a exemplo do Código Civil português (art. da Espanha (artigos 143º e 144º) e outros.

A esse respeito, a obrigação alimentar para o idoso, com a edição da Lei 10.741, em seu artigo 12, torna incontroverso, diversamente do Código Civil, tratar-se de natureza solidária, cabendo ao idoso optar entre os prestadores.

Essas questões pontuais, para além de sinalizar as propriedades da identidade etária, outorgando-se à pessoa idosa um tratamento diferenciado, demonstram o quanto necessário será efetivá-la, como pessoa, no convívio comunitário, de garantia constitucional. Convívio, entenda-se, com o significante de comunidade virtual

Pois bem. Envelhecer não é estigmatizante. Ser idoso também não. Saber envelhecer é saber ser idoso, e não envelhecido pela idade adiantada. Mudam as cores do tempo, chega a estação outonal e, com o avanço da idade, revela-se a vida, com novos matizes, ajustando o homem, com dignidade, a sua experiência a um novo tempo que o acrescenta.

Afinal, o homem envelhece na ordem direta da vida e na ordem inversa da resistência da alma, como advertiu VICTOR HUGO.

Ele compreendeu que as pessoas apenas envelhecem pelo relógio do tempo, e somente se tornam velhas quando não mais se colocam

cúmplices da vida. Uma quebra de harmonia com o espírito jovem comunicante que vincula o homem ao seu tempo presente e o faz referir sempre com um olhar para o futuro. Pensar e viver no passado é envelhecer definitivamente. Aprender algo novo, descobrir contextos mais amplos, saber estimular a capacidade cognitiva, exercer a vida pelo aprendizado que ela oferece, tudo isso significa envelhecer bem, e envelhecer menos.

A velhice não é uma variável fixa (GROISMAN); ela é uma realidade culturalmente construída. Preciso, pois, urgente, que não sejam observadas mais rugas no espírito do que na face.

O idoso é, em regra, indigente em sua dignidade de ser idoso. Faltam-lhe a força de trabalho e melhores condições de qualidade de vida. Ele é tratado como problema e não como um segmento social valorizado em suas características próprias.

A sua inclusão digital, apresenta-se, pois, na sociedade da informação, como um direito social, em superação aos problemas etários.

Formas de convivência “on line” e de atividades rápidas de “e-commerce”, resgatando as deficiências da solidão e da mobilidade física, posicionam a identidade etária em melhor lugar na sociedade da informação. Essa mobilização cibernética da terceira idade, com equipamentos e recursos, tem servido também a superar o fenômeno do etarismo.¹²⁵

§ 2.11. Identidade vulnerável

O direito à identidade vulnerável repousa no direito à própria existência de direitos, a cujo exercício regular e de efetividade ótima todos devem ser colocados, nos limites de suas possibilidades físicas e materiais. Onde a igualização de direitos os torna exatamente iguais, apesar das diferenças e vulnerabilidades.

¹²⁵ O etarismo é uma das formas menos visíveis de intolerância, suscetíveis de seu reconhecimento como ilícito civil e, ainda, ilícito penal. O termo foi cunhado por Joana Amaral Dias, a corresponder ao termo inglês “ageism” ou “agism”, desenvolvido por Robert Butler (1969), e “definido como sendo um estereótipo de discriminação contra pessoas devido à idade”, como relata a psicóloga portuguesa Tatiana A. Santos (www.rostos.pt). Ele ocorre nas relações sociais, à medida de fatos juridicamente determinantes, a saber da discriminação etária verificada na sociedade da informação, no mercado de trabalho, nos planos de seguro (de vida ou de saúde), em benefícios previdenciários deficitários, na falta de políticas públicas satisfatórias de proteção aos mais velhos, na ausência de espaços públicos garantidores aos mais vulneráveis ou de espaços privados adequados à uma melhor convivência.

A esse respeito, juristas tem se dedicado ao tema da vulnerabilidade em busca de uma conceitual autônoma, como um fenômeno colocado pela nova dimensão dos direitos fundamentais.

Dentre eles, com destaque, CLÁUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM sustentam por um direito próprio.¹²⁶

A erradicação das limitações pessoais, no alvo da sacralização indiscriminada da pessoa humana, é a epígrafe do direito à essa identidade, (circunstancial ou permanente,) a não depender de uma conceitualização fechada. Pacientes e indigentes, portadores de necessidades especiais, doentes de todo gênero, idosos, crianças e mulheres, sedimentam uma mesma personalidade, em natureza intrínseca da sua condição humana, não devendo ficarem, diante dela, submissos a uma hipossuficiência dominante que os discriminem.

Na espécie humana, identicamente refletindo com FERNANDO ARAÚJO ¹²⁷, consegue-se reconhecer morbidade, vulnerabilidade, dependência, nos graus das relações de vida, em situações fáticas e pontuais; todos, porém, dotados de valores intrínsecos que não os fazem diferentes.

Aliás, com suporte em reflexões do referido jurista português, podemos pensar também que santidade e qualidade de vida¹²⁸ devem ser consideradas, como questões jurídicas remetidas à vulnerabilidade, por critérios de proteção aos menos favorecidos, aos de menores acessos igualitários ou aos detentores de maiores necessidades de urgência.

Vulnerabilidades de diversas ordens e em face de determinados titulares figuram-se em um acervo aberto ao exame técnico-jurídico da realidade, tornando-se aceitável que sobre esses titulares, cogite-se uma

¹²⁶ Em sua festejada doutrina, consideram: os novos estudos europeus sobre vulnerabilidade propõem a sua distinção conceitual em relação ao direito de igualdade ou de desigualdade entre sujeitos. Isso porque o paradigma da igualdade parte de uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, onde a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas, de acordo com a máxima aristotélica: tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de sua desigualdade, para alcançar o justo. Já a vulnerabilidade é filha desse princípio, mas noção flexível e não consolidada, com os traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. In: MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

¹²⁷ ARAÚJO, Fernando. A Hora dos Direitos dos Animais. Coimbra: Almedina, 2003, 379 p.

¹²⁸ ARAÚJO, Fernando. A Procriação da Santidade da Vida. Coimbra: Almedina, 199, 174 p.

identidade conforme e uniforme, valorativa que os coloquem sempre em primazia.¹²⁹

Há, de fato, timidez nos ordenamentos jurídicos, em proteção dos vulneráveis, quando a legislação se apresenta frágil ou ineficaz. No ponto, caso seja o de observar a rigidez necessária ao tratamento da questão, de tal modo a reconhecer e aplicar o instituto jurídico do “abuso de vulnerabilidade”, quando caracterizada afronta aos princípios que sedimentam a identidade vulnerável. Agravantes, em sentido penal, já orientam no efeito dessa dimensão, para a ilicitude civil, com medidas penalizadoras legais em ordenamentos jurídicos próprios, como sucede com as medidas protetivas de tutela integral.

O programa constitucional de tutelas máximas a cada segmento de vulneráveis e minorias não se organiza ao nível de um pragmatismo normativo que aparelhe a execução dos direitos a todas as precisões das carências observadas. No plano dos fatos os desígnios da cidadania não alcançam, assim, o direito à identidade vulnerável embora se afirme, solenemente, o caráter único da personalidade humana.

Convém, trazer, em recorte impressionista do direito de identidade, uma demonstração pragmática como discriminações positivas são úteis a garanti-lo, com critérios aceitáveis de demarcação. É a hipótese do tratamento de gênero verificado pela Lei nº 11.340/2006 como estatuto protetivo da mulher sob violência doméstica e familiar.

O axioma é bastante elucidativo:

A mulher envolvida em um relacionamento íntimo de afeto é sempre vulnerável, para os efeitos da “Lei Maria da Penha” e essa vulnerabilidade revela-se “ipso facto”, por sua condição de mulher, a tanto que irrelevante a sua condição pessoal, a exemplo de ser uma figura pública renomada ou dotada de outros indicativos sociais. Nesse sentido, a presunção de hipossuficiência da mulher é pressuposto da validade da Lei nº 11.340/2006, pressuposto este que “é insito à condição de mulher na sociedade hodierna”.

¹²⁹ Acesso à justiça, prioridades em atendimentos médicos, implementos de prioridade aos necessitados de transplantes de órgãos, diferenciação médica entre emergência e urgência, são exemplos

Esta é a leitura jurisdicional da lei, nos termos de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, tendo por relator uma mulher, a Ministra Laurita Vaz, onde se deixa assente, para os devidos fins legais, que “a mulher é vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos em âmbito privado.”¹³⁰

De fato. O gênero é critério de diferenciação, para dispor sobre a vulnerabilidade, inclusive como categoria de interpretação por técnicas de ponderação em busca de uma teoria de proporcionalidade que, em síntese, sirva à dignidade da mulher em sua tutela máxima de proteção e de interesse.

A doutrina e a jurisprudência vêm prestando a sua devida contribuição, com notas máximas, em construção de um modelo de eficácia da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), e para além disso, nas próprias relações privadas, em admissão da vulnerabilidade da mulher.

A tese nuclear é que no tráfego jurídico, a mulher é sempre vitimizada, por sua condição de mulher, e isto está a se reclamar um novo Estatuto da Mulher, como corolário lógico de todas as políticas públicas em seu favor, como um instrumento dialogal entre os diversos segmentos do direito, sobretudo na responsabilidade civil e não apenas na esfera penal.

Bem de ver que, nesta esfera, já se tem entendido, por exemplo, que institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, entre eles o da transação penal, não se aplicam nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que se trate de mera contravenção penal.¹³¹

A existência de um dever de proteção do Estado, tem se irradiado, portanto, em todo o ordenamento jurídico, diante da posição jurídica vulnerável da mulher, como titulares de direitos fundamentais, ameaçados por parceiros ou terceiros.

Nessa linha, edifica-se, inclusive a tese que assemelha a violência doméstica contra a mulher ao acidente de trabalho, para fins previdenciários.

O PL nº 6.296/2013, em tramitação na Câmara dos Deputados, institui pagamento de auxílio-transitório, em situações de violência doméstica, equiparando seus efeitos aos de acidente de trabalho sofrido, sempre que a mulher se torne vítima do marido ou companheiro. O Auxílio-

¹³⁰ STJ – 5ª Turma, REsp. nº 1.416.580-RJ, julgado em 01.04.2014

¹³¹ STJ - HC nº 280.788-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 03.04.2014.

Transitório Decorrente de Risco Social Provocado por Situação de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher será calculado pela média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo.

Este projeto ¹³² inclui-se dentre as quatorze proposições formuladas pela Comissão Mista Parlamentar de Inquérito que diagnosticou a violência nacional contra a mulher (2013). Altera a Lei nº 8.213/1991 e a Lei “Maria da Penha”, acrescentando novas regras na atual legislação que trata sobre os planos de benefícios da Previdência Social. ¹³³

A inserção na proposta legislativa da figura jurídica do “*risco social*”, provocado por comprovada situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, constituirá, sem dúvida, novo capítulo do direito feminista, importando considerar seu largo espectro nas relações familiares periclitadas por comportamento agressor do cônjuge ou companheiro.

A se reconhecer, como reconhecida, a vulnerabilidade da mulher, em circunstância caracterizadora de “*risco social*”, a tudo configurar uma obviedade jurídico-social para os efeitos do direito, há de se dizer, afinal, em sua exata medida, que o direito e seu discurso jurídico crescem e devem crescer em proporção adequada ao necessário crescimento protetivo da dignidade da mulher, no ambiente doméstico ou fora dele.

Em Portugal, a política criminal de controle e prevenção desse tipo de violência superou a tradição minimalista do direito penal, reformando o Código Penal, com a Lei n. 59/2007, de 4 de setembro. O crime de violência doméstica recebeu categoria delituosa própria, em relação ao crime de maus-tratos, tratados autonomamente, no art. 152, adotando-se políticas públicas e sociais de proteção às vítimas, todas as que integrem o grupo familiar.

Torna-se imperativo, por extrema relevância, destacar que o direito português estabeleceu, com a Lei 112/2009, de 16 de setembro, regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à prevenção

¹³² Aguarda julgamento pelo plenário.

¹³³ A perícia médica do INSS considerará a declaração judicial que reconheça a situação de violência justificada para a concessão de medidas protetivas, bem como os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde ou por perícia realizada pelo Instituto Médico Legal, quando houver, para fins de constatar a ocorrência de nexo técnico entre os fatos e o afastamento do trabalho por risco social.

e à assistência das suas vítimas. O Estatuto de vítima, com atribuição, direitos e cessação, disciplinado no Capítulo IV da mencionada lei, se incorpora ao ordenamento pátrio, com inegável técnica de vanguarda.

Em boa verdade, o que se insere no direito à identidade vulnerável é uma intrínseca proibição de discriminação a essa condição.

Dele, em síntese, é possível extrair que vulnerabilidade como um bem jurídico, deve ser reconhecida com imprescindível significado de direito fundamental, dando-se o tratamento legal de posição equipotente aos demais.

§ 2.12. Identidade póstuma¹³⁴

Embora entenda-se que a morte da pessoa extinga a sua personalidade jurídica (*mors omnia solvit*), a memória daquela, conforme assinala SILVIO ROMERO BELTRÃO, “constitui um prolongamento dos seus direitos da personalidade, como um bem jurídico que deve ser tutelado, merecendo a proteção do Estado”.¹³⁵

É um ciclo do bem da personalidade, que tem início com a concepção, evolui ao longo da vida, acompanha o envelhecimento, culmina com a morte e prossegue com a memorização, na sistematização vista por CAPELO DE SOUSA¹³⁶

Nessa exata latitude, a da transtemporalidade, há de se compreender o direito à identidade póstuma, como um bem autônomo, ou seja, para além da vida da pessoa, na forma como constituído pelo art. 71º, 1, do Código Civil português, expressivo no sentido de que “os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular”. CAPELO DE SOUSA o identifica, afirmando tratar-se de

¹³⁴ JURISPRUDÊNCIA. BRASIL: “Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.” (STJ – 4ª Turma, Recurso Especial nº 521.697 – RJ.)

¹³⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed., 2014, p. 131.

¹³⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. O Direito Geral da Personalidade, Coimbra: Almedina, 1995, pp. 155 e ss.

“personalidade jurídica do falecido, como bem jurídico”, ou seja, bem jurídico do morto porque falecido.¹³⁷

Logo, detecta-se, a nosso entender, ressalva da lei ao termo final da personalidade civil, disposto no artigo 68º do Código Civil português.

O Código Civil brasileiro não contém disposição análoga, apenas cuidando de mencionar que “a existência da pessoa natural termina com a morte” (artigo 6º), implicando dizer que, em casos que tais, os direitos da personalidade civil do morto não cessam com sua morte.

No caso, a proteção da identidade póstuma haverá de ser feita, por quem tenha a legitimação processual, prevista no art. 71º, 1, do CCP, ou seja, “a fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida” (art. 70º, 2).

De fato, aquele dispositivo confere legitimação processual ao cônjuge sobrevivido ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, para as providências antes referidas no nº 2 do artigo anterior. As providências não serão em favor dos legitimados, terão elas a funcionalidade de resguardo à identidade póstuma do falecido. O dispositivo institui “uma regra de solidariedade ativa”

A mesma legitimação processual está prevista no parágrafo único ao artigo 12 do CCB, assinalando que, para efeito de se exigir que cesse a ameaça a direito da personalidade (e reclamar perdas e danos), em se tratando de morto, terá legitimação o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

No que diz respeito, todavia, aos danos causados à memória do morto, tenha-se estarmos diante de uma legitimação material dos herdeiros para a ação de reparação civil que vier ser intentada.¹³⁸

Inoportuno ao trato do tema “memória” como identidade póstuma, referir, aqui, a respeito do dano morte ou da dor moral causada a terceiros pelo evento.¹³⁹

¹³⁷ Obra cit., p. 194.

¹³⁸ SILVIO ROMERO BELTRÃO assinala que “o melhor entendimento dessa questão é o de que existe um único direito à indenização, o qual beneficiará todos os sucessores, seguindo a ordem de vocação hereditária, mesmo que a ação tenha sido promovida por aquele que não é o herdeiro mais próximo”; obra cit., P. 135

¹³⁹ Esse enfoque de distinção do dano morte e a dor moral dele decorrente, para os efeitos da tutela jurídica, é tratado com boa presença na doutrina e maestria por SILVIO ROMERO BELTRÃO, quando coloca: “Apesar do sofrimento daqueles que perdem a companhia de um ente querido, o dano morte incide diretamente no valor vida, o qual é o objeto da tutela jurídica dos direitos da

Posta a questão, nestes termos, os danos “*post mortem*” aos bens da personalidade, cuja preservação interessa à identidade do falecido, tem ocorrência no denso espaço da sociedade da informação, nomeadamente na internet.

Evidenciam-se que os direitos de personalidade em vida, tem enquadramento legal à hipótese da morte, onde a memória do falecido estará vinculada a determinados direitos que em vida foram usufruídos. Nomeadamente, como exemplo, o direito à imagem, na espécie do nº 3 do artigo 79º do CCP. A imagem mortuária do falecido, exposta em funeral, atenta conta a identidade póstuma do morto, salvo se autorizada pela família, que entenda assim não acontecer.

Esse direito de personalidade referido ao defunto tem, em muitos casos, sido desrespeitado, expondo-se na mídia os retratos dos cadáveres ¹⁴⁰, de vítimas ou de celebridades, no estado de sua terminalidade, para além do que razoavelmente possa se entender admissível,

O fato danoso autoriza a exclusão das imagens veiculadas nas redes de comunicação e na imprensa em geral, além de render ensejo à indenização por danos morais aos familiares, por dano reflexo (dano de ricochete).

personalidade e não na dor dos sucessores, como comumente adota boa parte da doutrina e da jurisprudência”; obr. cit., p. 134.

¹⁴⁰ “EMENTA: (...) IV – No caso, mostra-se evidente que, a pretexto da liberdade de imprensa exercida pelos veículos de comunicação das empresas agravadas, ocorre inquestionável violação ou achatamento do que se convencionou denominar de dignidade da pessoa humana, especialmente, ao se expor sem o menor cuidado corpos de pessoas mutiladas, assassinadas, linchadas, etc., inclusive, exibindo à opinião pública o sofrimento dos seus familiares.” (TJPA – 4ª Câmara Cível, Agv. Inst. nº 20083011863-1, Rel. Des. Eliana Rita)

CAPÍTULO III

DIREITOS DE PROTEÇÃO INTEGRATIVOS AOS DIREITOS DE IDENTIDADE

Sumário: § 3.1. O direito à autodeterminação informativa. §3.2. O direito de proteção dos dados pessoais. §3.2.1. Base de dados de saúde. §2.2.2. Base de dados de consumo. §2.2.3. Base de dados de D.N.A. §3.3. O direito de proteção dos dados genéticos. §§3.4. O direito ao esquecimento. 3.5. O direito a comunidade familiar.

§ 3.1. O direito à autodeterminação informativa

A “autodeterminação informativa”¹⁴¹ ou como pode também ser chamada “autodeterminação informacional”, constitui na sociedade de informação um dos novos direitos fundamentais e representa o poder de dispor, com suficiência, de um efetivo controle sobre as informações pessoais que estejam disponíveis.¹⁴²

O direito se acha insculpido no art. 35º, nº 3. da CRP¹⁴³ e sua previsão no texto constitucional, destacado de outros direitos pessoais (art. 26º), configuradores dos direitos de personalidade, com autonomia própria, faz evidenciar a sua magnitude.

¹⁴¹ A respeito do tema: DENNINGER, Ehrard. “El derecho a autodeterminación informativa”. Trad. de Antonio-Enrique Pérez Lúno. In: PÉREZ LUNO, Antonio-Henrique (Ed. Lit.) Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica. Madrid: Tecnos, 1987.

¹⁴² Em alusão às reflexões de STEFANO RODOTÁ (1997), MARIA CELINA BODIN refere que “nas sociedades de informação, como são as sociedades em que vivemos, pode-se dizer que ‘nós somos as nossas informações’, pois que elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam; portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usam significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo”.

¹⁴³ Art. 35º, CRP: “A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”.

Essa autonomia repercute no próprio significado substancial, em plano jurídico da privacidade, quando muitos entendem nela incidir a autodeterminação.¹⁴⁴

A Carta dos Direitos Fundamentais da U.E. (12.07.2000), em seu artigo 8º, reconhece, expressamente, o direito específico à autodeterminação informativa, diferenciando-o do direito à intimidade (art. 7º). Como direito de terceira geração, apresenta-se a autodeterminação informativa como um direito que se destaca em sua autonomia¹⁴⁵, e não necessariamente inerente ao direito fundamental de intimidade.¹⁴⁶

Em bom rigor, o conceito do novo direito foi desenhado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) quando, em decisão de 15 de dezembro de 1983, considerou cabível a autodeterminação informativa a qualquer pessoa, assinalando, como paradigmas condutores, (i) a informação pública pressupor o conhecimento do titular a respeito dela e de sua extensão, (ii) a publicização de uma determinada ou qualquer informação pessoal vincular-se a um interesse público específico.¹⁴⁷

A decisão alemã precursora, de trinta anos atrás, teve por causa determinante a proteção a dados pessoais, pelo viés da proteção do denominado “*direito de reserva à vida privada*”.

¹⁴⁴ No ponto, é o que evidencia STEFANO RODOTÁ, ao assinalar que a privacidade é “o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. (in “Tecnologie e diritti”, p. 122).

¹⁴⁵ A distinção fica mais nítida, com a edição da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000.12/07), quando o seu art. 8º reconhece, expressamente, o direito específico à autodeterminação informativa, diferenciando-o da intimidade (art. 7º).

¹⁴⁶ A propósito, conferir: RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Intimidade como direito da terceira geração e direito à autodeterminação informativa (1.6.) In: Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 261 p., pp. 59-70.

¹⁴⁷ A respeito, MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ reporta importantes premissas do julgado no atinente a construir o reportado direito. CACHAPUZ, MARIA Cláudia. Tratamento à Informação sobre (in) adimplemento e bancos de cadastro positivo: registro, esquecimento e ilicitude. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). O Direito das Obrigações na Contemporaneidade. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 423 p.; pp. 351-365. Conforme pontua, o julgado considerou que: “(...) a autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de agir conjuntamente de seus cidadãos. (...) A informação, ainda quando relacionada a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado.”

Nessa dimensão, foi construído, em primeiro momento, um poder mínimo de tutela, na doutrina e na lei, diante do qual os problemas eram por demais circunscritos a questões mais simples, como a de violação de correspondência ou dados concernentes às operações creditícias, sob o *leit-motiv* (motivo condutor) da proteção de dados.

Toda insurgência, contudo, baseou-se na manipulação dos dados pessoais, com flagrantes riscos ao seu titular em hipótese do desvio de uso das informações tornadas públicas. O assento jurisprudencial ganhou relevo, por condicionar a disponibilidade pública dos dados a um determinado interesse público, cabendo, de regra, a autodeterminação sobre toda e qualquer informação pessoal, no efeito de controle efetivo, porém suscetível de determinados limites ou restrições.¹⁴⁸

Adiante, como sustenta MURILLO DE LA CUEVA¹⁴⁹, diversos julgados europeus, consolidaram o referido direito, em decisões paradigmáticas do Tribunal de Estrasburgo, de 26.03.1987, entre outras.¹⁵⁰

Ao depois, o Tribunal Constitucional português reconheceu o direito à autodeterminação informativa no Ac. 355/97.¹⁵¹

Agora, em tempos de sistemas eletrônicos de dados, em diversos ambientes, inclusive o virtual, operando a sociedade de informação, com classificações e análises, perfis e comparações, seleção e utilização, transferências e interconexões, em conjunto de operações que as novas tecnologias permitem, para os devidos (e indevidos) tratamento de dados, resulta evidenciado que a autodeterminação informativa alcança valor imensurável.

Interessa constituir especial vinculação dos particulares ao direito fundamental da autodeterminação informativa, como dimensão estruturante à garantia desse direito.

Para essa realidade de vínculo, não há negar, importa necessariamente o reconhecimento, em espécie, de um direito fundamental

¹⁴⁸ Cfr. BVerfGE, vol. 65, p. 1 ss.

¹⁴⁹ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. La Constitución y el Derecho a la Autodeterminación informativa. IN: Cuadernos de Derecho Público n. 192, 2000.

¹⁵⁰ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. La Constitución y el Derecho a la Autodeterminación informativa. IN: Cuadernos de Derecho Público n. 192, 2000.

¹⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, vol. 37, p. 7.

de última geração diante da circunstância primacial da repercussão de seus efeitos no direito privado e nas relações entre particulares.¹⁵²

A vinculação dos particulares, neste sentido, pressupõe, de rigor, a correção jurídica que se imponha, por valoração do direito fundamental que deve prevalecer. Sublinha-se, aqui, o exemplo do direito à honra que, constitucionalmente assegurado, vincula o particular, no sentido da funcionalidade de suas relações.

Na magnitude de tal porte, inicia-se uma tendência de *prescritibilidade constitucional vinculatória*, tornando-se expressa, nas constituições, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Situam-se, como primeiros exemplos, a Constituição de Portugal (art. 18.1), da África do Sul (art. 8.2, e da Suíça (art. 35, 5.)

§ 3.2. O direito de proteção dos dados pessoais ^{153 154}

As bases de dados pessoais como bancos de informações disponíveis a terceiros, constituem com a multiplicidade de seu uso, um forte desafio à proteção dos direitos da personalidade, consabido que esses dados, em sua maioria, estão estritamente vinculados à intimidade da pessoa.

Registro, armazenamento, tratamento e transmissão dos dados pessoais colocam as pessoas ali cadastradas com a sua individualidade posta

¹⁵² Tratando do tema: SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 191 p.

¹⁵³ Cfr. Brasil: DONEDA, Danilo. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 61-78. ZANON, João Carlos. Direito à proteção dos Dados Pessoais. São Paulo: Thompson Reuters/Editora Revista dos Tribunais, 2013, 187 p. Cfr. Portugal: VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999; VASCONCELOS, Pedro Pais de, Proteção de dados pessoais e direito à privacidade, in Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 241-253;

¹⁵⁴ LEGISLAÇÃO. A legislação de regência, em boa medida, tem procurado assinalar diretivas e normas compatíveis a garantir a reserva dos dados pessoais, com realce na Diretiva nº 95/46 da Comunidade Europeia. PORTUGAL. (a) A Lei nº 67/98, a Lei de Proteção de Dados Pessoais, transpõe para a ordem jurídica portuguesa, a Directiva 95/46-CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados (art. 1º). No direito inglês, a Lei de Proteção de Dados¹⁵⁴ garante a confidencialidade dos dados disponíveis, cuja transmissão ou acesso estão a exigir “forma justa e equitativa. Neste sentido: NABAS, Vitoria. Confidencialidade de dados no direito inglês. In: MARQUES, Jader. Mauricio Faria da Silva. O Direito na Era Digital. Porto Alegre (BR-RS): Livraria do Advogado Editora, 198 p.; pp. 175-178.

a uma esfera pública, sem limitações prévias ou o necessário consentimento informado. O traço marcante é a formação das bases sem o conhecimento do conteúdo informativo pelo titular da informação ou, mais ainda, sequer, de sua ciência quando a integrar determinada base de dados.

Presencia-se, hoje, o fenómeno da chamada “*Dossier Society*”, “onde os bancos de dados passaram a adquirir um “status” de “bens de mercado”, segundo adverte MORALES PRATS (1984)¹⁵⁵

Em postura propositiva, ALAN WESTIN chega a admitir pelo reconhecimento legal de um “*novo direito de propriedade*” sobre os dados pessoais, tornados em relação ao seu titular como um bem negociável e de valor de mercado, considerando a importância de tais dados.¹⁵⁶

O tratamento dos dados pessoais, na U.E., segue um modelo legislativo tendo como fonte o reconhecimento do direito da autodeterminação informativa, como visto na secção anterior, segundo o qual o titular da(s) informação(ões) detém poder de controle do uso que terceiros possam delas fazer, para além de impedir determinados usos das suas informações pessoais. O consentimento informado é o elemento valorativo para a consagração do controle.

No âmbito da C.E, a Diretiva 95/46 serve a trabalhar pela unificação do tratamento legal de proteção de dados dos países que a integram.

Em Portugal, a primeira proteção legal dos dados surgiu com a lei de 20.04.1991, modificada em 26.10.1998. A Lei portuguesa nº 67/98, tem como princípio geral que “o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais” (art. 2º).

Para os efeitos da reportada lei, os dados pessoais consistem em qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”) (art. 3º, a.), cujo tratamento devem ser feitos “de forma lícita e com respeito pelo princípio

¹⁵⁵ PRATS, Fermín Morales. *La Tutela Penal de La Intimidade. Privacy e Informática*. Barcelona: Ediciones Destino, Colección Nuevo Derecho, 1984.

¹⁵⁶ Referido por Stefano Rodotà. In: *A Vida na Sociedade da Vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: 2008, p. 153.

da boa fé” (art. 5º, 1.a.), uma vez “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades.” (art. 5º, 1.b.).

No Brasil, inexistente um Estatuto de Dados Pessoais, que consagre em único instrumento normativo, a proteção dos dados como direito personalíssimo, segundo um princípio de finalidade no tráfego das informações indispensáveis a determinadas relações e conforme a tutela máxima da dignidade.

Similarmente, ante a inexistência de uma lei específica, fragmenta-se a legislação para cuidar de temas esparsos, a exemplo das Leis nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), estabelecendo o seu art. 43 § 2º o dever de se comunicar ao consumidor, por escrito, a abertura de cadastro de dados pessoais, quando não solicitada por ele consumidor; nº 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica); nº 9.507/1997 (Lei do Habeas Data); e nº 105/2001 (Lei Complementar da Quebra de Sigilo Bancário).

§ 3.2.1. Base de dados de saúde

Os dados pessoais relativos à saúde da pessoa têm o seu processamento limitado às situações relacionadas à prevenção, diagnóstico e tratamento médicos, prestação de assistência de saúde ou gestão de tais serviços, sempre sob a égide do sigilo profissional e em regime de confidencialidade.

O processamento das informações de saúde está a exigir severo controle, dentro do amplo contexto das bases de dados, a saber tratarem-se de “*dados sensíveis*”, como tais denominados aqueles de caráter manifestamente íntimo, com desafio à vida privada do seu titular.

§ 3.2.2. Base de dados de consumo

As bases de dados de consumo, embora sem disciplina legal exauriente, são referidas pelo parágrafo 4º do art. 43 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), conferindo aos arquivos natureza de entidades de caráter público. Assinala-se que estas bases se destinam a organizar o perfil do consumidor, especialmente à idoneidade creditícia.

§ 3.2.3. Base de dados genéticos

O perfil genético de uma pessoa pode ser armazenado em base de dados para a identificação do ADN a permitir uma tecnologia automatizada de reconhecimento por marcadores digitais. A técnica de identificação da pessoa é denominada *DNA-fingerprint*, constituída como uma impressão digital genética. Seu emprego contribui, decisivamente para (i) a afirmação de origem na fixação relacional de vínculo biológico entre pais e filhos biológicos; (ii) o reencontro de familiares (iii) o resgate de crianças roubadas e (iv) as soluções imediatas e seguras nas investigações criminais.

Antes, os dados genéticos cumpriam, apenas, o decisivo papel de desate identificador às paternidades atribuídas na busca do reconhecimento do pai, pelos filhos havidos de relações fora do casamento.

Presentemente, a criação de bases de dados de ADN para comparação de perfis em genética forense, no domínio das apurações criminais; disponíveis à identificação criminal e civil e, sobretudo, úteis para a valoração das informações genéticas, a nível dos interesses da ciência e da cidadania, incide como um importante capítulo avançado da sociedade da informação.¹⁵⁷

O sistema normativo tem, agora, a prontidão de oferecer tratamento legal à criação de base de dados genéticos, em seus fins próprios e adequados, ponderados os seus usos.

Em Portugal, a Lei nº 05/2008, de 12 de fevereiro, aprovou a criação de uma Base de Dados de Perfis de ADN para Fins de Identificação Civil e Criminal.¹⁵⁸

Nos Estados Unidos, a base “*Combined DNA Index System*” – CODIS, é gerida pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI), dispondo de milhões de perfis genéticos, inclusive de pessoas condenadas.

¹⁵⁷ Não custa lembrar que, do mesmo modo que a classificação dos tipos de impressão digital, nas suas linhas, curvas e espirais, feita pelo antropólogo inglês Francis Galton (1892) vigora até hoje; o DNA (ácido desoxirribonucleico) como espiral da vida, na sua forma de dupla hélice, em espiral, descrito por James Watson e Francis Crick (1953), também vigora determinante e definitivo como código digital genético em individualizar a pessoa. Demais disso, as pesquisas do geneticista Alec Jeffreys foram influentes ao atual processo.

¹⁵⁸ As primeiras bases de dados genéticos foram criadas nos EUA (“*Combined DNA Index System*” – CODIS, em 1994) e no Reino Unido (“*National DNA Database*” – NDNAD, em 1995). Seguiram-se muitas outras, a exemplo das criadas na Alemanha (1998), França (2001), Bélgica (2002) e Espanha (2007), com respectivas leis que estabeleceram seus regimes jurídicos.

MADALENA BOTELHO considera de extrema valia humanitária e de saúde pública, a criação de uma base de dados, contendo perfis de ADN de toda a população, de carácter universal, enumerando seus inúmeros benefícios, especialmente em catástrofes naturais.¹⁵⁹

Em linha igualmente propositiva, cremos que afigurar-se-á também factível, que a identificação pelo DNA possa ser, em futuro muito breve, uma tecnologia biométrica de reconhecimento, a permitir, com notável e amplo espectro, bases avançadas de dados de ADN. Em menos palavras, um banco de dados de perfis genéticos, sob controle biométrico, contribuindo para uma abreviada identificação, como elemento marcante de dignidade, em direitos fundamentais de primeira ordem.

Cogitável, pois, serem aplicadas técnicas de biometria como sistema de leitura da pessoa, a exemplo das impressões digitais, reconhecimento da face, identificação pela íris e os reconhecimentos pela retina, voz ou assinatura, etc. Anota-se que aquele primeiro sistema - onde as digitais gravadas têm suas imagens armazenadas em banco de dados para futura comparação por leitores biométricos ópticos - tem agora, na justiça brasileira, sua aplicação no sistema eleitoral de identificação e votação dos eleitores.

A biometria significa, antes de mais, a medida da vida¹⁶⁰, afigurando-se adequado possa ser empregada em bases de dados de ADN.¹⁶¹

Tomemos, então, exemplo de uma região comunitária, um determinado “*habitat*”, onde todos os nascidos tenham, a par da identificação do tipo sanguíneo e do fator Rh,¹⁶² as marcações digitais do DNA já armazenadas em bases de dados para efeito de futuras comparações

¹⁵⁹ MADALENA BOTELHO, Marta Maria Maio. Utilização das técnicas de DN no ÂMBITO Jurídico. Em especial os problemas jurídico-penais da criação de uma Base de Dados de ADN em Portugal. Coimbra: Almedina, 2013, 301 p.

¹⁶⁰ Do grego, bios – vida, metron - medida: bio + metria.

¹⁶¹ A biometria tem servido a controles de ponto, regulação de acesso, identificações criminais e agora, ao serviço eleitoral, utilizando os padrões pessoais, sem que isso tenha maiores implicações éticas de uma sociedade vigiada.

¹⁶² A propósito, em nosso país, o artigo 2º da Lei nº 9.049, de 18.05.1995, dispõe que “poderão, também, ser incluídas na Cédula de Identidade, a pedido do titular, informações sucintas sobre o tipo sanguíneo, a disposição de doar órgãos em caso de morte e condições particulares de saúde cuja divulgação possa contribuir para preservar a saúde ou salvar a vida do titular”. Nessa toada, diversas leis estaduais tornaram obrigatórios os dados.

de compatibilidade genética. A comunidade disporia, então, de amostras do ser humano de cada um habitante seu, a nível genético (marcadores do DNA), com tecnologia suficiente a permitir, como aliás a biometria já controla, a mensuração unívoca da pessoa, no alcance de não apenas distingui-la, mas a de compará-la com outrem, no plano parental da consanguinidade ou em outros de utilização científica, de interesse humanitário. Essa utilização de tecnologia genética, com fins de identificação, proporcionará inúmeros benefícios sociais, dentre eles uma resposta penal segura à autorias delitivas¹⁶³

Como se disse alhures, “o corpo é a senha” e um banco de dados de DNA, desse nível, poderá ser a senha para o desfecho de muitos fatos da vida, afirmando a identidade genética e, sobretudo, o mundo mais próximo de suas verdades.

§ 3.3. O direito de proteção dos dados genéticos

A informação genética¹⁶⁴ se revela como a mais significativa fonte de informação de dados de uma pessoa, por apresentar-se, em seu conteúdo, como a própria gênese da pessoa, enquanto individualmente considerada, o que realça o mais expressivo direito de personalidade, na esfera da intimidade.

O conhecimento da informação, ditado pelos avanços de tecnologia de ponta, nessa área,¹⁶⁵ sugere as implicações, a saber:

(i) a *autodeterminação informativa*, consistindo no primeiro elemento determinante de proteção a esses dados genéticos, por constituir direito da pessoa a reserva e o controle da informação genética;

¹⁶³ A mesma tecnologia avançada para a identificação pessoal leva a considerar pela conveniência, adequação e oportunidade do uso biométrico às análises do DNA. O registro dos dados de DNA constituiria, sem dúvida, uma fonte de informação indispensável às soluções mais urgentes de interesse público, a saber, nomeadamente, da jurisdição de família, quando em averiguação judicial de paternidades sonegadas. Noutro ponto, na procura e identificação de pessoas, em liames parentais.

¹⁶⁴ A respeito do tema: RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Intimidade genética (4.). In: Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 261 p., pp. 177-223. SÁNCHEZ URRITA, Ana Victoria. Información genética, intimidad y discriminación. In: Acta Bioethica, vol. 08, n. 2, Santiago do Chile, 2002, UNESCO. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004).

¹⁶⁵ Destaca-se, com inegável proeminência, o revolucionário “Projeto Genoma”, em decifração do código genético humano, com o total mapeamento genético da pessoa, importando na mais significativa evolução de pesquisas científicas nessa área.

(ii) a *característica transindividual*, representativa do efeito que dela se extrai, no que significa o interesse superior coletivo, além da pessoa titular dos dados genéticos. A esse propósito, “as provas genéticas transcendem o limite do indivíduo e podem atingir a toda uma coletividade, mas em especial à família daquele que propicia a informação genética (RODRÍGUEZ, 2008)¹⁶⁶, mais precisamente, “*cuando se trata de pruebas genéticas, no es el paciente individual, sino la familia*” (HOTTOIS, 1999)¹⁶⁷.

Há que colocar em destaque o direito de reserva aos dados genéticos como um direito de prevenção, como sucede ocorrer com os testes genéticos, no que diz ao sigilo da identidade genética, a inibir o uso distorcidos das informações, com proveito alheio aos interesses do detentor do genoma.

Esse direito se estende consideravelmente ao anonimato do dador de sêmen, nas inseminações artificiais heterólogas e nos projetos parentais, divergindo a legislação europeia quanto a essa garantia de anonimato, ante a consideração singular d eventuais necessidades de terapias gênicas.

Doutra banda, inegável que a decifração do genoma, pelo seu conhecimento exauriente, veio conduzir à informação totalizante da constituição genética da pessoa, a permitir-lhe uma precisa identidade genética, claro se percebe que o direito à proteção dos dados coloca-se em diversas incidências de caso, que a lei não regula de forma exauriente.

¹⁶⁶ RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 261 p., p. 181.

¹⁶⁷ Referido por RODRIGUEZ, obr. cit. HOTTOIS, Gilbert. Información y saber genéticos. In: Revista de Derecho y Genoma Humano, 11.07.1999.” Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano”, p. 36.

§ 3.4. O direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento pressupõe que a vida pretérita e seus erros ali por ventura habitados sejam preservados nos umbrais do passado, não interessando senão a quem os viveu, na intimidade dos fatos. Quando as fotos do escritor Alexandre Dumas, com uma jovem atriz americana trinta anos mais jovem, foram publicadas, ocasionando escândalo na velha Paris de 1867, um tribunal francês, a seu pedido, determinou que o autor das imagens as vendesse de volta. Estava ali sedimentada a prevalência do direito à privacidade sobre os direitos de propriedade.¹⁶⁸ É o *droit d'oubli*, concebido, inicialmente, pelo direito francês.

O mesmo sucedeu, em julgamento pelo Tribunal de Paris, onde se deferiu pedido da atriz alemã Marlene Dietrich, admitindo-se que “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida.”¹⁶⁹

O direito ao esquecimento¹⁷⁰, *diritto all'Oblio* para os italianos, constitui uma garantia ao exercício incólume de privacidade da vida pessoal

¹⁶⁸ Ao tratar do tema, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR recolhe, com interessante pesquisa, fatos da Literatura e da História, servindo de exemplos da força simbólica dos dados pessoais, como instrumentos de controle, aniquilamento e sujeição, personagens e sinais para não deixar de ser esquecido determinado fato: a) Milady de Winter, a vilã de “Os Três Mosqueteiros”, com sua tatuagem a servir de registro de sua condenação criminal; b) Hester Prynne, a puritana da América do séc. XVII, de “A Letra Escarlate”, romance de Nathaniel Hawthorne, onde a letra como símbolo costurado em suas vestes servia de sinal para não deixar no passado sua condição de adúltera. Coincidentemente, Alexandre Dumas é o autor da primeira personagem.

¹⁶⁹ O julgado é referido por RENÉ ARIEL DOTTI (1980), como “uma das pedras fundamentais para a construção do reconhecimento doutrinário do direito ao esquecimento” (In: “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”, São Paulo: Editora RT, 1980, p. 92.)

¹⁷⁰ Referências: ABRUSIO, Juliana. O Direito ao Esquecimento na Internet e a (Im)Possibilidade de Recomeçar.; in Revista do CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. Anuário 2013, São Paulo: Ribeirão Preto (SP): Migalhas, 2013, 158 p.; pp. 17-26; ABRUSIO, Juliana. Direito ao Esquecimento na Internet. In: Messa, Ana Flávia. Theophilo Neto, Nuncio.Theophilo Júnior, Roque (Org.) Sustentabilidade Ambiental e os Novos Desafios na Era Digital, 1ª ed., São Paulo (Sp): Editora Saraiva, 2012, p. 213. AIETA, Vania Siciliano. O direito ao esquecimento (4.4.5.g. - pp. 141-143). In: A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, 395 p.; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e Mídia; São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 158-183. COSTA, André Beltrão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e Mídia; São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 184-206.

e apresenta, como seu núcleo específico, a não violação de memórias que constituem o patrimônio pessoal da pessoa.¹⁷¹

Um dos primeiros julgados, nos Estados Unidos, cuidando da tutela do direito ao esquecimento (*right to be forgotten*) ocorreu no caso “*Melvin v. Reid*” (1931) quando o Tribunal de Apelação da Califórnia, EUA, reconheceu em favor de Gabrielle Darley Melvin, uma ex-prostituta, o direito de ter a salvo sua nova vida, digna e honrada, adquirida pelo casamento que lhe devolvera o prestígio social. A produtora de cinema, Dorothy Davenport Reid, realizara um filme (“*Red Kimono*”) sobre sua vida pregressa, inclusive sobre a sua acusação por homicídio, em 1918, da qual inocentada; difundindo fatos não que mais deveriam obter divulgação ou publicidade. Anota-se que foi o marido, Bernard Melvin, quem promoveu a ação, buscando a reparação civil por violação à privacidade do cônjuge.¹⁷²

À falta de uma legislação que o positivasse, o direito vem sendo construído pela jurisprudência de vários países, como os julgados precursores.

Em Portugal, o artigo 80º do seu Código Civil, ao cuidar do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, no rigor do n. 1, trata, em verdade, de dever imposto a todos quanto à intimidade de outrem, acentuando no n. 2, que a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. De conceito juridicamente indeterminado, enxergamos que o direito de olvidar poderá nele ter assento, sob o pálio, ademais, da Constituição Federal quando tutela a dignidade da pessoa, em todas as suas expressões.

No Brasil, o direito ao esquecimento foi consagrado perante o Superior Tribunal de Justiça, em dois acórdãos-paradigmas nos julgamentos dos Recursos Especiais nºs. 1.334.097-RJ e 1.335.153-RJ, ambos relatados pelo Min. Luís Felipe Salomão. A principiologia certa adotada foi a de se reconhecer, mercê da publicização do direito privado e da chamada constitucionalização do direito civil (STJ – 1.183.378-RS) encontrar-se aquele

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 03-28.

¹⁷¹ “O direito ao esquecimento se configura como um derivado aperfeiçoado do direito à intimidade” (AIETA, 1999).

¹⁷² Curiosamente repete-se, neste caso, por iniciativa do marido, a defesa da existência de um “right to privacy” (direito à privacidade) que antes SAMUEL WARREN, em artigo publicado na Harvard Law Review (12/1890) sustentou em favor dos direitos de sua esposa.

direito sob forma protetiva ao princípio da dignidade humana e reconhecido pelo “direito de não ser lembrado, contra sua vontade”.¹⁷³

As ponderações dos interesses, nos respectivos julgados, tiveram como pano de fundo (i) “uma nova realidade social, ancorada na informação massificada (ii) a ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados e, sobretudo, (iii) a questão da perenização de informações pessoais em poder de terceiros.

Especificamente, pondera-se que sua aplicação está no próprio respeito à vida privada e aos ditames da dignidade, sob a “*justa medida temporal*” a que o direito objetiva.¹⁷⁴ Nessa esteira, o Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, deixou assente em seus votos, em termos de instrumental jurídico, que o tempo estabiliza o passado por institutos jurídicos conhecidos¹⁷⁵ e, em razão disso, o passado não pode resultar perenizado.¹⁷⁶

Bem de ver que olvidar certos fatos tem significação jurídica, de há muito, através de outros institutos jurídicos, como os de reabilitação penal ou de recuperação creditícia.

O Código de Processo Penal (artigo 748), com lastro no instituto da reabilitação penal previsto no artigo 93 do Código Penal garante ao reabilitado o sigilo de registro das condenações criminais, e por analogia, com inteira identidade de razões, a exclusão dos dados relativos a sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados, em bases existentes.¹⁷⁷

A doutrina do direito ao esquecimento ganhou destaque no Enunciado 531 na VI Jornadas de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal do STJ:

¹⁷³ No primeiro caso, o interesse direto foi de acusado de participação na Chacina da Calendária, em 1993. Designadamente, no segundo reportado julgamento, foi reconhecido no célebre “Caso Aída Curi” o direito ao esquecimento como de interesse da família da vítima, sobre fatos acontecidos há quase sessenta anos antes.

¹⁷⁴ Referido por François Ost, em “O Tempo do Direito”, trad. Élcio Fernandes, Bauru (SP); Edusc, 2005, p. 38.

¹⁷⁵ Como os da (i) prescrição e (ii) decadência, (iii) perdão (iv) anistia, (v) irretroatividade da lei e (vi) respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada,

¹⁷⁶ Analisando as decisões, JULIANA ABRUSIO sublinha, com propriedade, que o STJ, com muita sensibilidade, reconheceu que na sociedade atual prepondera uma “uma percepção invertida dos fatos”: “antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidente absolvido.” In: O Direito ao Esquecimento na Internet e a (im)Possibilidade de Recomeçar”; CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, 2013, pp.18.

¹⁷⁷ STJ - 5ª Turma, REsp. nº 443.927-SP; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 10.06.2003; seguindo-se outros julgados na mesma linha.

“A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”¹⁷⁸

Por outra visada, o direito ao esquecimento recebeu nova contribuição importante, nos escritos de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR, quando, inclusive, rememora a sua construção doutrinária no país, há vinte anos, com os estudos de Edson Ferreira da Silva (1993) Luís Alberto David Araújo (1996), Sidnei Agostinho Bennetti (1994), Têmis Limberger (2002) Carlos Afonso Pereira de Sousa (2004), Anderson Schreiber e Paulo R. Khouri (2009).¹⁷⁹

Ele enfatiza que a memória coletiva dos erros humanos não mais está na imprensa ou nos livros de História e de Literatura; repousa, sim, na internet, como forma de propagação e de perpetuação. Diz-nos, então: “O amargor da leitura quase eterna daqueles escritos, facilmente recuperáveis em qualquer motor de busca, tem o gosto ruim da fealdade humana”.¹⁸⁰

O tema readquire, agora, maior relevância jurídica, quando em 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia, por seu órgão pleno, determinou que o Google Spain, como provedor de busca da internet, removesse os resultados de pesquisa referentes à pessoa do advogado espanhol Mario Costeja Gonzáles. Ele houvera quitado dívida de seguridade social, evitando que seu apartamento fosse levado à hasta pública. No entanto, o anúncio do leilão, desde 1998, em página do jornal “La Vanguardia” continuava acessível em pesquisa de dados sobre seu nome.

O acórdão do tribunal da comunidade europeia¹⁸¹ emanou da Diretiva nº 95/46, em seu artigo 1º, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a eliminação dos obstáculos à livre circulação desses dados. Nesse conduto, os fundamentos da decisão, alinhados em quatro itens, foram no efeito de supressão da lista de resultados da pesquisa dos dados daquela informação, obtida nos motores de busca, ao

¹⁷⁸ Justificativa do Enunciado: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vem-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.”

¹⁷⁹ Consultor Jurídico, 27.11.2013. Web: www.conjur.com.br

¹⁸⁰ Idem, 11.12.2013

¹⁸¹ Texto completo na Web:

http://curia.europa.eu/juris/document/document_orint.jsf?jessionid+9ea7df130de3fb...

entendimento de o provedor de pesquisa ao produzir a lista trata, efetivamente, dos dados pessoais disponibilizados na Web.

A decisão importou, antes de mais, consagrar o direito de autodeterminação informativa à deleção dos dados, não mais contemporâneos ou de interesse, ou seja, o direito à desindexação dos dados perante os motores de busca¹⁸². Embora possa, em última análise, significar o *derecho al olvido* na rede, a corte europeia no julgamento da questão posta, colocou sob primazia o *derecho de borrar datos*.¹⁸³

A todo rigor, como acentuam OTAVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR¹⁸⁴ e DEMOCRITO REINALDO FILHO¹⁸⁵, estamos diante do *right to easure* (direito de apagar dados) ou do “*direito de desindexação*”

Destarte, o elemento temporal em caracterização do direito é um dos aspectos mais importantes, a tanto referindo-se VIANA AIETA que é imperativo “saber o destino das informações desatualizadas”, e “avaliar o tempo de utilização desses dados em confronto com o direito ao esquecimento”.¹⁸⁶ Há uma nítida relevância do elemento temporal em caracterização do direito.

A decisão europeia é paradigmática e deve ser interpretada na sua dimensão universal, para todas as extensões do Google, em suas ferramentas de busca acessadas dentro da comunidade europeia, e não apenas no país de origem do autor.

Afinal, a desconsideração dos conteúdos, sob a égide da correção dos dados pessoais, desindexando-os dos resultados de buscas, reconhecido a

¹⁸² Nesse sentido, ganha relevância a coleta de dados sob informações desatualizadas e de tal efeito, inconsistentes, porquanto não conjugadas com a devida correção temporal. A compilação defasada será destituída do interesse maior que a justifique mantida ou indexada.

¹⁸³ DEMOCRITO RAMOS REINALDO aponta que o “pronunciamento da corte europeia tem verdadeiro valor universal, na medida em que criou um autêntico e consistente direito de cidadania digital, ao submeter a atividade dos motores de busca na Internet ao devido equilíbrio entre o direito público de conhecimento e distribuição da informação e o direito dos indivíduos ao controle sobre seus dados pessoais”. In: Jus Navigandi, nº 4039. Web: <http://jus.com.br/artigos/30429/>

¹⁸⁴ Consultor Jurídico, 28.05.2014 – www.conjur.com.br/2014-mai-28/

¹⁸⁵ DEMOCRITO RAMOS REINALDO aponta que o “pronunciamento da corte europeia tem verdadeiro valor universal, na medida em que criou um autêntico e consistente direito de cidadania digital, ao submeter a atividade dos motores de busca na Internet ao devido equilíbrio entre o direito público de conhecimento e distribuição da informação e o direito dos indivíduos ao controle sobre seus dados pessoais”. In: Jus Navigandi, nº 4039. Web: <http://jus.com.br/artigos/30429/>

¹⁸⁶ AIETA, Vania Siciliano. O direito ao esquecimento (4.4.5.g.). In: A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 218.

seu titular esse direito de autodeterminação, combina com o resultado útil da aplicação prática do “direito ao esquecimento” ou “o direito a ser esquecido”.

§ 3.5. O direito à comunidade familiar

Há um exercício concomitante da identidade familiar, como direito personalíssimo da pessoa, enquanto membro de família, com o “*direito comunitário de família*”, ou “*à comunidade familiar*” oriundo do princípio geral de proteção da família, e esse direito tem sido construído, como concretude de uma jurisdição inclusiva, pelo tratamento da jurisprudência firmada pelos tribunais europeus e brasileiros.

Tem-se à colação, na jurisprudência portuguesa, o acórdão paradigma nº 275/2002 do Tribunal Constitucional de Portugal, proporcionando, às expressas, a ideia exata do direito manifesto, tendo como relator o Conselheiro PAULO MOTA PINTO:

“(…) já se não encontra justificação atendível para a desprotecção da família não fundada no casamento, que resultaria da proibição de consideração dos danos não patrimoniais sofridos pela pessoa que convivia em união estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, com a vítima de um homicídio doloso, menos ainda será divisável tal justificação no actual normativo, considerando o gime de protecção da união de facto actualmente em vigor, previsto na Lei n.º 7/2001”.¹⁸⁷

Na jurisprudência brasileira, os avanços têm o mesmo cariz:

(i) ascendentes e sua prole integram um núcleo inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte, para além do núcleo familiar estrito, constituído pela família imediata – viúva e filhos (STJ – REsp. 1.095.762-SP);

¹⁸⁷ O objeto do recurso foi, “a apreciação da conformidade com a Constituição do artigo 496º, n.º 2 do Código Civil, na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui a atribuição de um direito de “indenização por danos não patrimoniais” pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges’. Mais precisamente, sobre a alegada inconstitucionalidade da interpretação do artigo 496º, n.º 2 do Código Civil, sobre as razões em concreto pelas quais um casal em “união de facto não tem, relativamente aos casamentos constituídos no plano dos direitos civis/católicos os mesmos direitos. Conferir a íntegra do acórdão em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020275.html>

(ii) o devedor, possuindo famílias simultâneas, não pode ter penhorados imóveis seus que sirvam, em respectivo, às suas famílias (STJ - 3ª Turma, REsp. nº 1.126.173-MG), nada obstante o mesmo tribunal superior não esteja reconhecendo, como entidade familiar, as relações concubinárias não eventuais (STJ - REsp. nº 1.096.539).

(iii) a comunidade familiar não está delineada em núcleos fechados, alcançando sob a influência da identidade afetiva pessoas outras que estejam ligadas, iniludivelmente, a esse direito comunitário, por razões a exemplo de irmãos, tios e sobrinhos.¹⁸⁸

¹⁸⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE IRMÃO EM DECORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO. ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO. SUFICIÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR. LAÇO AFETIVO PRESUMIDO. ARTIGO ANALISADO: 333, CPC. 1. Ação de compensação por danos morais c/c indenização por danos materiais ajuizada em 05/10/2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 21/08/2013. 2. Controvérsia centrada em determinar se cabe aos irmãos de vítima fatal de acidente de trânsito, para fazerem jus à compensação por danos morais, o ônus de provar a existência de anterior vínculo afetivo com o irmão falecido. 3. Se ordinariamente o que se verifica nas relações entre irmãos é o sentimento mútuo de amor e afeto, pode-se presumir, de modo relativo, que a demonstração do vínculo familiar traz ínsita a existência do laço afetivo. Como corolário, será de igual forma presumível que a morte de um acarrete no irmão supérstite dor, sofrimento, angústia etc. 4. Assim sendo, se a relação familiar que interliga irmãos é presumidamente estreita no tocante ao vínculo de afeto e amor e se, igualmente, desse laço se origina, com a morte de um, a dor, o sofrimento, a angústia etc. nos irmãos supérstites, não é razoável exigir destes prova cabal acerca do vínculo afetivo para efeito de comprovação do dano alegado. 5. Na espécie, portanto, não é atribuível às irmãs postulantes o ônus de provar a existência de anterior laço afetivo com a vítima, porque esse vínculo é presumido. Basta a estas, no desiderato de serem compensadas pelo dano moral sofrido, comprovar a existência do laço familiar para, assim, considerar-se demonstrado o fato constitutivo do direito alegado (art. 333, inc. I, do CPC). 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1405456 RJ 2013/0231502-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2014) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE ENTE FAMILIAR. QUANTUM RAZOÁVEL. AGRADO DESPROVIDO. "A indenização por dano moral decorrente de morte aos familiares da vítima é admitida por esta Corte, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários-mínimos. Precedentes." (AgRg no REsp 976.872/PE, Relatora a eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 28/2/2012) 3. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, em se tratando de responsabilidade derivada de relação contratual, como na hipótese, os juros de mora são devidos a partir da citação. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 514556 SP 2014/0105266-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 16/09/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/10/2014)

A questão do primeiro acórdão suscita tema controverso em doutrina: por morte da vítima a quem se atribui o direito à indenização, na comunidade familiar, se em conjunto ou individualmente.

O artigo 496º do CCP, logo afirma:

“(Danos não patrimoniais).

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e por último, aos irmãos e sobrinhos que os representem.

(3.....)

(4.....)”

No direito brasileiro, não existe dispositivo semelhante, a tratar da ordem de preferência à reparação civil pelo dano moral causado em pessoa da família, preferindo uns ou excluindo outros.

Em verdade, a dor se faz também solidária, e espelha, de forma trágica, o direito lesado à comunidade familiar, que é cogente à identidade familiar, admitindo os vínculos da pessoa a esse grupo familiar, no plano afetivo e, destarte, na esfera da responsabilidade civil.

Em outra latitude, uma nova ordem jurídica coloca-se ao encontro das situações parentais mais diversas, onde a família apresenta-se como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.”

Esse conceito de família, o primeiro que se conhece ofertado pelo ordenamento jurídico nacional é o contido na Lei nº 11.340/2006 (artigo 5º, II) e no ponto, faz acrescentar o elemento da “vontade expressa” como novo liame familiar-parental, no plano civil. Esse significante tem sua precisão cirúrgica, definindo outros vínculos que não os meramente biológicos.

Segue-se, então, expressar, nitidamente que o direito à comunidade familiar significa o pertencimento, em níveis de protagonismo jurídico e afetivo, no plano da existência familiar.

CAPÍTULO IV

UM CATÁLOGO PROPOSITIVO DE ILICITUDES CIVIS DE CONDUTA À DIGNIDADE DA PESSOA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Sumário: §4.1. Os bens jurídicos tutelados e a incidência de novas violações a dos atos ilícitos em face dos direitos identitários: as ocorrências fáticas e suas repercussões jurídicas. §4.2.1. Os conteúdos ofensivos. A emissão discursiva. §4.2.2. Os fakes, criação de perfis falsos. §4.2.3. O profiling em formação de perfis estruturados. §4.2.3. O hate speech virtual. §4.2.4. A dataveillance, em quebra de privacidade dos dados estruturados (“Mega Data”). §4.2.5. O remember digital, pela disponibilidade de informações não contemporâneas e adversas à identidade atual da pessoa. §4.2.6. O cyber-stalking, assédio ou importunação digital. §4.2.7. O cyber-bullying. §4.2.8. O flaming e o trolling, como espaços indutores de violação de direitos e de violência. §4.2.9. O sexting, em uso revanchista. §4.2.10. O false light in public eye. §4.2.11. O spoofing, em utilização de IP falso. §4.2.12. O mirror, como técnica em fins ilícitos. §4.2.13. Os genetic testing e genetic screening, como discriminações genéticas

§ 4.1. Os bens jurídicos tutelados e a incidência de novas violações a direitos, como tipos autônomos de ilicitude.

A enunciação de ilicitudes, em catálogo propositivo de atos ilícitos emergentes na sociedade da informação marcadamente materializada pelo uso da Internet, é de fácil constatação e impõe-se ser feita sob a premissa de que devam constituir tipos autônomos de ilicitude, no plano cível e na esfera penal.

É correto pensar que todas as ilicitudes civis estão contempladas, em bom rigor, no amplo espectro do artigo 186 do Código Civil brasileiro e no artigo 483º do Código Civil português. Entretanto, ao tempo que a lesão da conduta assume determinada tipicidade, bem é pensar que a específica violação a direito, diante dos bens jurídicos tutelados (v.g. dignidade, reputação, intimidade) adquira a sua autonomia, de modo a estabelecer o caráter objetivista da sua própria configuração

lesiva, rendendo ensejo não apenas ao seu tratamento legal e doutrinário conforme, como à funcionalidade tutelar do direito com seus mecanismos preventivos ou sob a devida reparação civil.

Em outras palavras, a descrição de condutas que evidenciam práticas ilícitas na moderna sociedade da informação, deve implicar a ênfase necessária por expressa enunciação, como lesões características aos novos direitos também exsurgentes da atual realidade tecnológica, como anteriormente referidos. Ofensas à intimidade ou à reputação, nesse âmbito, são ilicitudes que adquirem, na sociedade informática, novos graus de lesividade, com tipicidades e extensão diversas, importando, em razão disso, diferenciações a que se devam atribuir as devidas valorações para os efeitos de doutrina de imputação e reparabilidade. Impede, portanto, sublinhar a relevância jurídica que os atos ilícitos adiante descritos apresentam em estreita correção com determinado direito da personalidade.

Percebe-se, com nitidez, que a classificação dos atos ilícitos praticados na sociedade da informação, ou, ainda mais especificamente, na Internet, é uma classificação aberta, figurando seu principal enfoque no acesso e manipulação dos dados e na manipulação de programas.

§ 4.2. Em busca de uma catalogação mínima de atos ilícitos em face dos direitos identitários: as ocorrências fáticas e suas repercussões jurídicas

Certo que o valor aglutinante dos direitos identitários, antes alinhados, no Capítulo II, é o princípio fundamental da dignidade humana, impõe-se determinante observar, de conseguinte, para efeito da defesa daqueles direitos, que a cada um deles, corresponderá uma potencialidade de dano, por infringência ao direito devido, mediante conduta ilícita articulada em quebra da ordem jurídico-positiva que os amparam.

Tal ocorrerá em determinadas situações atípicas que, não se pode negar, dependerá do seu reconhecimento a enquadrá-la como ilícito civil específico. A maioria das ilicitudes civis situam-se no âmbito da sociedade da informação em via virtual, enquanto outras, em mesma conformidade das tecnologias avançadas, estão intrinsecamente ligadas à uma dimensão específica da pessoa, enquanto ser social, familiar,

vulnerável, entre outras posições que o colocam como sujeito de muitos direitos.

Ainda, será de todo conveniente uma catalogação mínima das ilicitudes, em suas características, a ordenar uma adequada instrumentalidade para controle e reprimenda.

Proclamar tal catálogo, como uma das propostas do presente trabalho, será evoluir a vislumbrar a autonomia de tratamento dos ilícitos e aprofundar acerca dos remédios adequados à proteção de alguns direitos de identidade.

§ 4.2.1. Conteúdos ofensivos. A emissão discursiva.

Ao catálogo das principais violações aos direitos da personalidade, nomeadamente ao direito à identidade pessoal, cujo escopo finalístico é a sua incolumidade posta sob ameaça na sociedade de informação, tenha-se, antes de mais, que as ilicitudes civis de conduta à dignidade humana mais frequentes ocorrem na Internet, sendo certo pensar com João Fachana, tratar-se de “um local por excelência apto a violar a reserva da intimidade da vida de uma pessoa”.¹⁸⁹

Em preâmbulo do tema, diz-nos JOÃO FACHANA, para efeito da incidência do art. 80 do Código Civil português (e do art. 185 do Código Civil brasileiro,) tratar-se a norma de conteúdo variável, portanto, aberto e indeterminado, com averiguação tópico- casuística, e nesse viés, acompanhando LOUIS BRANDEIS pondera que “(...) além da própria noção de vida privada ser, em certa medida, dependente do indivíduo, é também função das valorações de cada formação social.”¹⁹⁰

Assim, não há negar que as potenciais violações de direitos são principalmente causadas por difusão de conteúdos ofensivos, afigurando-se, daí, com inteira pertinência, essa prática como primeira ilicitude civil à presente análise. É chamada a depor com suas características de índole depreciativa, prejudicial à honra, decoro e reputação da pessoa, em sua identidade, pessoal e social, com *standards* de malícia grave. As veiculações ofensivas assumem modelos também variados, a esse respeito se

¹⁸⁹ FACHANA, João. A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet. Coimbra; Almedina, jul./2012, p. 53

¹⁹⁰ Apud PINTO, Paulo Mota. O direito à Reserva sobre a intimidade da vida privada, In: Boletim da Faculdade de Direito (separata), vol. LXIX, Coimbra, 1993.

apresentando o conteúdo lesivo em mensagens (inclusive e-mails), imagens e vídeos, com uso de perfis falsos, fotomontagens¹⁹¹ e outros meios ou formas de violação.

A “emissão discursiva” nas redes sociais (“*social mídia*”)¹⁹², como símbolo de ressonância superlativa da atual supermídia digital, a par de conferir a qualquer pessoa um poder absoluto de disseminar informações, antes reservado esse poder aos veículos de comunicação, tem servido de instrumento lesivo, mormente quando padecente de veracidade.

De tal efeito, o manuseio da informação inverídica, sem a precaução de apuramento prévio da sua veracidade, tem permitido um compartilhamento imediato, com rápida proliferação das informações falsas, no espaço público das redes sociais, ensejando, como veremos adiante, na secção 3.2.11, um novo fenômeno de lesão aos direitos de personalidade.

Os conteúdos ofensivos confortam-se em modo e circunstância, nas emissões discursivas que encontram seus instrumentos veiculadores por difusão dos atuais meios de interatividade. Vejamos, a contento, uns e outros:

(i) *mensagens*, nas formas de manifestação por via de “*posts*” com inserções em determinado “*blog*”; de expressões de opinião em comentários abertos de sites e em redes sociais; e de envio de *e-mails*, todas elas mecanismos de interação social, onde se recomenda postura ética e responsabilidade pessoal.

(ii) *imagens*¹⁹³, como reproduções do retrato da pessoa, acompanhando os textos para efeito de identificação visual, verificando-se em determinadas vezes serem utilizadas com deturpações por fotomontagens grosseiras.

(iii) *Vídeos-clips*, produzidos em diversas fontes, inclusive telemóveis (aparelhos celulares) e veiculados na rede mundial, por sítios

¹⁹¹ As fotomontagens são produzidas com deturpação da imagem da pessoa, por meio de programas de computador. FACHANA refere a um site português, “Fototanga” difundindo fotomontagens de figuras públicas portuguesas, adiante retirado da rede.

¹⁹² Os conteúdos visuais (imagens e vídeos) alcançaram, em 2013, os resultados mais positivos. Isso permitiu o crescimento vertiginoso de redes, como as plataformas de compartilhamento do YouTube, Instagram, e Pinterest.

¹⁹³ 250 bilhões de imagens são carregadas no Facebook todos os dias; conforme dados estatísticos de 2013. Conferir os dados em: <http://smarkkiss.net/20-estatisticas-que-comprovam-a-importancia-do-social-media/>

(“sites”) de partilha¹⁹⁴ ou em redes sociais¹⁹⁵ Miniguías de sítios (*sites*) de partilha de vídeo *on-line* oferecem referências técnicas para ser encontrado o *outlet on-line* preferido, oportunizando que qualquer produtor de vídeo-amador “publique” (“upload” de vídeos) suas gravações, visualizadas por uma audiência expressiva em qualquer parte do mundo.

A facilidade de inserção de vídeos, para compartilhamento, em sítios *on-line* de publicação de vídeos, a par de se constituir uma nova infovia de acesso à informação, na sociedade destinada a esse fim, tem oportunizado, destarte, a transmissão de produtos audiovisuais ofensivos, que exorbitam a ideia de crítica ou de humor, a partir da óbvia intenção da ofensa.

Comportamentos violadores, por condutas que revestem ilicitudes são aqui anotados, em repertório meramente exemplificativo, para estabelecer e realçar, *prima facie*, o desvalor do agir do agente lesante. São situações atípicas de uma nova onda de ilícitos virtuais, concernentes ao afrontamento da dignidade. Situações determinantes, de lesão objetiva, ao comprometimento do direito à identidade pessoal. Vejamos:

(i) *fotomontagens* - Os denominados *fotologs* são fotomontagens elaboradas em flagrante violação ao direito de imagem, sob a égide de ofensa manifesta, mediante o uso distorcido da imagem da pessoa, criados e postados com intuito de ofensa. Normalmente introduzidos em perfis falsos, cujo tema será tratado, adiante, no item 4.2.2.

(ii) *comunidades odiosas ou comunidades pejorativas* - Esses tipos de comunidades são dirigidos a determinados segmentos de pessoas, grupos étnicos, culturais, religiosos, políticos, ou mesmo a uma só pessoa, com o intuito da disseminação de ataques pessoais. A criação na Internet de comunidades odiosas ou pejorativas, com a veiculação de conteúdos ofensivos, na espécie da emissão discursiva objetivamente negativa e violadora, carrega consigo algo mais, ou seja, uma multiplicidade jurídica de efeitos de infringência. É que trespassam o âmbito da ofensa irrogada para inserirem-se na esfera do discurso do ódio, por preconceitos e discriminações, produzindo vários danos.

¹⁹⁴ Entre eles, o mais importante, o Youtube. YouTube conta com mais de um bilhão de utilizadores únicos por mês. A faixa etária que mais está a utilizar o YouTube situa-se entre os 18 e os 34 anos.

¹⁹⁵ Entre as redes, a mais importante, o “Facebook”.

No que toca à essa circunstância, com atingimento a direitos da personalidade, com causação de danos inclusive coletivos, inexistente disciplina jurídica em observância das suas especificidades. Em 2011, a empresa Google foi condenada pelo Tribunal de justiça de Minas Gerais, por não excluir comunidade ofensiva aberta na rede social “Orkut”, denominada “Mais feia que (*nome da vítima*)? Duvido.”, com a foto da vítima e textos ofensivos.¹⁹⁶

(iii) *opiniões depreciativas (posts)* - As manifestações pessoais levadas a efeito por intervenção de terceiros em *blogs* de outrem ou em sítios que permitam o acesso opinativo, em caixas de diálogos de comentários, contendo juízo depreciativo e ofensivo em face de determinada pessoa, configuram também atos ilícitos. A determinação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano

(iv) *ofensas, agressões e difamações ocorridas em “usenet newsgroups”* (grupos de discussão) - A prática ganha atividade corriqueira, com emprego de linguagem chula, no propósito eventual ou continuado de colocar pessoa em situações vexatórias e de constrangimento, principalmente as que não integram a lista, desprovidas da possibilidade da defesa. Nos Estados Unidos, segunda registra LILIANA PAESANI (2013)¹⁹⁷ o que tem causado atenção, é a difamação na rede, por meio de mensagens inseridas nos grupos de debate.

Em serventia paradigmática, podemos referir importantes decisões judiciais que estruturam, à guisa exemplificativa, com maior acurácia, as esferas dos problemas.

Em Portugal, a tipificação do conteúdo ofensivo por *fotomontagem* tem recebido apreciação jurisdicional para fins de condenação do lesante por dano moral, citando-se, na justiça portuguesa, o Acórdão pioneiro de nº 02B2966 do Supremo Tribunal de Justiça, onde

¹⁹⁶ A relatora, Des. Márcia de Paoli Balbino, considerou o provedor responsável (i) por ter participação efetiva na cadeia do serviço, com defeito ou falha, já que proporciona, por seu canal próprio, o uso indevido pelos usuários; (ii) por não dispor de mecanismos hábeis a evitar as veiculações dos conteúdos ofensivos.

¹⁹⁷ PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 6ª ed., 2013, 128 p.; p. 77.

relator o Conselheiro FERREIRA GIRÃO, datado de 21.11.2002. (SJ200211210029662) ¹⁹⁸

Perfis falsos utilizaram no site “Orkut” o nome e fotos do piloto brasileiro de Fórmula 1, Rubens Gonçalves Barrichello, com informações injuriosas, além de terem sido construídas “comunidades”, “destinadas unicamente a atacar sua imagem e sua vida pessoal”. ¹⁹⁹

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.337.990-SP, onde Relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, estabeleceu inexistir obrigação de o provedor realizar controle censório prévio dos conteúdos por ele divulgados em sítios de relacionamento. Entretanto, reconheceu encontrar-se o provedor de internet apenas obrigado, em prazo de vinte e quatro (24) horas, após ciência da existência de dados ilícitos em site por ele administrado, remover os perfis falsos e os conteúdos ofensivos (j. em 21.08.2014, DJe de 30.09.2014). ²⁰⁰

¹⁹⁸ O Acórdão assinalou: “Efectivamente, o recorrente foi condenado pelo vexame, humilhação e desgosto sofridos pela recorrida, gravemente ofendida no seu direito à imagem e à privacidade tutelado pelo artigo 70 do Código Civil, ofensa esta que se encontra suficientemente traduzida na demais (e suficiente) factualidade apurada, designadamente na que consta da alínea i) dos factos assentes, onde se lê que os factos praticados pelo recorrente «afectaram a tranquilidade da A., que se sentiu exposta, apesar do corpo nu não ser seu e incomodada pelos comentários que lhe foram feitos, sentindo-se profundamente afectada na sua honra e reputação». Na acção ordinária a autora A pedia a condenação do réu B a pagar-lhe a quantia de 20.000.000\$00, a título de indemnização por danos morais decorrentes da violação, por parte do réu, do disposto no artigo 70 do Código Civil ao exibir numa página da Internet uma fotomontagem, utilizando uma fotografia com o rosto da autora e o corpo nu de uma outra mulher, afirmando tratar-se do verdadeiro corpo daquela. O réu contestou, negando a autoria dos factos. Realizado o julgamento, foi proferida sentença, que, julgando parcialmente procedente a acção, condenou o réu a pagar à autora a indemnização de 2.000.000\$00. A sentença foi confirmada pela Relação de Lisboa, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu e cujo objecto se circunscrevia à fixação da matéria de facto. O Supremo Tribunal de Justiça negou a revista.

¹⁹⁹ Os fatos aconteceram antes da entrada em vigor da Lei nº 12.965, de 23.04.2014 (“Marco Civil da Internet”).

²⁰⁰ Integra do Acórdão: RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.990 - SP (2011/0276539-8) - RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO RECORRENTE : RUBENS GONÇALVES BARRICHELLO ADVOGADOS : LUIZ CARLOS LYRA RANIERI E OUTRO(S) CAROLINA STOCCO LYRA RANIERI E OUTRO(S) RECORRENTE : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA ADVOGADOS : EDUARDO LUIZ BROCK E OUTRO(S) SOLANO DE CAMARGO E OUTRO(S) RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(S) FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES E OUTRO(S) ADVOGADA : MARIA LEMUS PEREIRA E OUTRO(S) RECORRIDO : OS MESMOS EMENTA - RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. DANO MORAL. CRIAÇÃO DE PERFIS FALSOS E COMUNIDADES INJURIOSAS EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO POR PROVEDOR DE INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE CENSURA. NOTIFICADO O PROVEDOR, TEM O PRAZO DE 24 HORAS PARA EXCLUIR O CONTEÚDO DIFAMADOR. DESRESPEITADO O PRAZO, O PROVEDOR

No caso julgado, consolidou-se entendimento, acerca de prazo razoável para a remoção, pelo provedor, do conteúdo ofensivo, assinalando-se o de vinte e quatro horas, a partir do momento da notificação. Teve-se em conta, com equipotência de razões, “a velocidade com que as informações circulam no meio virtual”, a permitir que medidas destinadas a coibir a divulgação dos conteúdos “depreciativos e aviltantes” sejam adotadas, também de forma célere.²⁰¹

Nos Estados Unidos, o *leading case* teve lugar no processo “*Cubby In. vs. CompuServe*”, em 1991, esta última um provedor de acesso, por alojar em seus servidores jornal eletrônico, onde postada mensagem difamatória. O tribunal isentou o provedor de responsabilidade, ao entendê-lo um mero distribuidor da mensagem (como se biblioteca ou livraria fosse), não equiparando-o ao editor do conteúdo.²⁰²

Com a edição da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet no Brasil), o conteúdo ofensivo (notícias, fotos, vídeos) somente será retirado por um site ou outro tipo de servidor se houver decisão judicial que

RESPONDE PELOS DANOS ADVINDOS DE SUA OMISSÃO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DOS STJ. 1. Pretensão indenizatória e cominatória veiculada por piloto profissional de Fórmula 1, que, após tomar conhecimento da existência de “perfis” falsos, utilizando o seu nome e suas fotos com informações injuriosas, além de “comunidades” destinadas unicamente a atacar sua imagem e sua vida pessoal, notificou extrajudicialmente o provedor para a sua retirada da internet. 2. Recusa da empresa provedora dos serviços de internet em solucionar o problema. 3. Polêmica em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de internet, que não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos. 4. Impossibilidade de se impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, pois constituiria uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico. 5. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em “site” por ele administrado, o provedor de internet tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão. 6. Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade, levando em consideração as peculiaridades especiais do caso concreto, cuja revisão exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório para sua modificação, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 7. Precedentes específicos do STJ acerca do tema. 8. Recurso especial do autor desprovido e recurso especial da parte ré parcialmente provido para afastar a condenação relativa a criação de bloqueios e filtros em nome do autor”.

²⁰¹ A decisão paradigma que norteou a definição do tempo suficiente para a remoção do conteúdo ofensivo foi o julgado proferido pela 3ª Turma do STJ, no REsp. de nº 1.323.754-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, em data de 19.06.2012. Ali teve-se, em conta, que o prazo serve para efetivar a medida “de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerente a danos dessa natureza”.

²⁰² Outros julgamentos que se seguiram, v.g. “*Strattom Okmont vs. Prodigy Services Co.*” (1994) e “*Lunney vs. Prodigy Services Co.*” (1999) seguiram o mesmo entendimento.

determine a exclusão. Ou seja, será necessária, sempre, a provocação jurisdicional.

Pouco ou nada valerá a comunicação do prejudicado diretamente ao provedor, que poderia avaliar, de plano, estejam os conteúdos violando os termos de uso do site, para a retirada do material em tempo adequado. A propósito, pelo artigo 15 do PL 2.621/2011, o provedor deveria tomar a providência de retirada, mediante simples pedido do interessado, independente de decisão judicial.

Em nosso entender, a regra de provocação estatal obrigatória, não se coaduna com a gravidade da veiculação dos conteúdos ofensivos, o que exigiria soluções mais expeditas e imediatas, com a postura solidária da empresa provedora. Retornaremos, adiante, ao tema quanto ao dever de desindexação de conteúdo (5.4.)

§ 4.2.2. Os fakes (perfis falsos).

A criação de perfis falsos (*fakes*)²⁰³ mediante a abertura de contas falsas, destina-se, de regra, à execução de inúmeros crimes praticados na internet, anotando-se na década passada, no Brasil, mais de milhão de denúncias sobre a existência deles.

O fenômeno, presente na maioria dos crimes eletrônicos, é disseminado na rede com uso de falsa identidade, presumindo os seus autores se acharem indenizados pelo anonimato. Em utilizando-se dos perfis falsos criados, valem-se, a toda sorte, para disseminar informações ofensivas, cometer crimes contra a honra e o patrimônio, produzirem prejuízos ao sistema econômico, afetando pessoas e sociedade.

Observada a dualidade de interesses na criação dos perfis falsos, os de (i) produzir ataques pessoais; intimidar, ameaçar, defraudar pessoas e o (ii) proveito econômico para obtenção de ganhos ilícitos; este fenômeno é marcadamente empregado para violação da honra, ameaça às instituições por interesses pessoais contrariados ou ideológicos. Perfis falsos na internet degradam e penalizam a própria rede, retirando-lhe a

²⁰³ Na jurisprudência brasileira sobre perfis falsos na Internet, citam-se: STJ – AgRg. No AREsp nº 216878-RS; AgRg no REsp. nº 652295-RS, REsp. nº 130.8830-RS; REsp. nº 1186616-MG, REsp. 1306066-MT, REsp. nº 118.6616-MG; REsp. nº 1175675-RS, Ag.Rg. no AREsp. 231883-RJ e Res.º. Nº 566468-RJ.

credibilidade que deverá atender ao princípio da confiança das informações veiculadas.

Assim, os perfis deveriam ser criados mediante exigência de cadastramento prévio, junto aos provedores, com senha pessoal remetida ao destinatário e sob o mesmo procedimento de segurança existente e previsto para os serviços de “e-commerce”.

Na América, alguns Estados elaboram leis para a punição criminal de internautas, que criarem perfis falsos na internet, cominando penas de multa e prisão, a exemplo da recente lei no Estado da Califórnia, com vigência em 1º de janeiro de 2011.

A produção de “fakes” na rede opera-se por várias modalidades:

(i) perfis falsos de identidades reais, onde o criador do “fake” utiliza a identidade de outrem, como “clone”, para sob essa identidade, praticarem atos atentatórios a terceiros, principalmente nas redes sociais ou quando assumindo a identidade de pessoas famosas;

(ii) perfis falsos de identidades reais, onde o criador pretende proferir as ofensas à própria pessoa real do perfil falso criado;

(iii) perfis falsos de pessoas fictícias, cujo invento também se destina a práticas delituosas. Um dos criados, de maior repercussão, na rede social MySpace, foi produzido por uma dona de casa, Loris Drew, assumindo a identidade de um jovem para humilhar uma adolescente de treze anos, como adiante trataremos.

(iv) perfis falsos de pessoas fictícias ou não, para a prática do “troll” (trote), emitindo opiniões polêmicas no objetivo de tumulto; para discursos de ódio, apologia ao crime, pedofilia.

§ 4.2.3. O *profiling*, em formação de perfis estruturados

De cunho tecnológico, *profiling* (perfilagem), significa “a utilização de algoritmos complexos para criar modelos e perfis – que tem caráter geral – a partir de dados específicos”.²⁰⁴ A técnica de manuseio de algoritmos, com dados inicialmente desconexos entre si, cuida de processar

²⁰⁴ No estudo “Profiling’ e Direitos”, LUIZ COSTA, defende um debate público em torno do uso das técnicas de “profiling”, empregadas para o enquadramento de um perfil pessoal, afirmando que a falta de leis específicas e de preparo do sistema de justiça a respeito, revelam que “o direito está longe de atingir a meta de equilíbrio que se propõe”. In: Site Migalhas, 09.11.2014. Conferir em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI210783,31047-Profiling+e+Direitos>

imensa quantidade de informações, para o fim de uma interpretação dos dados em perfil (*profile*) criado da pessoa.

No Parlamento Europeu, em sessão de 23.09.2009, a questão foi objeto de relatório de SARAH LUDFORD, onde, com devida precisão, advertiu:

“Neste relatório, pedimos, portanto, que a legislação europeia ou nacional relativa à obtenção de perfis seja alinhada pela legislação europeia e pelos tratados internacionais. Se possível, todas as salvaguardas relacionadas com a utilização de perfis devem ser reunidas num único instrumento jurídico”.

Para além da avaliação jurídica, devem ser realizados, segundo o relatório, novos estudos sobre a proporcionalidade e eficácia dos perfis. A Agência dos Direitos Fundamentais e a Autoridade Europeia para a Protecção dos Dados desempenharão um papel fundamental na realização desses estudos, em conformidade com as respectivas competências.

Estes perfis criados pelas técnicas de *profiling* são de ordem variada, pessoais, psicológicos, económico-financeiros; e tem sido considerado permitido, em alguns casos, em nome da segurança de Estado.²⁰⁵

O seu emprego, sem o devido controle, implica em violação ao direito de privacidade, pela acessibilidade dos dados pessoais e ao conhecimento estruturado sobre a pessoa, um quase autoconhecimento por interposta pessoa, mais hábil em muitas vezes do que por ela própria, diante do emprego das planilhas eletrônicas de memorização dos fatos.

²⁰⁵ A baronesa Sarah Ludford, como relatora no Parlamento da União Europeia, sobre o tema, assinalou: “Actualmente, a própria UE está a propor uma série de medidas destinadas a facilitar o estabelecimento de perfis, uma técnica que consiste em recolher dados de várias fontes a fim de produzir uma espécie de modelo com base no qual são identificadas pessoas cujas características, comportamentos ou cúmplices pareçam suspeitos e que devam ser objecto de uma nova análise como autores prováveis de um crime ou de um acto de terrorismo. Ao nível do policiamento, está a avançar-se também para uma abordagem preditiva e preventiva que embora possa ter algum valor em algumas circunstâncias pode conduzir a medidas repressivas contra pessoas inocentes com base em estereótipos, frequentemente com base na raça ou mesmo na religião.” Conferir em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20090423+ITEMS+DOC+XML+V0//PT&language=PT#creitem72>

A sociedade da informação, dispondo de um intercâmbio mundial de dados, cada mais rápido e intenso, tem convivido com uma identificação mais qualificada das pessoas, com técnicas de *profiling*, para os perfis estruturados, inclusive por razões estratégicas. Algo que lembra a obra “1984”, do escritor britânico GEORGE ORWELL, publicada em 1949, onde os interesses de Estado (“O Grande Irmão”), colocavam as pessoas reféns de uma dominação absoluta. No romance, o último de Orwell, uma fábula profética, prefigurou-se a informação massiva sobre todas as pessoas através de monitores de vídeo (câmeras de vigilância) em todos os lugares. Um novo idioma foi ali criado (a novilíngua)²⁰⁶ para análise das ameaças, o que não deixa de ter similitude com as ações preventivas de segurança, na atual e real sociedade que vivemos.

§ 4.2.4. O *hate speech*²⁰⁷ virtual

O *hate speech* (discurso do ódio) por sua determinação teleológica de desqualificação, conduz, de logo, a polemizar a própria garantia que o seu emissor dispõe, nos devidos limites à sua liberdade de expressão.

MEYER-PFLUG o conceitua como forma de manifestação de ideias que incitam às discriminações, racial, social ou religiosa, em relação a grupos específicos formados, de regra, por minorias.

A forma radical que o desenvolve serve, conforme a compreensão de ANDRÉ GLUCKSMANN, “para culminar num ódio suicidário de sim mesmo”²⁰⁸. Insidioso, corrosivo, brutal, infatigável, obstinado e recalcitrante.

²⁰⁶ Esse sistema permitia a comutação binária de termos opostos, ao ponto de afirmações categóricas poderem ser verdade, cenário de tecnologia que guarda comparações com o uso atual de algoritmos complexos para a análise de dados e consequente obtenção de verdades invisíveis.

²⁰⁷ Cfr. BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. SILVA JR., Antonio dos Reis. O discurso do ódio na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 29-59; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 27 p.; SARMENTO, Daniel. A LIBERDADE DE Expressão e o problema do “Hate Speech”, Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro> Renovar; out./dez., 2009, Ano 1.; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Hate speech e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.) Direito e Mídia. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 347 p.; pp. 281-303

²⁰⁸ GLUCKSMANN, André. O Discurso do Ódio. Trad. de Edgard de Assis Carvalho e Mariza perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007, 272 p.

Admitem todos que o discurso do ódio “tem sido empregado para insultar, perseguir e justificar a privação dos direitos humanos e, em casos extremos, para dar razão a homicídios”,²⁰⁹

O “Ódio, logo existo!” revela ser uma freudiana ilusão da vida, do não amar a si mesmo porque somente a tessitura do ódio o submete a existir. Os que odeiam não tem rosto, porque os instantes niilistas escureceram a sua face. Capturam-se reféns, cortam-se as cabeças, uma prefiguração do mundo horrível comparece ao horário nobre das tvs. Reivindicam-se as transgressões. “Tendo minha cólera como alimento, jantarei minha própria substância, desse modo ficarei saciado à medida que me alimentar”.²¹⁰ Tudo faz parecer que o mundo já não é mais bastante amável; naufragado nas intolerâncias, afastadas estão as sutilezas.

O Conselho da Europa, editou (13.05.2014) o guia “*A manual for combating hate speech online through human rights education*”, em 196 páginas, para uso em escolas e o disponibilizou na rede mundial Web²¹¹.

Ali ficou, de logo, expressa uma nota fundamental de advertência, para as novas gerações:

“Hate speech is one of the most worrying forms of racism and discrimination prevailing across Europe and amplified by the Internet and social media. Hate speech online is the visible tip of the iceberg of intolerance and ethnocentrism. Young people are directly concerned as agents and victims of online abuse of human rights; Europe needs young people to care and look after human rights, the life insurance for democracy.”²¹²

²⁰⁹ Teor de proclamação em “Hate Speech and the American Convention on the Human Rights”, by the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, 2004, Organization of the American States.

²¹⁰ SHAKESPEARE, Coriolano IV, II.

²¹¹ https://books.google.com.br/books?id=59TGAWAAQBAJ&dq=hate+speech%E2%80%9D+virtual&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s

²¹² Tradução livre: “O discurso do ódio é uma das formas mais preocupantes de racismo e discriminação que prevalecem em toda a Europa e amplificado pela Internet e meios de comunicação social. O discurso do ódio online é a ponta visível do iceberg da intolerância e do etnocentrismo. Os jovens são directamente envolvidos como agentes e vítimas de abuso on-line dos direitos humanos; A Europa precisa de jovens para cuidar de direitos humanos, o seguro de vida para a democracia”.

Muitos defendem a repressão aos discursos de ódio por juízos de valor que o bem distingam do exercício regular da liberdade de expressão, diante das expressões contidas e as ações por elas desencadeadas. Outros entendem que essa distinção não tem aplicação prática, como critério interpretativo, máxime que difícil seria chegar-se à nítida e destacada distinção nos casos de conflitos de direitos.

Consabido que a liberdade de expressão tem magnitude de ordem internacional como direito universal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tratado das Nações Unidas ratificado por diversos países, em seu artigo 192 estabelece que:

“Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.”

A seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, protege a liberdade de expressão e acesso à informação, em seu artigo 13.

A Constituição Federal de Portugal tem no seu texto a previsão acerca das infrações cometidas no exercício dos direitos de expressão e do livre pensamento pela palavra (artigo 37º 1.), prescrevendo:

“(…) ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. (37º.3.)”

A seu turno, decisivamente, o Código Penal português introduziu na legislação portuguesa, pela Lei 65, de 02/09/1998, o discurso do ódio como tipo penal (art. 240º.2.), acompanhando a tendência universal de repressão às discriminações odiosas.

De outra parte, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), delinea, no seu art. 20, a vedação da prática do “hate speech”, por via indireta, assinalando:

Artigo 20.1. Será proibido por lei qualquer propaganda em favor de guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial, religioso ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.”

No Brasil inexistia legislação específica em relação ao discurso de ódio. Entretanto, com a Lei nº 7.716/89, tipificando os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, em cumprimento à determinação constitucional do art. 5º, XLII, iniciou-se o instrumental normativo infraconstitucional para a repressão a espécies de conduta ilícita, configurada por discursos de ódio. A lei não se mostrou, todavia, exauriente, deixando de incluir, em seu texto, os crimes resultantes de discriminação ou ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.²¹³

Há uma manifesta defasagem legislativa, quando na internet os comentários na rede mundial difundem preconceitos, de caráter racial, religioso, sexual, entre outros, fomentando uma cultura do ódio. As intervenções agressivas virtuais são mais frequentes e permanentes, sem a visibilidade física dos agressores, pelo anonimato permitido e tolerado. De efeito, a rede potencializa o discurso de ódio, sob o pressuposto da irresponsabilidade digital, ao extremo de estimular ações violentas e crimes como o estupro.

Comunidades odiosas revelam o potencial da ilicitude, com a criação de grupos que partilham as mesmas opiniões, o que é severamente provoca uma alavancagem quantitativa dos discursos, nem sempre oportunizados na vida real. Essa assimetria de universos é sugestiva a induzir “um espaço de proselitismo irracional”.

A internet torna-se, com efeito, uma tribuna para os conteúdos de ódio, que se transformam pela virtualidade da difusão, em crimes cibernéticos. No entanto, as reações a essa realidade danosa começam na mesa Internet, com a formação dos chamados *tumblr*s colaborativo. Este novo segmento na rede mundial disponibiliza *prints* com os comentários preconceituosos postados nas redes sociais, objetivando desencadear, com

²¹³ Sobre a necessária complementação, tramita no Senado o Projeto de Lei nº 122/06.

a divulgação massiva dos conteúdos discriminatórios, as denúncias do fato ao conhecimento das autoridades competentes (v.g. Ministério Público).

A intensificação de ocorrências de *hate speech* faz evidenciar um descontrole progressivo da sociedade, não avaliado ainda, pelo direito ou no contexto interdisciplinar que se exige. Lado outro, a internet insegura não oferece resposta inibitória aos danos existenciais coletivos *on line* perpetrados contra grupos minoritários, mulheres e pessoas vulneráveis.

No Brasil, a relevância da jurisprudência, a respeito, situa-se no celebre caso do Siegfried Ellwanger, autor de obra antisemita, onde negava o fato histórico do genocídio e resultou condenado por crime de racismo. (HC nº 82.424 - STF). Na análise, a particularidade do julgamento foi a delimitação do crime de racismo, instado o STF a se pronunciar sobre o seu conteúdo, não mais fundamentado apenas pelo conceito biológico.²¹⁴ Citam-se, com mais frequência, decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional alemão.

Decisões judiciais sobre o discurso de ódio ainda não alcançaram, porém, com efetividade e maior presença, o mundo virtual. Será irrealista pensar que os “*apartheids*” internéticos deverão subsistir por inação, indiferente que seja à ordem jurídica e ao direito a diferença entre fanatismos e tolerâncias. Muito ao revés, a retórica virtual insana dos discursos de ódio não pode ganhar a discussão, sobre os escombros da apatia do direito.

Bem por isso, quando se trata do bom senso e da razão, o direito deve exercer a vigilância em favor de todos os valores fundamentais da pessoa humana, como um ser igual ao outro. Na internet, quando a humanidade se torna mais frágil pela incompreensão humana dos ódios ali facilmente disseminados, importa muito ao direito desconstituir o mal instalado em suas redes.

§ 4.2.5. O *remember digital*, a disponibilidade de informações não contemporâneas e adversas à identidade atual da pessoa.

A veiculação de conteúdo inadequado, incompatível a definir a pessoa em suas identidades atualizadas, constitui a prática do *remember digital*, ou seja, a manutenção ou reavivitação de informações não

²¹⁴ A controvérsia ficou visível no voto divergente do Min. Moreira Alves, ao entendimento de o judeu não configurar raça e sim povo, desqualificando-se o crime por discriminação racista.

contemporâneas, que prejudiquem a identificação pessoal e social da pessoa revisitada.

Determinadas situações são excepcionadas, por previsão legal, importando excludente de ilicitude, em face de manifesto e inquestionável interesse público. A “Lei Megan”, vigente nos Estados Unidos, autoriza a preservação dos fatos antigos, quando se trate de pessoas condenadas por pedofilia.

O *remember digital*, como reavivitação dos rumos passados, pode acontecer: (i) pela permanência de dados não contemporâneos, disponibilizados por sites, sem a deleção prudente quanto aos informes não mais compatíveis à identidade da pessoa; (ii) pelo uso da indexação, ligando os referidos conteúdos, nos sites de busca; (iii) pela própria postagem e circulação de dados antigos e descontextualizados, com reflexos prejudiciais à identidade atual.

§ 4.2.6. O *cyber-stalking*

Entende-se o *cyber-stalking*²¹⁵ como assédio ou importunação por intrusão digital, com as características de perseguição, intimidação e ameaça, pelo qual o agente do ato ilícito atua, concretamente, em prejuízo da vítima, com flagrante ameaça à sua dignidade como pessoa.²¹⁶

Reveste-se o *cyber-stalking*, no que interessa ao estudo, também como veiculação ofensiva nas expressões que contenha, ao tempo que por fazer ameaças, igualmente assinala, de forma incisiva, juízo negativo de valor; produzindo efeito danoso de violação à personalidade do ameaçado, independentemente do ponto de vista da vítima de se sentir ameaçada ou não.

A mensagem privada, de um utilizador (ameaçante) para o outro (ameaçado) não obstante o conteúdo não receber difusão a terceiros (potenciação do dano), em se apresentando de natureza injuriosa, há de ser considerada como ilícito civil.

Um dos primeiros casos de *cyber-stalking*, em violação consumada com morte, que impactou a sociedade norte-americana, vitimou a atriz Rebecca Shaeffter, assassinada por Robertt John Bardo. Ela

²¹⁵ BRITO, Auriney. Cyberstalking. (12.4.). In: Direito penal informático. São Paulo: Editora Saraiva, 189 p.; pp. 145-148.

²¹⁶ Ver: What is Cyberstalking. Web: <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/cyberstalking.htm>

teve seu endereço residencial rastreado na Internet e foi morta à frente de sua moradia.

As circunstâncias do *cyber-stalking* acima referido assumem maior relevância jurídica, porquanto a par das importunações e ameaças, a vítima teve a sua identidade pessoal prejudicada por furto de informação, ao obter o agente dados sobre si, sem que ela tivesse ciência do acesso.

Um dos casos paradigmáticos, "*Anthony Elonis vs. United States*", é objeto de atual julgamento²¹⁷ perante a Suprema Corte dos Estados Unidos.

A justiça americana é instada a se manifestar acerca de (i) as ameaças (virtuais) em redes sociais constituírem ou não "ameaças reais"²¹⁸ ou, sobretudo, (ii) constituírem as postagens feitas como livre expressão do autor, em permissivo do que consagra a Constituição americana. O autor do *cyberstalking*, Anthony Elonis, fez diversas intervenções em rede social, com ameaças on-line à sua ex-mulher, Tara, tendo sido condenado à prisão. As diversas capturas de tela (*screenshots*) do "Facebook", onde os textos foram veiculados, instruíram o processo, entendendo-se que o conteúdo revelou-se ameaçador à mulher.²¹⁹

Duas questões jurídicas estão sendo postas à apreciação da Suprema Corte, subjacentes à natureza do fato:

(i) Uma ameaça virtual seria simples opróbrio, sem intenção real de malefício ou se perfectibiliza pelo seu simples envio, a denotar o efetivo propósito?

(ii) Esta ameaça se consuma somente em circunstância de a pessoa destinatária sentir-se sob a iminência da violência anunciada, caso em que, em hipótese negativa, estaria a isentar quem ameaça?

Um dos pontos decisivos ao deslinde é no dizer que a efetiva ameaça constitui exceção ao princípio da liberdade de expressão, como inúmeros julgados consagraram.

²¹⁷ Meados de dezembro/2014 ou início de 2015.

²¹⁸ Alguns magistrados americanos são convencidos pelos autores que as pseudo-ameaças seriam apenas expressões de fantasia, com ingredientes de horror ("dark fantasy"), obtendo estes a inocentação pelos tribunais.

²¹⁹ Matéria veiculada no site Consultor Jurídico (29.11.2014). Web: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/justica-eua-decidir-ameaca-facebook-crime>

§ 4.2.7. O *cyber-bullying*, violação de direito à identidade da pessoa^{220 221}

O *cyberbullying* (*cyber* + *bullying*), é o emprego virtual do *bullying*, e este torna-se mais disseminado quando se propõe a empreender agressões de maior espectro através de comunidades formadas, para esse fim, nas redes sociais.

A questão é acentuada no documentário “*Bullying*” (2011), de LEE HIRCHS, onde se apresenta pesquisa indicando que mais de 13 milhões de crianças americanas são vítimas da prática, a cada ano.²²²

Uma cultura individualista que tem dominado as sociedades atuais, de autossuficiência exacerbada e de carência de solidarismo social produz o *bullying* que tem entre os objetivos mais acendrados, que funcionalizam a sua prática, a discriminação, a perseguição e a exclusão da vítima do seu grupo social. As suas variadas formas de manifestação incluem (i) a perseguição e (ii) os atos ilícitos (e criminalizados) contra a honra (injúria, calúnia ou difamação).²²³

A prática tem presença maior nas escolas, com o assédio físico ou moral, em situações de conduta ilícita que arrostando a vítima (aluno ou professor) a experimentar humilhação e a sofrer baixa-estima. De regra, são ações repetitivas, sequenciais, em período de grande duração, em relações assimétricas e sem motivação aparente ou conhecida. Confundido com o “assédio moral”, sua prática transcende o espaço escolar e se instala em outras áreas, tendo a doutrina detectado, por alguns autores, no ambiente familiar, onde estaria conectado, em suas bases, com a ilicitude da alienação parental.

O *cyber-bullying* é o *bullying* digital, praticado na internet, em redes sociais, com uso das modernas tecnologias de comunicação.²²⁴ Consiste a atividade

²²⁰ DOUTRINA. BRASIL. Cfr. BRITO, Auriney. *Cyberbullying*. (12.3.). In: *Direito penal informático*. São Paulo: Editora Saraiva, 189 p.; pp. 141-145.

²²¹ JURISPRUDÊNCIA. Brasil. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 6ª Câmara Cível, reconheceu, em 2010, a responsabilidade parental por ato ilícito de filho menor, pela prática de *cyberbullying* na internet. A relatora do caso, des. Liége Puricelli Pires, considerou que a proprietária identificada do computador de onde criado fotolog e expedidas mensagens, com conteúdos ofensivos, era solidariamente responsável (art. 932, inciso I, do Código Civil), por ato de *cyberbullying* cometido pelo filho. Cfr. Web: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-02/mae-responsabilizada-cyberbullying-praticado-filho> (02.07.2010).

²²² O cinema tem tratado, com estética e visão aguda, o tema do “*bullying*”, a exemplo de filmes como “*Depois de Lúcia*” (“*Después de Lucía*”), do cineasta mexicano Michel Franco, premiado com a Câmera D’Or, do Festival de Cannes (2012).

²²³ Os crimes eletrônicos de *cyberbullying* são por sua natureza, nitidamente crimes de ofensa à honra, objetiva ou subjetiva, introjetados de outros componentes de intimidação e ameaça.

²²⁴ Pesquisa levada a efeito pelo Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos, com análise de dados de quatro mil e quinhentos pré-adolescentes e adolescentes, indicaram que o *cyberbullying*

lesiva na postagem, em sites de relacionamento virtual (v.g. Facebook) e em mídias eletrônicas, de textos ofensivos, fotomontagens, falsas acusações, retaliações, intimidações ou divulgação de dados pessoais, com o manifesto assédio de perseguição. No ambiente virtual, os insultos ou difamações ganham seu curso também por e-mails e nos sistemas de rede de comunicação instantânea.

Difere do *cyber-stalking*, em algumas manifestações, prevalecendo neste, com mais nitidez, o elemento da ameaça.

Nos Estados Unidos, quarenta e nove Estados possuem leis anti-bullying e anti-cyberbullying, onde o direito atua impondo normas de controle e prevenção²²⁵, valendo assinalar:

(i) as concepções conceituais dos ilícitos civis e penais, nas formas que os fazem existentes:

(ii) a tipificação de incitamento ao “bullying”, quando alguém acessa dados ou sistemas informatizados, no propósito da mencionada ilicitude ou do seu fomento, como sucede na Flórida (02/2006) ²²⁶;

(iii) as tipificações de determinadas condutas, como caracterizadoras dos ilícitos, dispondo sobre uma série de atitudes que evidenciam, concretamente, as práticas, sugerindo a reiteração ou uma sólida continuidade;

(iv) as consequências apresentadas a essas práticas que importam na vitimização;

(v) as classificações dos ilícitos, em suas especificidades, a exemplo das figuras diferenciadas dos agentes ou das vítimas, em escola (professores e alunos) ou fora dela;

(vi) as formas de participações comunitárias em repressão aos ilícitos e a responsabilização civil atinente aos praticantes.

No Brasil, apenas três Estados possuem leis estaduais: Santa Catarina (Lei nº 14.651, de 12.01.2009), Mato Grosso do Sul (Lei nº 3.887, de 06.05.2010) e Rio Grande do Sul (Lei nº 13.474, de 28.06.20), ficando a legislação nacional aplicável apenas situada nos diplomas gerais como o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O *cyberbullying* tem alcances jurídicos maiores, desafiando um tratamento normativo adequado. O exemplo mais emblemático, em suas nuances jurígenas, talvez seja o “Caso Megan Meier”:

se apresenta mais devastador que as agressões físicas e morais, causando maiores depressões à vítima que aquelas. Conforme apontado, o fator determinante consequencial é a circunstância de que o agressor, nesses casos, não ser identificado, de imediato, pela vítima.

²²⁵ Vide Web: <http://www.bullypolice.org>

²²⁶ Vide Web: http://www.bullypolice.org/fl_law.html

Anota-se que a jovem Megan Meier (13 anos), no Missouri, EUA, manteve, por algum tempo, um “romance virtual”, através do MySpace, com um adolescente chamado Josh Evans (16 anos), tendo este, acabado o romance e passado, então, a ofendê-la, com mensagens ofensivas e reiteradas humilhações. Megan não resistiu aos constrangimentos, suicidando-se por enforcamento; vindo, então, saber-se que Josh era um perfil falso, criado por Lori Drew, uma dona de casa. Em verdade, ela estava praticando *cyberbullying*, em represália ao abandono da jovem ao seu filho adolescente.

§ 4.2.8. O *flaming* e do *troiling*, como espaços indutores de violação de direitos e de violência

O uso rotineiro dos *usenet newsgroups* (grupos de discussão) e dos espaços destinados a opinativos de notícia, tem propiciado comentários incivis, xingamentos e palavrões, sendo que a prática do *flaming*, nesses debates, vem constituir uma interação *on line* de hostilidades. Neles, os *flamers* dispõem-se por hábitos e perversões à rudeza de um tratamento hostil, com animosidades, ameaças e ofensas durante as discussões e comentários sobre determinados fatos, análises de matérias ou mesmo questões triviais. Enfurecidos, pretendem o domínio do assunto ou o predomínio dos seus supostos acertos de opinião, sem posturas dialogais. Muitas vezes, desejam, simplesmente, insultar e ofender, sem motivação, representando nesse agir, a prática do *troiling*.

Nessa seara de embate, em interlocução, muito recebem a carga nociva de ilicitudes. Uma série de *flames* podem provocar a chamada *flame war* (guerra de chamas), o que tem ocorrência muito frequente em fóruns de internet, listas de discussão por e-mail e em grupos de discussão na rede.

O direito tem presença e aplicação em situações onde os xingamentos e as ofensas graves venham invadir a esfera íntima da pessoa ofendida, como sucede na vida real, desde que esteja já devidamente identificada perante o grupo.

A prática do *flaming* tem experienciado um novo fenômeno, nos Estados Unidos, o da avaliação dos efeitos da sordidez *on line*, servindo para o perfil e a identificação de *trolls* ou de *flamers*, os primeiros havidos como verdadeiros sociopatas, outros podendo ser avaliados de acordo com suas vivências e aprendizados.

Dois professores de ciência da comunicação, Dominique Brossard e Dietram A. Scheufel, da Universidade de Wisconsin, Madison, nos Estados Unidos, publicaram artigo *on line*, com notícia falsa de um experimento científico de nanotecnologia. Muitos chamados a participar das discussões fizeram comentários solidários com o invento, outros foram *trolls*, agressivos e ofensores.

Como muitos *trolls* são, conforme assinalam psicólogos, portadores de sociopatia, transtornos comportamentais ou outras patologias, agências de inteligência tem atuado, no espaço da internet, com provocações intencionais, mediante táticas de perturbação específica, para avaliação de casos e, nesse passo, a identificação deles, é outro passo.

Aqui, mais uma vez, o uso da internet produz repercussões jurídicas mais variáveis. Torna-se suficiente e possível, por via da análise das conversações, a produção de perfis psicológicos, à revelia dos participantes e mais das vezes interessa aos grupos de discussões entre profissionais ou a serviços outros, para fins não conhecidos.

Em sede de situações variadas das intervenções em rede, dentre elas as que acarretam violação a direitos, afigurar-se-ia correto “de lege ferenda” exigir que esas intervenções fossem de logo identificadas pelo e-mail emissor, com o IP indicado, anotando-se à ocasião para ciência dos demais utilizadores.

§ 4.2.9. O sexting, como uso de revanche

O *sexting*²²⁷ é a prática de produção de imagens ou vídeos, sensuais e lascivos, em exposição de atos de natureza sexual ou erótica, frente a uma câmera ou “webcam”, tornados disponíveis aos parceiros íntimos, resultando a pessoa que assim procede e transfere a outrem os arquivos de tais conteúdos, suscetível de ser ameaçada, extorquida ou

²²⁷ AURINEY BRITO define o “sexting”, como “a denominação atribuída à prática de transferir arquivos pornográficos, através das tecnologias dos telefones celulares. O envio de mensagens de textos (SMS) é conhecido como “texting”, mas, juntando essa expressão com o conteúdo pornográfico (Sex), resultou na expressão “sexting”. Entendemos por um conceito expandido, certo que a prática pode utilizar outras tecnologias de comunicação, como e-mails recepcionados por computadores, etc. B

RITO, Auriney. Direito penal informático. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 189 p., pp. 148.

vitimizada, pela divulgação massiva das imagens e vídeos que envolveram aquela exposição.²²⁸

De efeito, a intimidação feita quanto a ser transmitido o material para pessoas outras, do círculo familiar e de amigos da pessoa exposta ou, ainda, de sua disseminação na rede web, com fins a obter determinadas vantagens, tem se constituído como *sextorsion*, ou “*sextorsão*”, como referência à prática lesiva, nas esferas civil e penal.²²⁹

Também se apresenta o *sexting* pela produção de fotos, feitas com a própria imagem íntima dos jovens, para efeito de trocas das fotos, durante o relacionamento amoroso. O uso indevido das fotos, com a divulgação não consentida, constitui a ilicitude civil, em sua tipicidade, mais das vezes praticadas com espírito emulativo, por insensibilidade moral ou por interesse de vingança.

A casuística de ilícitos dessa espécie, indicativa de uma maior repercussão, sinaliza que a prática, independente do modelo penal de crime contra a honra, envolve tratamento jurídico mais denso, a se tratar de uma prática ilícita disseminada no *cyberespaço*, necessitando mecanismos de controle, poder dissuasório e reparação civil adequada.

Tem-se o caso paradigma nos Estados Unidos:

Caso “*Jessica Logan*” (EUA, 2008). A jovem produziu uma foto sua, apresentando-se nua, e a enviou ao seu namorado, com o intuito de seduzi-lo. Este veio por divulgar a foto, com circulação na comunidade jovem de Cincinnati, Ohio, EUA. Humilhada e rejeitada pelos insultos sofridos, Jessica suicidou-se por enforcamento (junho, 2008). A repercussão do caso permitiu a criminalização da conduta, em diversos Estados americanos.

§ 4.2.10. O *false light in public eye*

A prática ilícita é tratada no direito norte-americano como uma das quatro espécies de ilicitude civil por violação da “*privacy*” (direito da

²²⁸ Pesquisas indicaram que o sexting tem sido utilizado por cerca de um quinto dos adolescentes nos Estados Unidos, cf. a ONG “National Campaign to prevent Teen and Unplanned Pregnancy”, em 2009. Conferir: www.thenationalcampaign.org

²²⁹ A propósito: LIMA, Paulo Marco Ferreira. Crimes de Computador e Segurança computacional. São Paulo: Editora Atlas, 2011, 2ª ed., 166p. pp. 59

intimidade)²³⁰, em termos da sistematização doutrinária feita por WILLIAM PROSSER (1960)²³¹ Consiste na veiculação ao público de circunstâncias pessoais sob uma falsa aparência, enganosa por premissas equivocadas e que se tornam embaraçosas à pessoa.

A doutrina a distingue da difamação, apropriada como ilícito por dano à reputação da pessoa, usando o termo legal do ato ilícito, “*falsa luz*”, aos casos de dano existencial à pessoa, com lesão ao bem-estar e estabilidade emocional, separando as teorias jurídicas dos institutos.

Denota-se que afirmações de determinadas circunstâncias, com veiculações que colocam a pessoa sob falsa luz, surgem também nos mesmos fatos admitidos como casos de difamação, razão pela qual alguns estados norte-americanos não conhecem aquele tipo de ilicitude.

Parece-nos, todavia, que o núcleo do tipo de ilicitude é o elemento da “*impressão criada*”, tecnicamente não influenciando a veracidade ou não do fato veiculado, e sim a desconformidade criada por incompletude ou insuficiência dos dados. Essa sutil diferença existe, não admitindo a justiça americana a cumulação de pedidos, por “*falsa luz*” (“*False light*”) e difamação (“*Defamation*”), nas ações de reparação civil, embora distintos os danos decorrentes do ato ilícito.

Em “False Invasion of Privacy Luz, A New Tort in Town”, os juízes BREEDEN e ZAYICEK anotam que o ilícito consiste em “apropriação indevida ou exploração da personalidade, a divulgação de um dos assuntos privados com os quais o público não tem preocupação legítima, ou a intrusão ilícita em uma de atividades privadas, de tal forma a causar indignação ou sofrimento mental, vergonha ou humilhação a uma pessoa de sensibilidades comuns”²³²

²³⁰ O termo “privacy” foi usado pela primeira vez, no case “Griswold x Connecticut”, a partir da doutrina dos advogados americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, em ensaio “The Right to Privacy” (Harvard, 1890), onde defenderam o direito à privacidade; Warren particularmente incomodado por invasão de sua vida privada diante de matérias jornalísticas veiculadas sobre sua esposa. Warren e Brandeis tiveram, depois, assento como juízes da Suprema Corte.

²³¹ As outras três vertentes em conceito da “privacy” estão sistematizadas com (i) violação ao direito de intimidade, o de estar em paz ou estar só; (ii) divulgação de fatos privados, de esfera íntima. Apud LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o direito de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre (BR): Livraria do Advogado Editora, 2007, 27ª p; pp. 195-225.

²³² Hon. John L. Breeden, Jr. & Douglas M. Zayicek, False Light Invasion of Privacy, a New Tort in Town?, 9 S.C. LAW. 39 (1997); see Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

RICARDO LORENZETTI, sintetiza que a caracterização do ilícito se dá “quando se arroja uma falsa luz no olhar público”, em distorções da identidade da pessoa.²³³

§ 4.2.11. O *spoofing*, em utilização de IP falso

Designada como “*spoofing*”, a prática de utilização de um “Internet Control” falso, substituindo o endereço natural sinalizador do uso de um determinado computador, no sistema de redes, tem sido disseminada na internet.

Em verdade, a prática é um ilícito autônomo, embora sirva de instrumento à consecução de demais ilicitudes, em suas características específicas.

A definição da técnica, com maior didática, é oferecida por Marcos Rogério de Sousa, quando a identifica como “uma técnica de subversão de sistemas informáticos, que consiste em mascarar (*spoof*) pacotes de IP, utilizando endereços de remetentes falsos”.²³⁴

Como se observa, é um ilícito-meio, adotado instrumentalmente para assegurar o anonimato em autoria de ilícitos que venham a ser cometidos na rede, dificultando a responsabilização do agente do dano.

§ 4.2.12. O *mirroring*, como técnica em fins ilícitos

Por sua vez, o *mirroring* (espelhamento), é utilizado para designar, em termos computacionais, a reprodução idêntica de dados (*data set*), em operações unidirecionais (*a one-way operation*), como forma de garantir acesso a sites não disponíveis, por motivo de censura ou de ordens judiciais. Na prática, a técnica de “*espelhamento*” configura um “*site espelho*” (*mirror site*), utilizado a reproduzir informações oriundas de outro site, e desse modo, ser a sua cópia acessível, como fonte múltipla a disseminar os mesmos dados²³⁵ e, na hipótese, o mesmo conteúdo ofensivo.

²³³ LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: LTR, 1998, p. 484.

²³⁴ SOUSA, Marcos Rogério. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, TERESA Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Sociedade de risco e o Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 742 p.; p. 683.

²³⁵ A Wikipédia, em extensão do tema, aponta que “um bom exemplo de espelhamento é o bem conhecido website SourceForge.net. O fundamento do conceito Sourceforge é, antes de tudo, hospedar projetos de software open-source, mas em segundo plano ele também visa utilizar muitos locais diferentes para alcançar uma mete: poder oferecer disponibilidade de

Três exemplos aqui podem ser trazidos na configuração da hipótese ilícita:

(i) À ocasião de ter sido proibido o Google, como provedor de busca, de funcionar na República Popular da China, em 2002, foi criado fora daquele país um sítio espelho, o “*elgooG*”²³⁶ para superar a proibição.

(ii) No célebre caso do “WikiLeaks”, o site promoveu através da rede social “Twitter” apelo ‘para a criação de “*mirrors*”, no sentido de suas reproduções múltiplas no mundo todo. O novo site foi deslocado para endereço de hospedagem na Suíça(<http://wikileaks.ch/>) e mais de quinhentos “*mirrors*” foram criados, ao redor do mundo.

(iii) Ao tempo que determinou-se, por decisão judicial²³⁷, a retirada de conteúdo (imagens) do site YouTube, que apresentava uma modelo brasileira em flagrantes íntimos com o namorado, fotografada por um “*paparazzo*” espanhol, em Tarifa, praia da província de Cadiz, em Valência, na Espanha, o acesso ao vídeo tornara-se possível, porquanto cópias de outros sites teriam sido produzidas, em outros provedores de diversos países, mantendo-se disseminada a veiculação íntima.

4.2.13. Os *genetic testing* e *genetic screening*, como discriminações genéticas²³⁸

A discriminação genética²³⁹ aparece como uma das ilicitudes civis mais significativas, no panorama da disponibilidade de dados e informações extraídas do conhecimento do código genético e/ou do manuseio da tecnologia genética, assumindo indubitável importância a sua configuração como tipo.

download) aos usuários. Muitos projetos de computador inovadores hospedam seus sites e softwares no SourceForge, que oferece espelhos em vários estados e países, desde a cidade de Dublin, na Irlanda, a cidade de Tóquio, no Japão.” Vide: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mirror>

²³⁶ Como se observa, o “Google”, com suas letras em ordem inversa.

²³⁷ Decisão do TJSP, em sua 4ª Câmara de Direito Privado, na Apel. Cível nº 994081200507, em julgamento de 12.06.2008 sob a relatoria do Des. Enio Zuliani.

²³⁸ Vide: SOUZA, Paulo Vinicius. Crimes genéticos, Genoma Humano e Direitos Humanos de solidariedade. n: Sarlet, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão (Ogr.). Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Editor Método, 2008.363 p.; p. 263-299.

²³⁹ No tema, aponta-se à guisa de resenha bibliográfica: RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Intimidade genética (4.) In: Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 261 p., pp. 177-223.

A sua conceituação é pragmática, diante dos usos nocivos das informações genéticas que se disponham, comprometendo-se o titular do patrimônio genético que é a sua identidade, por lesão a seus direitos.

VIEIRA LIMA NETO concebe a discriminação, como conduta discriminatória contra quem tenha no seu código genético indicações prováveis de doenças ou de comportamentos que não satisfaçam interesses determinados.²⁴⁰

Muito tem sido discutida a possibilidade de discriminação genética, afetando as relações de trabalho (testes admissionais), contratuais (nomeadamente de acesso aos planos securitários de saúde) e outras relações e atividades, em face do conhecimento dos dados genéticos da pessoa titular das informações disponíveis.²⁴¹

Uma disciplina legal a respeito, reprimindo as práticas discriminatórias, no contexto dos diversos segmentos de atividades, v.g. em ambientes de trabalho, em questões previdências ou nas relações contratuais, serve a conferir maior relevo, ante a detectar a realidade do problema na sociedade da informação.

Nesse fim, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco exorta o esforço de garantias para a não utilização de dados com finalidades discriminatórias. (artigo 7º)

Vejamos, adiante, uma tipologia das ilicitudes discriminatórias de dados genéticos, podendo, nesse sentido, serem alinhadas:

(i) Ilícitude da Discriminação Genética Laboral.²⁴² - Situação emblemática a configurar a ilicitude da discriminação, na vertente usual das relações de trabalho, tem sido a produção de testes genéticos, por parte de empresas empregadoras, sem consentimento informado dos empregados.

²⁴⁰ O conceito que ele oferece, precisamente; “conduta discriminatória, em geral por parte do Estado ou de grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa humana, que passa a ser considerada exclusivamente como um objeto de resultado da ação do conjunto de genes que possui, os quais tem a probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais.” In:

²⁴¹ “A discriminação fundada nas informações genéticas já é uma preocupação atual, em especial nas áreas em que sua aplicação converge com interesses econômicos mais diretos”, acentua Victor Gabriel Rodriguez. In: Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 195).

²⁴² No ponto, conferir o estudo desenvolvido por ROCHA e ROCHA (2009): ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha Rocha. Discriminação Genética no Ambiente de Trabalho. Perspectivas do Direito Comparado. In: MAIAS, João Luis Nogueira (Coord.) Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2009, 302 p., pp. 01-12.

Na espécie, tem-se como paradigma situação em que aqueles testes são realizados, no objetivo da determinação de probabilidade mais acentuada da ocorrência de patologias laborais, a identificar os empregados mais propensos a desenvolvê-las.²⁴³

Outra faceta discriminatória tem lugar em prática de testes a respeito de contratação de trabalho ou permanência da relação laboral.

Esses testes genéticos têm sido também utilizados em procedimentos de seleção de emprego, a identificar as predisposições ou probabilidades genéticas de sujeição a enfermidades, ou mesmo determinadas características dos avaliados, como geneticamente melhores ou mais aptos.

A propósito, a Lei nº 9.029/95 proíbe “a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação de trabalho” e instituiu como conduta penalmente punível a exigência, por parte do empregador, de teste de gravidez ou de condição de esterilidade para a admissão a emprego.

(ii) Ilícitude da Discriminação Genética do *Screening*. - A utilização da informação genética, pelo domínio do genoma, tem servido a finalidades clínicas de interesse da humanidade, como a medicina preditiva, a nível de um “destino biológico” e os testes genéticos tem atuado em rastreio para diagnósticos pré-sintomáticos de doenças, predisposições e predição de riscos.

(iii) Ilícitude da Discriminação Genética Securitária - No plano das relações contratuais, as discriminações genéticas colocam-se mais frequentes nas celebrações de seguros de saúde. De efeito, tem sido vedada eventual prática de exigência de testes genéticos, por parte de empresas seguradoras, para as chamadas “estratégias de cálculo do risco genético” ou outras exigências que comprometam a intimidade genética.

²⁴³ Situação de tal ordem foi objeto da primeira questão de discriminação genética laboral posta a exame judiciário nos Estados Unidos, no caso “Equal Employment Opportunity Commission (E.E.O.C) v. Burlington Northern Santa Fe Railway” (2002), envolvendo a agência federal encarregada de controle e repressão às práticas de discriminação genética de empregados e uma empresa ferroviária que procedeu aos testes preditivos a respeito de eventuais patologias laborais por parte de trinta e seis empregados a eles submetidos, sem prévio conhecimento. A questão foi concluída por acordo das partes, mediante indenização de valor superior a US\$ 2 milhões.

CAPÍTULO V

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIGITAL

Sumário: §5.1. A responsabilidade civil digital. §5.2. Em busca de definição e aplicação de uma responsabilidade civil preventiva. O problema jurídico do anonimato e a falta de medidas à consumação do dano. §5.3. Deveres de remoção e de desindexação de conteúdo. § 5.4. A Responsabilidade civil das Redes Sociais Virtuais ou Mídias Digitais

§ 5.1. Uma dogmatização da responsabilidade civil digital

Uma dogmatização da responsabilidade civil digital, tendo por objeto a sociedade da informação em face do impacto lesivo de suas tecnologias, há de cogitar para seus critérios norteadores ser subsidiada, em primeira hipótese, na denominada responsabilidade pressuposta.

Cuida-se, objetivamente, de a evolução tecnológica, atualmente sob escalas imprevisíveis, com a possibilidade dos mais sérios danos à pessoa, não poder ficar unicamente fincada nas premissas de base do próprio progressivo científico. Ou seja, tecnologias a todo custo, por interesses prioritariamente científicos e econômicos, sem que o discurso da ciência esteja acompanhado da análise circunstanciada de suas consequências jurídicas.

Essa responsabilidade digital coloca-se urgente e precoce, a níveis de entender a lesão como algo factível, podendo ser admitida por um critério objetivo: o da *mise en danger*²⁴⁴. Elaborado pela jurista belga GENIVÈVE SCHAMPS, em conceito fundador de um princípio geral de responsabilidade, referido por GILSELDA HIRONAKA²⁴⁵, o critério deve ter a sua incidência, em muitas ocorrências de ilicitude civil na sociedade informacional.

É que por essa perspectiva, a evolução tecnológica, muito afeita a influir na sociedade de informação, com maiores graus de pertinência, carrega consigo uma maior potencialidade de risco. No ambiente de internet, nomeadamente, o pressuposto de intensidade de risco é inegável.

Depreende-se que essa responsabilidade deverá ser: a um, correspondente ao perigo que ela representa, como ilicitude de perigo, no que

²⁴⁴ Consignado pelo artigo 2.050 do Código Civil italiano, onde se insere a potencialidade do dano.

²⁴⁵ HIRONAKA, Giselda MARIA f. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005, p. 231.

compreende uma responsabilidade civil preventiva (v.g. caso de inibir as ações ofensivas na internet por cadastramento prévio dos utilizadores ou outras medidas dissuasórias ao malferimento de direitos); a dois, no que se propõe à mitigação dos prejuízos causados, respondendo, a *contrario sensu*, pela não atenuação dos danos (v.g. quando deixa de remover, no tempo legal, conteúdos ofensivos ou outros de violação a direitos da personalidade).

Cada ação de pôr em perigo ou a de expor a risco a pessoa (*mise en danger*), em seus direitos de personalidade, por Tecnologias de Informação (TI), constitui, de fato, um padrão conhecido e caracterizador de situações ilícitas que são, ordinariamente, existentes na sociedade informacional e, em particular, na internet. Esse padrão poderá, sem dúvida, alcançar grande parte das situações ilícitas.

Lado outro, quando se discute o exercício arbitrário da liberdade de expressão, nas hipóteses de comunidades virtuais raivosas, a responsabilidade digital estará subsidiada, em segunda hipótese, ao instituto jurídico do “abuso de direito”. Teremos em situações que tais, comuns nas interações das mídias virtuais, a incidência dos artigos 187 do Código Civil brasileiro e 334º do Código Civil português, para ficarmos apenas nas duas ordens jurídicas de interesse.

Vejamos:

(i) “Art. 187, CCB. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²⁴⁶

(ii) “Art. 334º, CCB. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

Neste ensejo, tem interesse de estudo consignar a doutrina de MENEZES CORDEIRO²⁴⁷ à formação analítica, de tipo germânico, por ele desenvolvida, no efeito de uma aplicação apropriada, por similitudes primárias, aos novos tipos de abusos de direito, de fácil tráfego nas comunicações

²⁴⁶ Uma das melhores definições dogmáticas de abuso de direito, como categoria jurídica inserta no art. 187 do novo Código Civil, foi promovida por GUSTAVO TEPEDINO, ao conceitua-lo como “uma conduta que, embora lícita mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”, almejando a sua disciplina uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídico subjetiva.

²⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio. Tratado de Direito Civil Português. Vol. II, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2010.

interativas de grupos de discussão e de comunidades. Tal sucede com a intolerância manifesta nos discursos de ódio e nas intervenções tumultuárias que se abrigam no *cyberespaço*.²⁴⁸

Assim, as atitudes intolerantes que surgem do agir humano a entender-se de início, nas suas exatas medidas, como uma reação comum de inconformismo e não-lesiva, assumem uma abusividade flagrante, quando objetivamente tendentes à recusa da tolerância necessária, em trespasse qualitativo exorbitante. Essa expansão desmedida, entre tolerar e não tolerar, não tolerar menos ou não tolerar demais, ou tolerar sem tolerâncias maiores, compreende uma linha de graus comportamentais, onde sucede, com maior nitidez, a variação entre o lícito e ilícito.

O acolhimento da espécie de um abuso da tolerância ou da ilicitude da recusa da tolerância adequada, filia-se, nesse fim, à histórica construção doutrinária levada a efeito quanto aos abusos de direito que, no curso do tempo, consolidou o instituto jurídico, a partir de sua configuração mais remota²⁴⁹, como elucidou MENEZES CORDEIRO:

i) *A aemulatio*, praticada sem proveito ao titular, e a um só tempo, em prejuízo de outrem; configurou os atos emulativos, de “*injustiça manifesta*” que os romanos consagraram no entendimento dos atos abusivos; incidindo, por efeito, a *exceptio doli*, por defesa pelo emulador, ou do outro contrapondo-se com a *exceptio doli praesentis*.

ii) Adiante, o instituto passa por novas construções doutrinárias e, sobretudo, da jurisprudência, para reprimir condutas graves, de práticas danosas, em ilicitude flagrante, aí se verificando, ainda, a sua fonte mais remota, “*fundamentalmente ligada às relações de vizinhança*”.²⁵⁰

²⁴⁸ Assim concebido, o desempenho de atitudes em ordem a representar abuso do direito, tem precisão com idêntico sentido de um exercício abusivo da intolerância. Embora não possam obter estes atos um único catálogo, defendemos conveniente à ilicitude da tolerância, uma “regulação típica de comportamentos abusivos”, na espécie do gênero Abuso. Por fácil constatação, tem-se reconhecido o espaço cibernético da internet como o mais acessível para a prática de abusos de direito, integrando este instituto na seara da responsabilidade civil digital.

²⁴⁹ O exemplo histórico mais veemente do abuso de direito, apesar dos precedentes da jurisprudência francesa, está na Alemanha. O caso do senhor feudal que fez sepultar a sua mulher, nos domínios do seu castelo, impedindo que o filho de ambos, de quem nutria discórdia, pudesse visitar na propriedade a sepultura de sua mãe. O Tribunal alemão garantiu ao filho enlutado o direito de acesso, coibindo a exorbitância do uso de direito de propriedade pelo pai que, em último significado, importava em abuso de intolerância.

²⁵⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”. Coimbra: Edições Almedina, pg. 35.

iii) Segue-se, na concepção do instituto, o conceito de falta (*faute*), da doutrina francesa, admitindo o civilista português que “*na realidade, a falta traduz um misto de culpa e ilicitude que, na sua imprecisão, permite desenvolvimentos muitos latos, no campo da responsabilidade civil*”²⁵¹. É nesta perspectiva que tem lugar o largo experimento do instituto do abuso de direito, dado que “*na verdade, a pessoa que actue com “falta” é responsável, mesmo quando se acolha ao exercício formal de um direito*”.²⁵²

Consiste, então, o abuso de direito, na contrariedade dos valores da norma jurídica, sob a expressão adotada por LAURENT (*abus de droit*), quando exercido o direito subjetivo que dela se extrai, por conduta do seu titular que exceda os limites do regular exercício de seu direito, em descompasso com os interesses éticos, sociais e econômicos, de tal sorte a causar ou puder causar dano a terceiro.

Pois bem. Uma análise da responsabilidade civil digital²⁵³, sob a característica do mundo virtual (ou “metaverso”), imbrica em pontos nodais, pontificando dentre eles, a salvaguarda dos direitos da personalidade, designadamente tendo a pessoa em centralidade das preocupações e o direito à informação verdadeira.

Inserem-se, nessa premissa, por evidente, (i) o balanceamento do princípio da liberdade de expressão (direito de crítica) com o direito fundamental de proteção à(s) identidade(s) da pessoa, (ii) a ponderação dos limites, com nítida distinção da crítica comum e a ofensa irradiada do excesso de crítica, objetivamente com o propósito e desiderato da ofensa, suficiente a estabelecer o nexo de causalidade entre o ato e o dano, o que define a responsabilidade e (iii) a proteção dos novos direitos exurgentes da sociedade informacional, a partir do predomínio necessário da ordem pública a protegê-los, entendendo-se, desse modo, que o direito de informar não prescinde da verdade como seu dogma de responsabilização.

Segundo a melhor doutrina de responsabilidade civil digital, a sociedade da informação, em suas múltiplas faces, haverá, sempre, de

²⁵¹ Obra cit., p.37-38.

²⁵² Aqui poder-se-á reconhecer que a falta, para o abuso da intolerância, situa-se na falta de aceitar a discordância, embora esteja aquele faltoso no seu direito de discordar; resultando, porém, de tal falta, a manifesta recusa da tolerância necessária, ao extremo da sua dimensão de ilicitude

²⁵³ Cfr. SOUSA, Marcos Rogério. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, TERESA Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Sociedade de risco e o Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 742 p.

atentar para a função social da atividade informativa que nela se insere e a caracteriza. Essa função social é a correlação inexorável que se impõe entre a liberdade da informação (direito de informar) com o dever da informação devida, justa e adequada, sem tergiversar a verdade que a sustente.

A. MARINHO PINTO, no exame do direito português a respeito, salienta:

“O primeiro de todos os limites à liberdade de informação é a verdade. Um tal limite estruturado no seguinte princípio: nem tudo o que é verdade pode ser divulgado, mas tudo o que se divulgar deve ser verdadeiro”.²⁵⁴

O respeito pela verdade alcança, pois, não apenas o profissional que exercita a sua atividade do direito de informar; irradia a mesma obrigação a todos os que intervenham no universo da internet, nas redes sociais e em todos os meios de comunicação da sociedade informativa, cujo produto e razão estão indissoluvelmente ligados ao ato de difusão de fatos e opiniões.

Ao entendimento de a informação, por seus elementos difusivos, ser considerada serviço, agregando todos os sistemas de redes computacionais e outros meios de difusão de moderna tecnologia da notícia - o que importa que todos a ela tenham acesso - claro se observa, noutra ponta, que a informação disseminada por terceiros, utilitários dos sistemas, sem prestação alguma de serviço, não poderá ser descomprometida com os deveres de veracidade.

Direito de informar e direito à informação são absolutos entre si e transitam na mesma via. No tráfego das informações consumidas, é fundamental que a verdade corresponda à informação veiculada, para que uma relação confiável indique a sustentabilidade da sociedade informativa. Logo, o direito à informação não será outro senão aquele à informação condigna e veraz.²⁵⁵

²⁵⁴ PINTO, A. Marinho. Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação. In: Sub Judice – Justiça e Sociedade, vol. 15/16, p. 75 e seq., Coimbra, 2000.

²⁵⁵ O valor verdade que envolve o direito de bem ser informado, sob pena de não se efetivar o direito, não perde de vista o conceito clássico aristotélico, onde verdade é dizer daquilo que é, o que é; e daquilo que não é, o que não é, corresponde à verdade; o cartesiano, pelo qual a certeza é o critério da verdade.

O enunciado exposto por PETER HABERLE, situa a questão:

‘A verdade é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum’.²⁵⁶

Logo, em tal contexto, duas vertentes se apontam, em relação à responsabilização civil de conteúdo informativo; (i) ao profissional, pelo dever técnico de a informação prestada, como serviço, ser verdadeira, ante o direito difuso concernente a uma correta informação; (ii) ao utilizador ou usuário da internet, de redes sociais e outros meios da Sociedade de Informação, pelo dever moral de prudência e correção, na disseminação da notícia não verdadeira.

Em relação ao primeiro, LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR, acentua que sua atuação torna indispensável que *“a conduta de quem exerce o direito de informar seja diligente na averiguação dos fatos que envolvam a informação”*.²⁵⁷

No atinente ao segundo, não se deixa de reconhecer a responsabilidade do ato de divulgar informações inverídicas, malogrando bens e valores, consabido que a avaliação da verossimilhança do fato estaria a reger a sua difusão, sob pena de constituir abuso de direito. Nomeadamente, a informação errada ou incompleta, insidiosa a diversas interpretações, tem repercussão danosa ao ofendido.

§ 5.2. Em busca de definição e aplicação de uma responsabilidade civil preventiva. O problema jurídico do anonimato e a falta de medidas à consumação do dano.

Entenda-se por responsabilidade civil preventiva, todas as atividades necessárias e adequadas ao resguardo prévio inibitório da ilicitude civil e, principalmente, à consumação do dano, desafiando, dentre

²⁵⁶ HABERLE, Peter. “Diritto e Verità”. Torino: Einaudi, 1995, p. 105; v. Greco, Conceito de Prova, RFDCampos, n. 5/2004.

²⁵⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O direito difuso à informação verdadeira e a sua proteção por meio das ações coletivas. A função social da informação. In: Doutrinas Especiais. Responsabilidade Civil, Vol. VIII. Edições Especiais Revista dos Tribunais/100 Anos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 41-53; e Revista de Direito Privado nº 10/2002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

as suas várias espécies preventivas, o problema jurídico do anonimato na internet.

O balizamento das condições para efetivar o implemento de uma responsabilidade civil preventiva, na sociedade da informação, atravessa, por impositivo, uma política de acertamento de vontades quanto a inibir, cautelarmente, situações ilícitas, em quaisquer esferas de comportamento. Tal política dependerá de uma legislação regulatória no tratamento de prevenção civil ao ilícito e de termos de ajustamentos de conduta, vinculando provedores e a sociedade civil.

(i) Dir-se-á de alguns mecanismos que se afigura de possível implementação: Resguardo prévio à consumação do dano, mediante T.A.Cs., sob a égide do artigo 12 do Código Civil brasileiro e do artigo 70, I, do Código Civil português.

Os termos de ajustes, inspirados nas “*class actions*” do direito americano, e previstos nas ações coletivas do direito brasileiro, servirão de criar obrigações positivas de monitoramento e de exclusão imediata aos conteúdos ofensivos e degradantes na Web.

De mais largo emprego, em ações cíveis nas questões subjacentes às relações consumeristas, ambientais, trabalhistas, entre outras, os Termos de Ajustamento de Conduta projetam-se com uso coercitivo em face dos serviços de internet, onde com maior relevância situam-se questões relativas a direitos fundamentais.

Na prática, exemplo paradigma, com significativo alcance foi o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado, em 2008, entre o Ministério Público Federal e a Google, onde a empresa de internet signatária ficou obrigada a divulgar os casos de material ilícito de pornografia infantil com veiculação na rede “Orkut”, além de manter os arquivos em seus servidores por prazo prorrogável de cento e oitenta (180) dias

Os cadastramentos de acesso aos sites de busca junto aos provedores de pesquisa, o de acesso para participação em sites e blogs e inserções de comentários e o de uso em conexões de rede, mediante o dispositivo de senha pessoal, afiguram-se como mecanismos de contenção e prevenção ao cometimento de atos ilícitos ou, alternativamente, como procedimentos investigatórios.

MARCEL LEONARDI expunha, a seu tempo:

“Um dos problemas mais polêmicos a respeito da privacidade do usuário na internet é a retenção de dados cadastrais e de conexão por parte de provedores de serviços.

Ora bem. A retenção de dados ou armazenamento de dados de conexão (*logs*) já agora constitui um dever legal pelos intermediários *on line*.

Em enquadramento normativo, anota-se que diante da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil Brasileiro da Internet), os registros de conexão dos usuários devem ser guardados por um ano.

A guarda dos registros (*log*) é tornada obrigatória, pelo prazo de doze meses, pelas empresas de internet, considerados os provedores de conexão e os de serviço (sites, portais, servidores, aplicativos).

Irradia-se uma política normativa de retenção e armazenamento de dados cadastrais e de conexão, em busca da implementação dos direitos de proteção aos direitos de identidade na internet, consabidamente já proclamada no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos” (art. 8º).²⁵⁸

Assim sendo, segue-se pensar, em termos pragmáticos, que a internet já carece de arquiteturas de controle, com o objetivo de afastar o problema jurídico do anonimato, aparentemente solucionado pelo dever de retenção de dados.

É que, não obstante a obrigação legal de guarda de dados, no acesso e uso da internet, com as informações básicas de permanência entre o *login* e o *logout*, os utilizadores da rede não se sentem dissuadidos à prática de ilícitos. O poder dissuasório é um nada jurídico.

Esta constatação, até do ponto de vista estatístico, não tem o mecanismo inibitório suficiente, o que evidencia a necessidade de novas

²⁵⁸ A propósito: “Dever de prestação dos Estados-Membros da União Europeia no sentido de implementar mecanismos legais que possibilitem a obtenção pela vítima, dos dados cadastrais e de conexão que permitam identificar e localizar o autor de um ato ilícito cometido por meio da Internet, sob pena de violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos” (art. 8º)”, cf. Caso K.U. v. Finland, j. em 02.12.2008, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Cfr. Marcel Leonardi, Tutela e Privacidade na Internet; p. 214.

diretivas a respeito de maior controle das comunicações feitas na Internet.²⁵⁹

Em outra latitude, à quebra eficiente do anonimato existem os deveres de informação por parte de provedores e empresas exploradoras dos servidores de internet, em disciplina de contribuir, com agilidade, à identificação de autores infringentes.²⁶⁰

§ 5.3. Deveres de remoção e de desindexação de conteúdos

São provedores de serviços de internet os que, em ambiente virtual, prestam variados serviços por meios eletrônicos, cabendo-lhes em algumas de suas espécies um determinado protagonismo de atuação, em evidente relação contratual com o usuário dos referidos serviços, não se limitando à condição de meros intervenientes.

Destacam-se os serviços de acesso²⁶¹, de correio eletrônico²⁶², de conteúdo²⁶³ e de hospedagem²⁶⁴.

Informações lesivas veiculadas na rede Web são da responsabilidade de quem as postou, nas esferas civil e penal, ficando o provedor obrigado a excluí-las do sistema, sempre que instado a essa providência, pena de responder igualmente pela prática.²⁶⁵

²⁵⁹ A União Europeia editou a Diretiva nº 2006/24/CE dispendo sobre os padrões mínimos quanto à conservação de dados gerados ou tratados, em face de todos os meios de comunicação, inclusive da Internet.

²⁶⁰ Vejam-se, a tanto, as legislações municipais, disciplinando o funcionamento de lan houses, para guarda de dados e informações, como a lei paulista de nº 12.228/2006. No mais, o Tribunal de Apel. Cível 604.346-4-7/00, j. em 10.12.2008, reconheceu a responsabilidade dessas empresas, por não fornecer dados de utilizadores autores de ato ilícito.

²⁶¹ Provedores de acesso prestam serviços de conexão com a Internet, intermediando o usuário com a rede mundial, atuando com programas tecnológicos de acesso mediante o uso de protocolos da rede denominados "Internet Protocol" (I.P.). O computador do usuário é conectado, mediante a identificação do seu protocolo, permitindo a transferência de dados de modo eficiente e rápido.

²⁶² Provedores de correio oferecem os serviços do sistema de correio eletrônico ("e-mail"), para troca de mensagens, mediante recepção e transferência, disponibilizando uma caixa postal para a reserva e armazenamento daquelas, em servidor de e-mail. Diante da natureza do serviço, não serão eles responsáveis por recepção de "e-mails" de conteúdos ofensivos.

²⁶³ Provedores de conteúdo são os que disponibilizam ao usuário da Internet o acesso às informações e serviços, colocadas em páginas eletrônicas de sites ou blogs, com os mais variados tipos.

²⁶⁴ Provedores de hospedagem são os que prestam serviços de armazenamento de arquivos e informações que são colocadas nos sites de acesso ao público interessado. Esse serviço de alojamento é objeto dos denominados contratos de "hosting".

²⁶⁵ Neste sentido, a jurisprudência tem decidido: STJ – REsp. n. 1.186.616-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23.08.2011.

A remoção ou desindexação de conteúdos ofensivos, pelo provedor de serviço, deve ser havida como um *standard* de conduta, sempre que cientificado seja o provedor de sua existência e instado a essa remoção.²⁶⁶

Revelam-se esclarecedores os julgamentos do STJ, nesse aspecto, assinalando que “ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.”²⁶⁷

Com a edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a legislação de regência, os seus artigos 19 e 21 referem às expressões “tornar indisponível o conteúdo” e “deixar de promover (...) a indisponibilização”, ao invés da remoção, quando à evidência a ordem judicial deverá, sempre, cogitar da remoção e não da simples indisponibilidade de acesso.

Assim, a indisponibilidade de conteúdo apontado como infringente, somente obriga o provedor a promovê-la, por ordem judicial específica, no prazo assinalado, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Sua responsabilização somente terá lugar, portanto, diante de não haver sido tomada, no referido prazo, a providência, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

Acentuado que os pedidos de exclusão deverão, sempre, ser formulados judicialmente, o marco regulatório coloca três exceções: (i) as disposições legais em contrário; (ii) infrações aos direitos do autor ou conexos, sob previsão legal específica; e (iii) de conteúdos de cunho sexual por imagens, vídeos ou outros materiais; casos em que serão os pedidos feitos diretamente pelos interessados (art. 21).

A indispensabilidade da providência judicial (judicialização obrigatória), para todos os casos não excetuados por lei, impõe custos e tempo do processo judicial. Mas seria crível e viável a dispensa, caso os

²⁶⁶ Deve o provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. (STJ – 3ª Turma, AgRg no AREsp 305681 / RJ, Relator Min. Ricardo Vbilla Bôas Cueva, j. em 04.09.2014, DJe. De 11.09.2014).

²⁶⁷ REsp 1.186.616/MG, 3ª Turma, DJe de 31.08.2011 e REsp 1.193.764/SP, 3ª Turma, DJe de 08.08.2011, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andrigui.

provedores oportunizassem mecanismos de baixa e remoção dos conteúdos, por simples formulação da pessoa titular do direito de identidade pessoal, em prestígio à sua autodeterminação informativa.

A esse respeito, analisa NANCY ANDRIGHI:

“(...) no caso específico dos sites de rede social, o próprio provedor disponibiliza um serviço de denúncia contra conteúdo ilícito ou ofensivo, rogando-se, nos termos de uso a que adere cada usuário, o direito de suprimir a respectiva página. Há, portanto, um acordo particular que autoriza o provedor a exercer esse juízo discricionário, circunstância ausente nos sites de pesquisa”.²⁶⁸

Muito se discutiu sobre a obrigatoriedade ou não de fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor de material postado na web, por cada usuário da rede, resultando consenso jurisprudencial no sentido de “não se constituir atividade intrínseca ao serviço prestado”.

Para além disso, acórdão paradigmático²⁶⁹ da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde também Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, também deixou assente que “o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo”, afastando a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Indiscutível, porém, que tecnologias podem ser adotadas, com filtros preventivos, para a localização automática de conteúdos ilegais, por palavras-chave, evitando a sua permanência em rede, quando é consabido que o elevado padrão dos serviços desenvolvidos na tecnologia da informação, em redes da internet, tem permitido que projetos de elevados custos e rentabilidade sejam concretizados, por interesse comercial, com o uso das mesmas tecnologias. Logo, para a proteção da dignidade, os custos a serem desenvolvidos pelas grandes corporações, aprimorando as técnicas de detecção, nunca serão maiores que a própria dignidade a ser afetada,

²⁶⁸ STJ – RESP. nº 1.316.921-RJ

²⁶⁹ STJ – 3ª Turma, REsp. nº 1308830-RS, j. em 08.05.2012, DJe. De 19.06.2012.

Temperada a judicialização cogente, pelo permissivo legal do art. 21 do Marco Civil da Internet, quando a remoção de conteúdos de natureza sexual será procedida mediante simples notificação do envolvido, fácil perceber a timidez da lei, ao não incluir, em idêntico procedimento, os casos de ofensa à dignidade da pessoa e aos direitos de identidade.

Em resposta de jurisdição, outro acórdão do STJ, cumpriu desate a um tema de idêntico relevo jurídico, quanto aos provedores de pesquisa²⁷⁰.

²⁷⁰ "CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido." (STJ – 3ª Turma, RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6). Relatora Ministra Fatima Nancy Andrigui, j. em 26.06.2012.

No conceito definido pelo acórdão, entende-se que:

“O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.”

O relevo contemporâneo das decisões afasta um dever geral de vigilância dos provedores quanto ao conteúdo de material veiculado, ficando submetido somente a um “dever de diligência”, para a desindexação dos conteúdos hostis, após denúncia da vítima.²⁷¹

Em Portugal, o Decreto nº 07/2004, isenta os provedores do dever de controle e monitoramento, com a isenção da responsabilidade prevista nos artigos 14 a 17.

Aos provedores de busca, no mesmo plano deverá ter aplicação a Lei nº 12.965/2014, para efeito da desindexação dos conteúdos, ou seja, a remoção dos resultados de pesquisa, com a supressão das ligações (*links*) relativos àqueles conteúdos apontados como ofensivos, a depender da provocação da parte ou da ordem judicial.

§ 5.4. A Responsabilidade civil das Redes Sociais Virtuais ou Mídias Digitais

As mídias digitais²⁷² refletem as atuais relações cotidianas de uma sociedade fortemente midiaticizada, forçoso considerar os múltiplos aspectos pelos quais essas relações são traduzidas, a partir de uma identidade digital dos seus integrantes.

O denominado *networking* (“trabalhando em rede”)²⁷³ constitui uma das formas mais avançadas da sociedade digital, propiciando a

²⁷¹ A propósito do dever de diligência, citam-se os Ac. do STJ: REsp. 1.193.764-SP, j. em 14.12.2010. e REsp. 1.186.616-MG, j. em 23.08.2011,

²⁷² MARTINO, Luís Mauro Sá. Teoria das Mídias Digitais. Linguagens, Ambientes e Redes. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2014, 291 p.; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade Civil e Internet: Problemas de Qualificação e Classificação de Conflitos nas Redes Sociais. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.) Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 283-302.

²⁷³ O vocábulo é a fusão de “net” (“rede”) e “working” (“trabalhando”) significando os contatos que uma pessoa tem nos seus relacionamentos.

integração de contatos entre pessoas, para disseminar conhecimento e informação, através das redes sociais *on line*.

Segundo NANCY ANDRIGHI e BITTENCOURT GUARIENTO, “as redes sociais virtuais atuam como provedoras de conteúdo, pois o site disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Esses usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos (comunidades), igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates, viabilizando o compartilhamento de conhecimentos, interesses e esforços voltados a objetivos comuns”.²⁷⁴

Segue-se, então, assinalar que no mundo digital as redes sociais devem e deveriam tender aos fins a que se destinam, no benefício dos interesses afins de pessoas que reunidas em sites de contatos e conteúdos estabeleçam, antes de mais, fluxos de dimensões cognitivas para o proveito comum dos determinados grupos que integram.

Ditos grupos, formados com objetivos de relações interpessoais, ou institucionais; e ainda de atuações de interesses econômicos, de pesquisas ou de interação profissional, entre outras, tornam as redes sociais uma realidade compartilhada, de pronto acesso, nos seus mais diferentes níveis, tamanha a interação ocorrente, abertura e porosidade.

A densidade das redes sociais é tamanha que ninguém mais se torna estranho. As referências de cada um são conhecidas, quando colocados todos como pessoas comuns e inter-relacionadas, pela conectividade; pouco importa quem sejam, onde estejam, com interações proporcionadas em efeitos de desdobramentos múltiplos. Produz-se como se tem produzido, um novo tipo de conhecimento, o da “aproximação virtual”, onde as informações pessoais são compartilhadas sem importar a quem, de fato, realmente interessem e aproveitem.

Mas não é só. A privacidade acabou ao tempo em que todas as informações *on line* são gerenciadas por provedores, empresas e instituições, em estado de vigilância globalizada.

²⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. GUARIENTO, Daniel Bittencourt. A Responsabilidade Civil das Redes Sociais Virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.) Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 233-247.

MARIAN SALZMAN ²⁷⁵ dá a noção maior do problema, adiantando:

(a) Os conteúdos das caixas postais eletrônicas não são privativos, em serviços como o “Gmail”, quando se constata a veiculação de anúncios publicitários relacionados ao que está sendo escrito;

(b) “tudo o que as pessoas no mundo inteiro escrevem no “Twitter” fica registrado em uma biblioteca no Congresso Americano, em Washington.”

Malgrado o elevado papel indutor de conhecimento, informação e cooperação solidária das redes sociais, ilicitudes civis nelas são recorrentes, designadamente por razões ideológicas, convicções políticas ou distorções éticas. Interatividade mais gravosa, a exemplo de conter discursos de ódio, perversões de caráter e discriminações de qualquer natureza.

Nessa dimensão desviante de uso racional das redes, apologias criminosas e a efetivação de danos à honra, por violação de direitos, são as práticas ilícitas e transgressoras mais comuns e reiteradas, tanto a materializar os *cybercrimes*, para uma responsabilização criminal digital, como a visibilizar a ocorrência de comportamentos ilícitos na esfera cível, suscetíveis de reparação civil.

As variáveis são muitas, a indicar situações do cotidiano virtual, onde as redes sociais se prestam úteis a disseminar ofensas, informações inconsistentes, críticas abertas, ou serem instrumentos de ódio e de crimes anunciados.

A casuística oferece exemplos, no plano dos fatos observáveis:

(i) as comunicações em redes sociais de torcidas organizadas ou “gangs” de rua, que se desafiam reciprocamente, com marcações beligerantes de local e horário programados para enfrentamentos físicos (rixas), são características que apontam a grave problemática, em agudeza que desafia o trato jurídico das questões;

(ii) Vexames e constrangimentos a que crianças ou adolescentes são submetidos por exposição indevida em redes sociais; incidindo, pela legislação brasileira, no disposto pelo artigo 232 do Estatuto da Criança e do

²⁷⁵ Presidente da Havas PR North America, em reportagem no jornal “Estado de São Paulo”, 11.03.2013, Cad. N, p. 6.

Adolescente. No ponto, mencionam-se dois fatos singulares, que indicam, por seus variados graus, a extensão do problema:

a) Uma professora de escola particular em Atibaia (SP) publicou, em sua página no “Facebook” a prova de uma aluna (12) anos, identificada na letra por colegas de classe, com correções, comentários e xingamentos, apontando, ainda, respostas erradas de outros alunos (“eles que me aguardem na próxima aula”);²⁷⁶

b) Um vídeo feito, em sala de aula, com um telefone celular, por quatro estudantes de Turim, na Itália, teve o “upload” da gravação em seção do Google, repercutindo intensamente. Nele, estudantes surram e xingam um colega autista e um deles profere frases ofensivas contra a “Vididown”, organização de pesquisa científica e de tutela integral de portadores da síndrome de Down.

No caso de Turim, anota-se como referência legal o Código Penal italiano preceituar com objetividade:

“não impedir um fato, que se tem a obrigação jurídica de prevenir, equivale a causá-lo”.

Reaviventa-se, sob a égide tal preceito, de doutrina garantista, a discussão em torno da indenidade ou da não responsabilização dos provedores de conteúdo, quanto às veiculações ofensivas na rede.

A tese da impossibilidade material de impedir os conteúdos, quando filtros preventivos automáticos podem ser desenvolvidos, em plataformas, deve ser revista por legisladores e doutrinadores da responsabilidade civil. Situar, precisamente, o alcance da responsabilização, no seu *locus* de concorrência por omissão, é de conveniência objetiva no trato, pelo direito, das questões acima postas.

É significativo observar, outrossim, no que concerne às redes de relacionamento que suas estruturas constituídas assumem dinâmicas operacionais a partir das informações veiculadas, dos perfis pessoais estabelecidos e dos vínculos criados entre os seus usuários.

Com efeito, as aplicações principais dos “softwares sociais”, como acentuam MARISTELA BASSO e FABRÍCIO POLICO²⁷⁷, destinam-se ao

²⁷⁶ “O Estado de São Paulo”, 04.05.2013.

²⁷⁷ BASSO, Maristela. POLICO, Fabrício. Jurisdição e lei aplicável na Internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: Lucca, Newton de.

gerenciamento das informações das redes sociais, com as implicações de busca, avaliação e administração; ao gerenciamento de identidade, mediante o manejo dos perfis pessoais e ao gerenciamento dos relacionamentos, no que toca às vinculações pessoais, em tempo, curso e modo, começo e fim.

Chama a atenção, pois, o espaço aberto para determinadas lesões, nos serviços das redes sociais, que incluem, em alguns casos, serviços internos de e-mail, fóruns e grupos, afetando, sobremaneira, os direitos da personalidade.

Outra questão pertinente diz respeito quanto à responsabilidade sobre comentários produzidos, em caixas de diálogos, por parte de qualquer pessoa que acesse o site do serviço de notícias ou serviços similares onde a intervenção é facilitada e, mais que isso, objetivamente provocada.

Tem sido entendido que eventuais formulações ofensivas que ultrapassem o direito de crítica são consideradas unicamente atribuídas ao emissor da mensagem, para efeito de responsabilização civil, não alcançando o titular do site que a veicula.

Contudo, tenha-se que o fato do serviço, por certo, não será apenas a disponibilização da informação; o permissivo acréscimo de comentários sobre a referida informação, também se constitui serviço, o de permitir um instrumento avaliador de repercussão dos dados comunicados, como anexos da própria informação.

Logo, ao possibilitar o exercício opinativo, com a atividade de fomento de intervenções abertas, o leitor, convocado a tanto, passa a ser também o intérprete da notícia, como que, preposto, efetivando um jornalismo de opinião, no fórum de suas palavras. Uma tribuna jornalística ampla e irrestrita, em comunidade de serviços.

É razoável, daí, uma ponderação entre a disponibilidade do serviço de consideração opinativa do utilizador da rede e o mau uso dele, como que prestado pelo próprio site,

Ademais, tolerada a intervenção de prestação de serviço de opinião agregada à notícia, por quem o ofereceu, sem exigir, inclusive cadastramento prévio e/ou identificação pessoal visível na própria

SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet, Aspectos Jurídicos relevantes, vol 2. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 446-447.

divulgação do comentário, tudo faz indicar em casos que tais, a responsabilização solidária. A convocação de opiniões a respeito da notícia, no modo de permitir o anonimato, permite, na mesma latitude, o abuso de direito de expressão. Nessa esfera, há um nexo de causalidade entre a atividade de fomento das intervenções abertas, angariando comentários e o dano decorrente.

CAPÍTULO VI

À GUIA DE UMA TEORIA DOS DANOS VIRTUAIS POR SUAS POTENCIAÇÕES

Sumário: §6.1. Notas introdutórias. §5.2. Os danos virtuais havidos como danos existenciais.

§ 6.1. Notas introdutórias

Os desafios da sociedade tecnológica estão a desenhar uma teoria dos danos digitais. Bem dizer, “no campo da informática, cresce aceleradamente o domínio da eletrônica, o que leva a novos problemas causados pela utilização crescente dos meios virtuais na sociedade de massa” (AMARAL, 2009)²⁷⁸. No ponto, ele refere à construção doutrinária já oferecida por VITTORIO FROSINI (1981)²⁷⁹

De saída, a potenciação do dano na Internet guarda estreita relação com o grau da difusão do conteúdo ofensivo na rede, uma realidade tornada incontroversa na dimensão da interatividade e na partilha dos dados quando se constata o alcance dos serviços e das redes sociais.

A potenciação dos danos na internet guarda peculiaridades acentuadas na comunicação desenvolvida, que alinham (i) velocidade e (ii) quase permanência. Somam-se a veiculação instantânea da informação, em rapidez como a do telefone e a comunicação em sua fixidez, por imagem, vídeo ou texto, com o caráter quase permanente na rede, como refere OLIVIER HANCE.²⁸⁰ Segundo ele, com essa equação, evidencia-se a “a extensão e o potencial difamatório de uma mensagem divulgada pela rede.”

JOÃO FACHANA levanta três grupos de hipóteses: (i) trânsito do conteúdo entre utilizadores individuais; (ii) envio para uma multitude de

²⁷⁸ AMARAL, Francisco. Dano à Pessoa no Direito Civil brasileiro. In: VIEGAS, Frederico (Coord.). Direito Civil Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, 385 p.; pp. 123-150.

²⁷⁹ FROSINI, Vittorio. Il Diritto nella Società Tecnologica, Milano (IT): Giuffrè Editore, 1981, p. 205; 332 p.

²⁸⁰ HANCE, Olivier. Internet e la legge. Milano: McGraw-Hill, 1997, apud PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 6ª ed., 2013, 128 p.; p. 27.

sujeitos; (iii) sites de armazenamento de conteúdos abertos a qualquer utilizador da rede, em dimensão quantitativa indeterminada.²⁸¹

Bem a propósito, a doutrina de SOFIA CASIMIRO empresta valiosa contribuição a uma teoria dos danos virtuais, que se forma pelo objeto e os interesses afetados, tendo presente a dimensão dos danos resultantes da transmissão de conteúdos ilícitos pela internet com o impulso difusivo e a maior capacidade de agravamento.²⁸²

Fato certo é o de a Internet, pelo volume de informações que processa e sob a complexidade dos seus sistemas, permitir-se a ser, no ambiente virtual, circunstância indutora e propícia aos malefícios de condutas.

GABRIEL STIGLITZ reconhece o risco potencial, afirmando:

“...observa-se na internet, ‘um permanente estado de perigo potencial de ocasionar danos, em determinadas situações em que a capacidade de controle sobre a informação é limitada.”²⁸³

Outro elemento indutor à lesividade é a questão do anonimato, problema jurídico muito denso, diante de o anonimato se tornar uma das características básicas da internet.

A circulação anônima na rede, a forma de comunicação que nela se desenvolve para postagens e veiculações, faz surgir uma identidade irreconhecível de pronto, onde o agente atua às ocultas, sob o facilitário das sombras e ali constrói “uma identidade livre de condicionamentos”.²⁸⁴ Essa

²⁸¹ FACHANA, João. A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet. Coimbra; Almedina, jul./2012, p. 68-69.

²⁸² CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet. Coimbra: Almedina, 2000, p. 54-56. Para a potenciação do dano, há uma inteira adequação do aumento da difusão dos conteúdos, embora entenda a doutrinadora mitigado o universo de responsabilização pela potenciação do dano ante a falta do necessário nexo de causalidade.

²⁸³ STIGLITZ, Gabriel. Responsabilidad civil por daños derivados de la informática. In: RIGGO, Felix represas. Responsabilidad civil. Dotrinas esenciales. Buenos Ayres: La Ley, 2006, t. VI, p. 47-57. Citado por BRUNO MIRAGEM, em Responsabilidade por Danos na Sociedade da Informação e Proteção do Consumidor: Desafios atuais da regulação jurídica da Internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa maria (Org.). Edições Especiais. Revista dos Tribunais; 100 Anos. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

²⁸⁴ PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 6ª ed., 2013, 128 p.; p. 39.

segurança de aparente incolumidade ao ser incógnito induz, destarte, o quantitativo de eventos de ampla nocividade ao estímulo de sua consumação, ou seja, o que falta de coragem na vida real para a prática da ofensa, ganha-se, à largueza, nos escaninhos dos *bites*. Na internet, a potenciação da ilicitude encontra terreno mais fértil, à guisa de um simples manejo *do mouse*.

O anonimato, porém, se torna cada vez mais aparente e menos real, diante das possibilidades sugeridas de, através dele, constituir-se um “*espaço de liberdade total*”, onde o tudo fazer e o fazer tudo permissivos significariam, por certo, constituir e outorgar carta de indenidade a ilicitudes de toda ordem.

A jurisprudência brasileira caminha em posição mais avançada, para atenuar o direito de privacidade (sigilo) na internet, sempre quando em face de ilícitos penais ou civis. A perfeita individualização dos utilizadores da rede, afastando o anonimato, quando em risco de lesão ou lesão praticada, tem sido determinante, e nesse alcance, opera-se o direito de aquisição da quebra do anonimato do ofensor.²⁸⁵

Vê-se, a propósito, que “o fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários”²⁸⁶ Em relação a esse grau de potencialidade de dano, pelo anonimato, convenhamos por mecanismos legislados de resguardo prévio à consumação do dano, sob influxos dos artigos 12, CCB e do artigo 70, I, CCP.

A jurisprudência vem gradualmente reconhecendo que, apesar de o monitoramento (prévio ou em sucessivo) de conteúdos postados não

²⁸⁵ “(...) Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de hospedagem de blogs ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 11. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ - REsp: 1406448 RJ 2012/0131823-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2013).

²⁸⁶ STJ – 4ª Turma, no AgRg no REsp: 1395768 RJ 2010/0224825-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, j. 22/04/2014, T4 - Data de Publicação: DJe 22/05/2014.

ser atividade intrínseca do serviço prestado pelo provedor, a sua responsabilidade se configura quando:

i) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide;

ii) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.²⁸⁷

Neste julgado, o destaque é a obrigatoriedade reconhecida de os provedores manterem um sistema onde seja viabilizada a imediata identificação dos utilizadores do sistema, responsáveis pelos conteúdos de ofensa.

Se assim é, outro passo importante para a compreensão teórica da responsabilidade é que, dispondo os provedores do conhecimento do registro do número de protocolo, caso será a sua responsabilização, outrossim, uma vez instado a fazê-lo, não proceder com o bloqueio imediato dos “Internet Protocol” (IPs.) existentes em nome do agente das ofensas. Esse tema permanece em aberto.

Pois bem. AMARAL atento aos fatos jurídicos, aponta para o suporte generalista do direito brasileiro onde o denominado dano moral (artigo 186, parte final) decorrente da lesão de bem jurídico não patrimonial é havido em sua expressão, “no sentido de prejuízo não econômico”, compreendendo por isso todos os bens objetos (i) dos direitos da personalidade, (ii) dos direitos políticos e sociais; e (iii) dos direitos de família.

No direito português (Código Civil, art. 496º), como em outros Códigos europeus, a exemplo do Codice Civile italiano (art. 2.059) e o BGB alemão (§ 253, 847, 1.300), adota-se, com devida exatidão, a expressão “dano não patrimonial”, convenhamos, de maior funcionalidade.

Esse caráter funcional oportuniza melhor dinâmica de aferição do dano não patrimonial, em face da lesão a direitos da pessoa, prestando

²⁸⁷ STJ – 4ª Turma, AgRg no REsp 1402104 / RJ – Rel. Min. Raul Araujo, j. em 27.05.2014, DJe. De 18.06.2014

ensejo, inclusive, a que se efetive a distinção entre a espécie larga desse tipo de dano (imaterial) com os danos tipicamente virtuais.

A essa questão diferencial de potências, responde o indubitável e reconhecido alcance mais potencializado de divulgação próprio do *cyberspaço*, com seus efeitos específicos de danos de maior extensão e tempo, em comparativo com o mesmo dano na esfera de uma realidade concreta. O dano virtual tem uma explícita ilimitação dos seus domínios, porque é de sua natureza não poder ser limitado. É ele pautado por um efeito difuso de sua concretização. E é, por isso mesmo, que haverá de ser analisado a partir de paradigma jurídico distinto do dano perpetrado nas relações não virtualizadas.

Demais disso, todo dano virtual tem, para além de macular valores personalíssimos da pessoa, a extensão de estigmatizar, a cada desfecho, a internet como instrumento democrático de informação valiosa e séria, contributivo de um processo de evolução do conhecimento para todos e, nessa toada, torna-se um dano coletivo.

A força opressiva de cada dano virtual praticado na internet, em outra vertente, cria uma corrente propulsora de ofensores, podendo-se afirmar que constituída a internet como um patrimônio universal, ter-se-á não apenas um conflito de interesses pessoais, mas sobretudo um conflito social entre a democracia da informação responsável e o vandalismo aético que pretende subordinar/submeter a internet a um inadmissível descontrole.

6.2. Os danos virtuais havidos com danos existenciais

Um dos danos que mais evidenciam o seu dimensionamento gravoso na internet são os “*Memes*” e os “*virais*”. Embora pareçam vocábulos idênticos, na cultura digital, apresentam eles diferenças substanciais, nada obstante suas lógicas de difusão serem as mesmas, fundadas nas replicações instantâneas e velozes.

A reprodução dos *virais* tende a manter a sua originalidade enquanto os *memes* são modificados, nas mais diversas formas de replicação, em versões diferentes (“*remixes*”).²⁸⁸

²⁸⁸ Conferir: MARTINO, Luís Mauro Sá. Teoria das Mídias Digitais. Linguagens, Ambientes e Redes. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2014, 291 p.; pp. 177-181.

O dano causado pela difamação na internet não pode ser facilmente cessado. Isso ocorre, pois a internet é global e as informações nela contidas são facilmente "virilizadas".

A questão posta diz respeito ao dano expandido ou reiterado, sucessivamente, e a cada vez ocorrente, por contribuição de terceiros agentes, quando do compartilhamento dos conteúdos ofensivos. Espécie de dano continuado, embora praticado pela atuação de novos agentes.

O termo "*virilização*" ganha, de tal conduto, um novo significado na internet, a expressar a capacidade exponencial de reprodução, mormente quando a mensagem é divulgada através de pessoas-chaves receptoras que se transformam em emissoras da mesma mensagem, em cadeia de reenvios continuados.

Em situações que tais, imensurável se torna o dano, afrontando em maior escala os direitos de personalidade.

A autonomização de tal dano deve ser compreendida, em duas faces:

(i) O dano virtual, em se tratando de violação aos direitos de personalidade não pode ser equiparado pela responsabilidade clássica aos danos patrimoniais, no que concerne aos resultados, de ordem negativa, no âmbito de perdas materiais ou, ainda, aos danos imateriais concebidos em sua concepção ordinária na tessitura dos danos morais. Na sua especificidade é causado por lesão de natureza gravíssima, no que concerne ao seu objeto, atingindo qualquer das diversas identidades pessoais que guarnecem a individualidade íntegra da pessoa humana, em sua dignidade absoluta. No campo violador de ilicitude, o dano virtual oriundo de um ativismo maléfico, produz efeitos na unidade da pessoa, independente da espécie da identidade afetada.

Nessa perspectiva tipificadora é, por essência, um dano existencial. Porque, justamente, afeta a dignidade da pessoa a exigir uma vida digna, em todos os seus interesses, o que corresponde um valor em si mesmo, absolutivizado, e suas consequências jurídicas individuais representam afetação de existência, ou o chamado "dano à vida de relação".

O dano existencial tem sua origem no direito italiano, fundamentado no que é previsto pelo art. 2.043 do Código Civil da Itália²⁸⁹, que trata do ressarcimento por fato ilícito, a dizer a jurisprudência que todo dano por ofensa a direito fundamental é considerado um dano injusto, desapartado da regra geral do art. 2.059 do mesmo Código,²⁹⁰ ao referir aos danos não patrimoniais. Alude MAURO BILLANCETTI²⁹¹ acerca da distinção, pronunciada em inúmeros julgamentos, afirmando que o dano existencial resultou reconhecido quando a Suprema Corte Italiana o admitiu, em acórdão paradigma (Decisão nº 7.7139) em data de 07.06.2000.

Nessa toada, o dano existencial se perfaz, não pelo fato de sacrifício por alteração relevante da qualidade de vida, o seu elemento primário, nas formas limitadoras mais conhecidas, mas em função de o dano atingir a unidade da pessoa afetando sobremaneira, as relações sociais e seu mundo circundante, de forma inexorável.

A propósito, FLAVIANA RAMPAZZO reconhece a extensão do dano existencial, na forma qualitativa do bem-estar lesado, expressando categoricamente que;

“(...) a lesão ao direito de privacidade e à honra (...), são fatos potencialmente geradores de dano existencial”.²⁹²

A percepção do dano existencial, segundo ela, dá-se por uma “interação menos rica do lesado com outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas”, de tal modo a constituir dano a uma relação existencial regular interativa. Os danos à personalidade praticados na sociedade da informação, consubstanciados no seus efeito múltiplos de irradiação e manutenção, afetam de tal ordem a esfera existencial da pessoa

²⁸⁹ Art. 2.-043. CC Italiano: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).” Consulta na Web: http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm

²⁹⁰ Art. 2.059. CC Italiano: Art. 2059 Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

²⁹¹ BILLANCETTI, Mauro. La Responsabilità penale e civil del medico. Padova: Cedam, 2003, 5ª ed., p. 847, apud SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

²⁹² SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

que a recuperação do estado ideal anterior não se apresenta, de regra, viável, no plano de uma recomposição linear e satisfatória.

Nada obstante se possa entender que o dano existencial não deva ser confundido com o dano à vida privada, pode-se, também, considerar que aquele se torna dano reflexo da lesão à privacidade e à intimidade.

De partida, torna-se crível a hipótese que este último dano, por sua natureza, acarrete à vítima de prosseguir ou reconstruir o seu projeto de vida, em dimensões familiar, afetiva, ou outras, com consequente redução de vida de relação.

A hipótese tem lugar mais frequente nas vitimizações virtuais que comprometem o respeito e o recato de pessoas jovens, expostas em sua intimidade sexual por vídeos e imagens, cujos prejuízos à imagem e à consolidação da vida se revelam imensuráveis.

Os danos virtuais, de efeito, para além de alcançarem por infringência pessoal, os resultados objetivos da lesão, em relação jurídica com a pessoa prejudicada, são danos sociais e coletivos que vulneram a sociedade da informação, no que ela tem de mais importante e precioso, o direito de a pós-modernidade servir, com eficiência e tecnologia, ao progresso humano. A cada lesão individual perpetrada, coexiste um dano social porque afetados direitos de natureza transindividual. Nesse diapasão, há de se construir uma nova teoria dos danos advenientes da ilicitude civil digital.

CAPÍTULO VII

CONCLUSÕES

1. As estruturas jurídicas clássicas, na sua tipicidade convencional, devem ser transformadas, por meio dos novos conceitos que o Direito possibilita, para tornarem-se atuais à importância desafiante das tecnologias avançadas. Designadamente, no âmbito da identidade pessoal, como representação considerável às exigências de afirmação da pessoa, essas estruturas padecem de obsolescências que colocam em risco uma necessária integridade do sistema que embasa a proteção da dignidade humana.

2. Na sociedade da informação, sobretudo na Internet, as finalidades repressivas contra o dano já não se apresentam suficientes, devendo as proteções inibitórias e as tutelas preventivas serem mais bem exercitadas, nos fins de evitar que atos ilícitos sejam cometidos e que os danos deles decorrentes aconteçam, como soem ocorrerem.

3. A doutrina tem advertido, nesse desiderato, sendo significativo adiantar o que orienta JOÃO CALVÃO DA SILVA, quando expressa a fórmula mais urgente:

“A tutela inibitória é a mais idônea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso científico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas.... (...).²⁹³

É concludente que tais diretivas obrigam uma revisão abrangente da ordem jurídica, para a dicção de uma responsabilidade civil preventiva mais explícita e ampla da sociedade da informação.

4. A Internet diante de constituir o *cybespaço* um universo paralelo cujo potencial assume dimensões ainda não conhecidas, é fenómeno que transcende as suas esferas tecnológicas para interagir diretamente com cada pessoa. A interação, de interesse social, terá de ser protegida a níveis de possibilitar a credibilidade da rede e a segurança virtual do cidadão em sua privacidade.

5. A provocação jurisdicional, para o controle, prevenção, correção e reparação civil, em face de atos ilícitos na sociedade da informação tem servido a demonstrar o efetivo e relevante contributo da jurisdição, no enfrentamento das

²⁹³ SILVA, João Calvão. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 2ª ed., p. 469.

questões novas postas a julgamento. Evidenciam-se os decisivos papéis do Judiciário nacional e português em garantia plena do direito personalíssimo das identidades das pessoas, com sua imprescindível atuação, tudo a teor do inciso XXXV do art. 2º da Constituição Federal brasileira e do artigo 20º, 1. Da Constituição da República Portuguesa. Os julgados paradigmas postos à proteção da identidade pessoal, em suas diversas variações, têm aperfeiçoado a doutrina.

6. É significativo reconhecer a gradativa interface que tem aproximado o direito público e o direito privado, em diálogo de fontes permanente, diálogo que tem como seu regente o princípio da dignidade humana devidamente constitucionalizado. Essa visão sistêmica tem sido um novo axioma bem colocado na doutrina citada por JOSÉ FERNANDO SIMÃO, afirmando:

“A dicotomia clássica entre os direitos público e privado tende paulatinamente a desaparecer. Deixa o Código Civil de ser o centro das relações do direito privado. Com a consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, a Constituição assume seu lugar como base fundamental dos princípios do ordenamento”.²⁹⁴

Torna-se sinalagmático, pois, que os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil alberguem os fins de proteção da identidade pessoal na atual sociedade da informação, intuindo através da roupagem de uma tutela geral, a dignidade da pessoa humana.

7. Na atual sociedade de risco²⁹⁵, como corolário das tecnológicas avançadas, inclusive as de informação, ora disponibilizadas pela sociedade informacional, é de exigência do princípio da dignidade humana, que o teor substancial da pessoa se coloque inteiramente protegido pelo direito. Essa proteção far-se-á, proativa, em cada identidade pessoal que a pessoa detém, como sujeito de novos direitos. Proatividade do direito que se pede exata e suficiente a responder, com JEAN PAUL SARTRE:

“o importante não é aquilo que fazem de nós, mas o que nós mesmos fazemos do que os outros fizeram de nós”.

O presente trabalho intenta contribuir com alguma reflexão sobre essa tarefa de resposta pelo instrumental do direito, demonstrando que a identidade pessoal, como dimensão analítica da individualização da pessoa, é descoberta nova para revitalizar os direitos da personalidade na sociedade da informação.

²⁹⁴ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. São Paulo: Editora Método. 2008, p. 96.

²⁹⁵ Termo cunhado por Ulrich Beck, em “Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Autores e obras

1.1. Portugal

ALBUQUERQUE MATOS, Filipe Miguel Cruz. *Responsabilidade civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*. Coimbra: Almedina, 2011, 770 p.;

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, 329 p.;

_____ et al. *Sociedade da informação: Estudos Jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____ *Direito Civil. Teoria Geral. Vols. I, II e III*. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª. ed., 2010.

ARAUJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, 379 p.

_____ *A Procriação da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999, 174 p.

ASSIS, Susana Almeida Zamira. *Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil*. Coimbra: Almeida/Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, 268 p.

BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013, 301 p.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direitos da Personalidade*, Coimbra, 1992, p. 22.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Orlando de. *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra: Almedina, 1973,

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da Informação transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, nov./2000, 141 p.

DIAS, José Eduardo Figueirêdo. *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001. (Studia Iuridica; 61: Ad Honorem; 1).

FACHANA, João. *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*. Coimbra; Almedina, jul./2012, 189 p.

LEITÃO, Luís Menezes. *Direito da sociedade de informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, v. IIII,

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. Coimbra: Almedina, 2 ed., 2001, reimpressão 2014, 524 p.

_____. *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (Director), diversos números; Coimbra; Almedina.

MAC CHORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, 121 p.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. Coimbra: Edições Almedina.

NUNES, Rui. *Geneética*. Coimbra: Almedina, 2013, 170 p.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*. Coimbra; Almedina, 2011, 729 p.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Compêndio jurídico da sociedade da informação: notas práticas, legislação e jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2004.

PINTO, Paulo Mota. *O direito à Reserva sobre a intimidade da vida privada*, In: Boletim da Faculdade de Direito (separata), vol. LXIX, Coimbra, 1993.

SILVA, João Calvão. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 2ª ed., p. 469.

1.2. Outros países

BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: *desigualdades sociais numa era global*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013.

_____. *Vigilância líquida*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013.

_____. *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008, 199 p.

_____. *Identidade*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2005, 110 p.

_____. *Ética Pós-Moderna*. Trad. de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, 349 p.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, 2ª ed., 348 p.

BILANCETTI, Mauro. *La Responsabilità penale e civile del medico*. Padova: Cedam, 5ª ed. 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht : eine Zwischenbilanz*. Walter de Gruyter & Co., Berlin/New York, 1999; tradução portuguesa de

Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, 165 p.

DRETSKE, F. I. *Knowledge and the flow of information*. Oxford: Blackwell, 1981

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Trad. de Pedro Elói Duarte, Coimbra: Almedina, 2012, 515 p.

HASSEMER, Winfred, SANCHEZ, Alfredo Chrino. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos de procesamiento automatizado de datos personales*. Benos Aires: Del Puerto, 1997.

MEYER-BISCH, Patrice. BIDAULT, Mylene. *Afirmar os direitos culturais. Comentários à Declaração de Friburgo*. Trad. de Ana Goldberg. São Paulo: Iluminuras, 2014, 157 p.

OST, FRANÇOIS. *O Tempo do Direito*, trad. Élcio Fernandes, Bauru (SP); Edusc, 2005.

RODOTÁ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância. A privacidade hoje*. Trad. de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: 2008, 382

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

SEMPRINI, Andrea. *La société de flux. Formes du sens et identité dans les sociétés contemporaines*. Paris: Harmattan, 2003.

SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. Yale University Press. 2007.

1.3. Brasileira

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed., 2014, 210 p.

BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 189 p.

CABRAL, Marcelo Marques. *O Direito de Danos na Perspectiva da Defesa do Consumidor: Um Diálogo de Constitucionalização entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. Notas e reflexões. São Paulo: Método (no prelo).

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade. Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009,

DIAS, Rodrigo Bernardes. *Privacidade Genética*. São Paulo: SRS Editora, 2008, 261 p.

FERREIRA LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Crimes de Computador e Segurança computacional*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, 2ª ed., 166p. pp. 59-61

HIRONAKJA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005, 383 p.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 402 p.

LAGRASTA NETO, Caetano. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito de família; novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Editora Atlas, 1ª. ed., 2011.

LEONARDI, Marcel. *A Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 402 p.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética. Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade*. Coord. Rodrigo Mazzei. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 223 p.

LOPEZ, Teresa Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 742 p.

LUCCA, Newton de. SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet, Aspectos Jurídicos relevantes*, vol 2. São Paulo: Quartier Latin, 2008,

MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,

MARQUES, Jader. SILVA, Maurício Faria da. (Org.). *O Direito na Era Digital*. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2012, 198 p.,

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das Mídias Digitais. Linguagens, Ambientes e Redes*. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2014, 291 p.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e Internet*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 535 p.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 861 p.

MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá Editora, 2001

MORAES, Alexandre de. KIM, Richard Pae. (Coord.). *Cidadania. O novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos individuais fundamentais, individuais e coletivos*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 281 p.

NERY COSTA, André Brandão. *Direito ao esquecimento na internet; a scarlet letter digital*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.) *Direito e Mídia*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 347 p.; pp. 193-194.

OLIVEIRA, RAFAEL Santos de. BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e Direitos da Sociedade em Rede*. Ijuí (SP); Ed. Injuí, 2014, 288 p.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 6ª ed., 2013, 128 p.

PETERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 187 p.

ROBI FILHO, Ilton Norberto. *Direito, Intimidade e Vida Privada*. Curitiba: Juruá, 2010, 189 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 270 p.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Editora Método. 2008, 264 p.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, 160 p.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 5: *Direito de Família*. São Paulo: GEN/Editora Método, 7ª. ed., 2012.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetivação desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos Dados Pessoais*. São Paulo: Thompson Reuters/Editora Revista dos Tribunais, 2013, 187 p.

2. Autores e Artigos.

2.1. Portugal

FARIA, Paula Lobato de. *O Biodireito: Novos princípios, actores e Instrumentos de Regulação*. In: GONÇALVES, Maria Eduarda. GUIBENTIF, Pierre. (Coord.) *Novos territórios do Direito*. Estoril (PT): Princípiã. 2008, p.156 p.; pp. 137-147.

MIRANDA, Jorge. *Estado Social e Direitos Fundamentais*. In: Doutrina. Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 Anos. Brasília: STJ, 2005, 492 p., pp. 201-219

PINTO, A. Marinho. *Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação*. In: Sub Judice – Justiça e Sociedade, vol. 15/16, p. 75 e seq., Coimbra, 2000.

PINTO, Paulo Mota. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

2.2. Outros países

MEIRINCK, Claire et al. (Coord.). *De la Bioéthique au Biodroit*, Collection Droit et Société, Paris, 1994, L.G.D.J.

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *EUA: Harvard Law Review*, v. 3, 1889-1890.

10.2.3. Brasileira

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de Almeida. *A (ir)responsabilidade Civil dos provedores de serviço da Internet por fato de terceiros*. In: *Direitos da Personalidade*. Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012, 462 p.; pp. 226-280.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. *A relevância do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica*. In: PAESANI, Liliani Minardi (Org.). *Direito na Sociedade da Informação*, vol. I, São Paulo: Atlas, 2007.

BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício. *Jurisdição e lei aplicável na Internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social*. In: Lucca, Newton de. SIMÃO FILHO, Adalberto.

Direito & Internet, Aspectos Jurídicos relevantes, vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 446-447.

BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de Internet. Direito comparado e perspectivas de regulamentação no Direito brasileiro*. Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Regulação do Ciberespaço, Fronteiras Virtuais e Liberdade: Desafios globais e atuais*. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidade Jurídicas*, Vol. 07; São Paulo: Editora Saraiva, 2014; 292 p.; pp. 85-114.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da não-discriminação*. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos Fundamentais e Cidadania*, São Paulo: Método, 2008,

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Tratamento à Informação sobre (in)adimplemento e bancos de cadastro positivo: registro, esquecimento e ilicitude*. In: MELGARÉ, Plínio (Org.) *O Direito das Obrigações na Contemporaneidade. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 351-365.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Direito à identidade na perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Editora Renovar, 2010, 347 p.

DONEDA, Danilo. *O Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado e Internet*; São Paulo; Editora Atlas, 2014, 535 p.; pp. 61-78;

FÁBIO LUCAS MOREIRA. *Da “sociedade informática”, de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do Marco Civil da Internet (PL 2.126/2011)*. In: MARQUES, Jader. SILVA, Maurício Faria da. (Org.). *O Direito na Era Digital*. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2012, 198 p.; pp. 13-45.

LIMBERGER, Têmis. *Direito e informática: o direito de proteger os direitos do cidadão*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais*,

Informática e Comunicação. Porto Alegre (BR): Livraria do Advogado Editora, 2007, 27º p; pp. 195-225.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *Direitos Humanos e objeção de consciência. Uma questão fundamental*. In: Revista Anajur, Ano V, jul.-ago-set.-2014, pp. 14-15.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na internet*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito Privado e Internet; São Paulo; Editora Atlas, 2014, 535 p.; pp. P. 03-28.

2.1.10. *Direito ao esquecimento na internet*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 2ª ed., 447 p.; pp. 277-303.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Os “Novos” Direitos enquanto direitos públicos virtuais na Sociedade da Informação*. In: WOLKMER, Antônio Carlos.

LEITE, José Rubens Morato (Org.). “Os Novos Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflitualidades Jurídicas. São Paulo: Editora Saraiva; 2003, 353 p.; pp. 319-353.

SOUSA, Marcos Rogério. *Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet*. In: LOPEZ, TERESA Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Sociedade de risco e o Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 742 p.; pp. 678-697.

TREVIZAN, Thaita Campos. *A tutela da imagem da pessoa humana na Internet na experiência jurisprudência brasileira*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito Privado e Internet; São Paulo; Editora Atlas, 2014, 535 p.; pp. 179-192

