

RESUMO

A intensidade tecnológica da vida moderna gera inúmeras situações que requerem decisões sobre publicidade de dados processuais ou decretação de sigilo. Estudamos, abaixo, as vantagens e desvantagens do processo eletrônico, apresentando sugestões para preservação de dois princípios/valores constitucionalmente protegidos: publicidade e intimidade. Quando entram em rota de colisão, deve o Judiciário buscar a solução através da ponderação no caso concreto. A Lei de Informatização do Processo (processo eletrônico ou digital) é um passo para implementação da celeridade processual, mas concluímos que não pode atropelar ou macular a distribuição da justiça. A celeridade não pode sobrepor-se à efetividade.

Palavras-chave: Publicidade. Sigilo. Privacidade. Intimidade. Processo. Eletrônico. Celeridade. Efetividade.

ABSTRACT

The intensely used technology in modern times generates countless situations which require decisions concerning the public opening of procedural data or the decree of its secrecy.

In this chapter we study the advantages and disadvantages of the electronic processes, presenting some suggestions for the protection of both constitutional principles: publicizing (public domain) or keeping processual privacy. When the above mentioned principles collide, the Judiciary must find appropriate solutions through each concrete case. The Law governing Electronic or Digital Legal Proceedings is one step forward towards the implementation of processual celerity, although we support the idea that this celerity must not run over nor stain the distribution of justice. Haste can never overlap effectiveness.

Keywords: Opening of Data. Secrecy/Privacy. Intimacy. Electronic Law Suit. Digital Legal Proceedings. Celerity. Effectiveness.

*Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP/SP, Professor de Teoria do Direito e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UniFMU – SP, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU em São Paulo.

1. Introdução

A Lei de Informatização do Processo Judicial (LIP) é a Lei nº 11.419/06.

O dilema que enfrentamos é, sem dúvida, entre a transparência pública e o da opacidade dos negócios privados¹. De fato, nossa Constituição consagra que a regra é a publicidade (art. 93, IX), consistindo o sigilo em exceção. O sigilo pode ser decretado no processo consoante as razões do próprio art. 93, IX, CF (intimidade) ou consoante as razões do art. 5º, inc. LX, CF (intimidade ou interesse social).

Como conciliar, então, a publicidade, que é a regra (e constitui-se em importante mecanismo de controle do Poder Público pelo cidadão) e a intimidade?

Nossa Constituição possui mais duas cláusulas pétreas protetoras da intimidade: art. 5º, incisos X e XII – intimidade, vida privada, honra, imagem, sigilo de correspondência, dados, comunicações telegráficas e telefônicas (excetuados os casos de investigação judicial). Diz-se que, quando somente o Judiciário pode quebrar estes sigilos, estamos diante de cláusula de reserva judicial.

O Constituinte foi expresso ao prescrever cláusula de reserva judicial apenas para a quebra do sigilo telefônico. Vozes há no sentido da desnecessidade de ordem judicial para quebra de sigilo de correspondência ou sigilo bancário, o que o STF ainda promete definir.

Onde estaria, então, o limite entre o direito de informação, e consequente fiscalização do Poder Público, e a mera curiosidade alheia?

Veremos, mais adiante, que somente a ponderação no caso concreto pode resolver o dilema (princípio da proporcionalidade). A tecnologia facilita a vida do cidadão e traz eficiência e celeridade à máquina pública, mas a privacidade/intimidade precisa ser resguardada. A intimidade tem estreita relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e não é raro

veremos o STF colocar este último acima dos demais princípios.

O Poder Judiciário sempre foi mais refratário ao acolhimento de novas tecnologias. A tecnologia tanto pode acelerar o processo quanto submeter o cidadão a violação de garantias constitucionais. O problema só pode ser resolvido com a conciliação de interesses. O Juiz tem o grande poder, muitas vezes mal usado, de decretar sigilo em um caso concreto.

Poderíamos dizer, igualmente, que a publicidade também decorre da dignidade da pessoa humana, uma vez que o cidadão sente-se digno e confiante ao fiscalizar o Poder Público e obter respostas transparentes dos órgãos públicos.

A intimidade é representada por um círculo concêntrico menor do que a privacidade. Refere-se a intimidade a questões sexuais e religiosas - é um círculo menor, muito particular e impenetrável².

Os direitos fundamentais de segunda geração, em que o Estado está vinculado a uma prestação positiva a favor do cidadão, sem dúvida vieram para proteger e implementar o conteúdo da cláusula pétrea da intimidade. O cidadão passa a exigir do Estado providências pró-ativas no sentido de proteção de seu nome, honra, dados e demais consectários da intimidade/vida privada.

Há inclusive a possibilidade do direito ao esquecimento, do direito de ser deixado só, de não monitorado e não ser registrado ou reconhecido. Tudo isso está correlacionado com a dignidade da pessoa humana e consagra os direitos fundamentais de segunda geração, em que o Estado deve assumir papel ativo de proteção, editando normas conciliadoras do direito de publicidade e direito de privacidade/intimidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela ONU em 10.12.48, trouxe a privacidade enquanto Tratado ratificado pelo Brasil: “Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e

¹ PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 13.

² COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-31.

reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O Pacto de San José da Costa Rica, igualmente um Tratado ratificado pelo Brasil em 1992, hoje recepcionado com *status* de norma supralegal (acima das Emendas e abaixo da Constituição), traz, também o seguinte: “Artigo 13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça; Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade. Inciso 1 - Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Inciso 2 - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Inciso 3 - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Nos EUA, o direito de privacidade foi pela primeira vez discutido no famoso caso *Griswold x Connecticut*, em 1890, em que uma senhora da alta sociedade viu-se ofendida com notícias divulgadas sobre as festas que oferecia. O caso baseou-se no artigo “*The Right to Privacy*”, dos autores Samuel Warren e Louis D. Brandeis, que elevavam a privacidade à categoria de Direito Fundamental. Com base neste artigo, destes dois autores, a Justiça Norte-Americana julgou indevida a intromissão da mídia que expunha fatos privados ocorridos nas festas da citada senhora da alta sociedade norte-americana³.

Nosso novo Código Civil de 2002, em seu art. 21, traz a possibilidade de discricionariedade do juiz para decretar sigilo, o que parte da doutrina pensa constituir-se em poder discricionário excessivo nas mãos do juiz⁴.

O Código Penal protege o cidadão contra a invasão de domicílio (art. 150).

³ Louis Brandeis e Samuel Warren, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, v. 4, p. 193, 1890 APUD MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 379-380.

⁴ ANDRADE, Rodrigo Alves de. *O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico*. In: O Direito na Sociedade da Informação II (Org.) Liliana Minardi Paesani, 1ª Edição, São Paulo: Atlas, p. 157.

O CPC de 1939 previa a oralidade e publicidade em diversos dispositivos. Nosso CPC atual, de 1973, inúmeras vezes modificado, prevê oralidade e publicidade em seus artigos 132, 330, 552, dentre outros, mas de maneira atenuada.

Em Roma e Atenas já se previam alguns julgamentos públicos. O Direito Canônico, todavia, foi formalista e restringiu a publicidade. A falta de publicidade permeou o Direito da Idade Média significativamente.

A LOMAN tem dispositivo restringindo a publicidade em casos de processo de perda do cargo de juiz (art. 27, § 2º), o que se revela flagrantemente inconstitucional face ao 93, IX, CF, em nossa opinião e de parte da doutrina.

A regra, portanto, hoje, deve ser a publicidade, e o segredo a exceção. O ato público inspira confiança, respeito e fiscalização por parte da população quando é transparente.

O Mestre Canotilho asseverou: “O Estado Democrático exige conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe actos normativos secretos contra os quais não se pode defender”⁵.

O direito à informação pode ser garantido pelo *habeas data*, presente como remédio constitucional em nosso artigo 5º, LXXII, CF.

A nova redação do art. 93, IX, CF, dada pela EC 45/04, estende as hipóteses do 155, CPC (decretação de sigilo a critério do juiz), mas deixando claro que se deve tomar o sigilo como exceção.

A Lei 9784/99, que regula o Processo Administrativo Federal (e é aplicada em conjunto com a legislação do processo administrativo nos âmbitos estadual, distrital e municipal), traz expressamente o princípio da publicidade como regra (art. 2º).

A tecnologia (processo eletrônico), pois, coaduna-se com o interesse público, que deve ser a regra, deixando o interesse privado como exceção. No Brasil ainda não há rol taxativo de casos privados em que deva ser decretado o sigilo, ficando tal a critério do juiz.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1995 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 34.

O caso Daniela Cicarelli, por exemplo, foi emblemático. Decretou-se o sigilo quanto ao filme veiculado na *internet*, com finalidade econômica e de mera curiosidade, quanto aos atos sexuais da modelo em cenas protagonizadas na praia com o namorado. Mas a ação de indenização por danos morais e materiais foi julgada improcedente, e pode ser consultada por todos. O acórdão do caso, face ao princípio da publicidade, é facilmente encontrado na *internet* ou no Google, no endereço

<http://www.georgemlima.xpg.com.br/cica.pdf>
ou

<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=FA3465E9D120B03F89A2DF77DC4ABEE4?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=daniella+cicarelli>
Enfim, os atos processuais, hodiernamente, podem ser praticados eletronicamente (artigos 2º e 8º da LIP). Os documentos produzidos pelo Judiciário podem ser digitalizados e disponibilizados pela *internet* (art. 10 da LIP).

2. O que Buscou a Lip?

Sem dúvida, o que buscou a LIP foi a efetividade e a celeridade no processo. A efetividade não se confunde com a celeridade. A celeridade é a rapidez no processo, mas sem comprometer a efetividade. A efetividade obedece às regras da Constituição, é a busca do resultado justo.

A missão do processo é a distribuição da justiça. A celeridade não pode atropelar a efetividade. Não se pode sacrificar o fim em nome do meio.

A Emenda nº 45/04 acresceu ao art. 5º o inciso LXXVII, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de tramitação. Objetivou, sem dúvida alguma, a desburocratização e simplificação do processo.

Sustentam alguns que o princípio da celeridade já vinha implícito no princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), que é específico para a Administração Pública, ou que surgiu com o Estado de Direito e com a dignidade da

pessoa humana (art. 1º, III, CF) e devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

A duração ilimitada do processo atenta contra a dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais⁶. Deve-se proteger o indivíduo contra ofensas e humilhações. A proteção efetiva é proteção em prazo razoável. A modernização da Justiça é crucial.

Mas, o processo célere não pode sacrificar princípios, direitos e a própria efetividade da distribuição da justiça, sob pena de tornar-se um instrumento nocivo. A efetividade deve ser o alcance de um resultado prático, mas com observância dos princípios constitucionais do processo justo.

A lentidão da Justiça sempre foi criticada pela sociedade e pela mídia. O processo atinge sua função social?

O processo eletrônico não pode, a bem da celeridade, atentar contra os princípios processuais da Carta Magna. A Constituição é regra fundamental, como fonte de preservação da democracia. As normas processuais constitucionais continuam a informar o processo eletrônico, e são garantias de preservação dos direitos e das liberdades dos cidadãos.

A celeridade não pode atropelar os meios.

O processo eletrônico tem a vantagem de diminuir a extenuante tarefa dos Cartórios e serventias. A Justiça e mesmo o Executivo e Legislativo dispõem de número limitado de servidores. O aparelhamento do Poder Público é crucial, e o processo eletrônico colabora com esta tarefa.

Quanto à videoconferência, o STF posicionou-se contrariamente à ferramenta tecnológica, sob o argumento de que constituiria limitação da ampla defesa, além de inconstitucionalidade formal⁷. Asseverou o STF que deve-se mensurar se a videoconferência não exporia detalhes de um

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 500.

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=videoconfer%EAncia&base=baseAcord>
aos

júri, por exemplo, na *internet*. A reforma de um veredicto por um Tribunal Superior, posteriormente, e favoravelmente ao acusado, certamente não teria a mesma repercussão.

Porém, vozes da doutrina ditam que poderia ser amplamente utilizada a videoconferência para casos de menor complexidade, ou para oitiva de testemunhas

O STJ, a seu turno, tem demonstrado que não ofende as garantias constitucionais a videoconferência, em nome da celeridade, após a Lei nº 11.900/09 (lei da videoconferência). Entende o Sodalício que deve-se demonstrar o prejuízo para a defesa⁸. Entende o STJ que o prejuízo deve ser demonstrado para que o ato seja nulo. O STF ainda não julgou a questão após o advento da Lei nº 11.900/09. Antes desta lei, julgou inconstitucional o interrogatório por videoconferência (ferimento ao devido processo legal e à ampla defesa, como exposto).

Porém, diversas têm sido as medidas não eletrônicas inseridas na legislação para dar celeridade ao processo: modulação de decisões de inconstitucionalidade por parte do STF (art. 27, Lei nº 9.868, em razão de segurança jurídica), a introdução do art. 285-A, no CPC, facultando ao juiz a prolação de sentença em casos repetitivos, assim como os artigos 543-A e 543-B, também do CPC, restringindo a subida de recursos extraordinários sem repercussão geral.

Hoje permite-se ao Relator num Tribunal a conversão de um agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, CPC), em casos em que não esteja patente a lesão irreparável.

As Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01, que tratam, respectivamente, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito das Justiças Estadual e Federal, são fruto de tentativas de aceleração dos processos.

A nova lei do Mandado de Segurança também trouxe novidades, como a proibição de concessão de liminar para desembaraço aduaneiro, proibição de concessão de liminares

para compensação tributária e proibição de liminares para concessão de aumentos de subsídios de servidores públicos (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09).

A penhora *on line*, todavia, foi a novidade que mais trouxe celeridade para os credores nas áreas cível, tributária, trabalhista, etc.

É verdade que a execução deve se dar pelo meio menos gravoso e menos vexatório para o devedor. Mas também é certo que deve se dar do modo mais interessante para o credor. Os artigos 185-A, CTN, e 655-A, CPC, permitem a penhora de dinheiro, *on line*, em conta corrente bancária do devedor.

A contribuição para a celeridade foi muito grande. Para completar a novel legislação, o Judiciário firmou Convênio com o Banco Central, instituindo o BACENJUD.

A penhora *on line* não viola o direito à intimidade do executado, uma vez que a movimentação bancária não é trazida para o processo, mas tão-somente o valor depositado e correspondente ao crédito, devidamente penhorado, naquele momento. Nada mais é revelado.

Há duas ADINs contra o Convênio BACENJUD para penhora *on line*, sob o argumento de que o Convênio firmado pelas Justiças fere a competência exclusiva da UNIÃO para legislar sobre matéria processual (art. 22, I, CF) e sob o argumento de que o Judiciário feriria a separação dos Poderes ao penetrar em seara do Poder Legislativo. O parecer do Procurador-Geral da República foi em sentido contrário, argumentando que só se está conferindo efetividade à jurisdição⁹.

A penhora já vem prevista no CPC (art. 655), e o Convênio apenas a implementa. É corolário do processo eletrônico. A ordem preferencial, para evitar a astúcia do devedor, é a penhora em dinheiro, que apenas é efetuada *on line*. A tecnologia moderna apenas garante efetividade à prática jurisdicional (modifica-se apenas o *modus*, o meio de realização da constrição).

O sigilo bancário, na penhora *on line*, permanece intocado e resguardado. Poderia, se

⁸ http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=videoconfer%EAncia&b=ACOR

⁹ MARTINS, Adalberto. *A Penhora on line no Processo do Trabalho*. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 320.

fosse o caso, ser quebrado com autorização judicial (embora defendamos a desnecessidade de autorização judicial), mas apenas o valor penhorado em conta corrente é que aparece nos autos, em penhora feita pelo próprio juiz, que é o único que detém a senha fornecida pelo Banco Central (a senha BACENJUD).

O sigilo bancário, no mais, “não é absoluto nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo”. Ainda, “a jurisprudência do STF admite a quebra do sigilo pelo Judiciário ou por Comissão Parlamentar de Inquérito”. E, mais “o STF não toma a quebra do sigilo bancário como decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição”. Por fim, “o sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade”¹⁰.

O juiz pode determinar a penhora *on line* em qualquer estabelecimento bancário do país, mitigando-se o princípio da aderência. Vê-se que a contribuição para a celeridade e, conseqüentemente, efetividade é total.

Se a Carta Precatória ou a citação, hoje, já podem ser feitas por via postal ou eletrônica, como mitigação da aderência, então pode a penhora *on line* de dinheiro ser feita em qualquer local do país, via *internet*. A interpretação do art. 658, CPC, permite o ingresso do processo e meios eletrônicos para se encontrar e intimar/citar o devedor (fim social da norma e equidade, princípios do devido processo legal e ampla defesa, e princípio da celeridade).

A Lei nº 11.419/06 (LIP) sem dúvida alguma foi importante passo para busca da celeridade prevista na Constituição (e por que não dizer da eficiência prevista no art. 37).

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 385.

Busca-se atenuar a demora e o tecnicismo exagerado, com uma justiça rápida, transparente e de qualidade. Em direito comparado, temos o preceito em diversas Constituições e legislações infraconstitucionais. O preceito está previsto, por exemplo, no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, Tratado ao qual o Brasil aderiu em 1992:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Enfim, o processo eletrônico, presente em todas as modalidades acima citadas, veio para implementar a efetividade e a celeridade¹¹.

3. A Tecnologia, a Publicidade e a Privacidade/Intimidade

A possibilidade de exame dos autos e dos atos públicos denota controle social. A conduta pública transparente denota

¹¹ PIRES FILHO, ANTONIO FERNANDO COSTA. *Efetividade Jurisdicional*. Alguns parágrafos acima basearam-se neste nosso artigo, publicado exclusivamente na *internet*. Extraíu-se parte de seus conteúdos para elaboração deste artigo, sem cópia *ipsis litteris*. Faz-se, aqui, a devida autocitação. Nosso artigo anterior, *Efetividade Jurisdicional*, foi publicado exclusivamente na *Internet* nos *sites* das Editoras Magister, em <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=888>, Editora Fiscolex, em http://www.fiscolex.com.br/doc_19064313_EFETIVIDADE_JURISDIONAL.aspx, Editora Jurisite, em <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto544.html> e Editora Lex, em http://www.editoralex.com.br/noticias/doutrinas/doutrinas_texto.asp?ID=16900797&acesso=2, acessados em 01.06.11, como subsídios para elaboração deste trabalho. Fazemos, neste instante, a devida autocitação.

moralidade (o juízo público tende a ser um juízo justo; o juízo secreto é repudiado). A *internet* ajuda o controle do Poder Judiciário e da Administração Pública, ademais do controle do Poder Legislativo.

O mérito do ato administrativo não é controlável, mas a forma (se exigida a forma pública), sim. O acompanhamento do serviço judiciário e administrativo possibilita fiscalização e controle, em busca da celeridade e transparência. A prestação jurisdicional também é prestação de serviço público.

Assim, o processo eletrônico contribui para razoável duração do processo, mas não é a única solução: impõe-se uma infra-estrutura melhor.

Não fere a CF o § 6º, do art. 11, da Lei de Informatização do Processo Judicial (LIP) - Lei nº 11.419/06: a vista dos autos digitais será restrita às partes e advogados cadastrados, além do MP. O CNJ assim decidiu, alegando ampliação do direito ao sigilo – interpretação restritiva do conceito de publicidade (Procedimento de Controle Administrativo nº 2007.1.000.000.3932, Relator Conselheiro Antonio Umberto de Souza Júnior, data j. 25.03.08).

Para alguns doutrinadores, não caberia a restrição acima, pois se reduziriam os mecanismos de fiscalização¹².

Mas alguns Tribunais disponibilizam consulta a jurisprudência com nome das partes e outros dados que podem ser vexatórios. Destarte, é preciso ajustes nos sistemas de informática dos Tribunais. Qualquer um, hoje, pode consultar o caso do nudismo na praia de Santa Catarina, e verificar o nome das partes (*in casu*, o nome da mulher que exibiu os seios desnudos descuidadamente e foi fotografada). Vejamos, extraído o julgado dia 04.06.11 de http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=privacidade+e+dano&b=ACOR, tendo sido clicado, em seguida, em “Íntegra do Acórdão”, para ver o nome das partes:

RESP 595.600/SC
2003.0177033-2

¹² PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 94-95.

Recorrente: MARIA APARECIDA DE ALMEIDA PADILHA
Recorrido: ZERO HORA JORNALÍSTICA S/A
Relator Ministro César Asfor Rocha
Órgão Julgador: Quarta Turma
Data do julgamento: 18.03.04
DJ 13.09.04 p. 259 RDR vol. 31 p. 442 RSTJ vol. 184 p. 386

EMENTA - DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.

Portanto, temos a seguinte situação:

1) EFEITOS NEGATIVOS DA PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: a) comércio de banco de dados – dados com valor econômico; b) divulgação de dados pela *internet*; c) formação de listas negras para fins mercantis; d) impossibilidade do direito ao esquecimento – dificuldade do condenado encontrar trabalho; e) formação de base de dados (advindas das decisões judiciais) para formação de perfis (como testemunhas profissionais) para, por exemplo, fins de sinistros (companhias de seguros); f) formação de perfis (profissionais, hábitos de consumo, etc) – cidadão tratado como número; g) divulgação de litígios na área da saúde (impossibilidade de anonimato para quem tem AIDS) – desestímulo à busca da tutela no Judiciário; h) divulgação da intimidade (como religião) e dificuldade para alcance de um emprego; i) envio de *e-mails* falsos, com dados verdadeiros (nome das partes, tribunal, etc), com a finalidade de fraude (*phishing*).

2) EFEITOS POSITIVOS DA PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: a) princípios constitucionais do proc. antes relegados a estudos acadêmicos hoje ganham força com a celeridade; b) o sistema está mais efetivo no que toca à proteção da intimidade; c) o modelo cartáceo não privilegia tanto assim a publicidade, mas é preciso cuidado com o proc. eletrônico, mormente na seara penal, para preservarmos os dir. fundamentais; d) o processo eletrônico suplanta a necessidade de se ler DO, ir ao átrio do Fórum ou aguardar conclusão e vista ao MP; e) maior proximidade da população e Judiciário; f) “reflexos educacionais” do processo (Dinamarco¹³); g) custos minimizados; h) transparência maior, maior respeito do público e maior fiscalização por parte do público; i) oportunidade de maior uniformização de jurisprudência (advogados e juízes têm começado a citar mais casos encontrados na *internet*); j) propagação de sentenças e maior segurança jurídica; k) credibilidade do sistema (já se anulou ato de intimação com erro).

4. Relativização de Princípios: Conciliação da Garantia da Publicidade e da Privacidade/Intimidade

Deve-se buscar o equilíbrio na coexistência de direitos ou princípios – a aplicação equânime deve se dar com base na hermenêutica constitucional, visando a preservação dos valores. A harmonização busca a otimização. Retira-se o conflito e a possibilidade de um valor, princípio ou direito sobrepor-se a outro.

A intimidade pode ser vista enquanto garantia: assegura a preservação da vida privada. Enquanto direito, pode ser vista como mecanismo para que o cidadão possa exigir do Estado a reparação civil ou penal.

A publicidade também tem um duplo aspecto. A publicidade enquanto garantia é o instrumento de fiscalização do Estado.

Enquanto direito, fornece instrumentos para o acesso de informações respeito da própria pessoa (inclusive informações processuais).

Quando estamos diante de normas de mesmo valor constitucional, devemos procurar a solução menos gravosa: a relativização não busca prevalência eterna de um princípio em detrimento do outro mas, como princípios traduzem valores elásticos, a hermenêutica pode resolver sobre sua aplicação, enquanto que as normas que são apenas regras, ou são aplicadas ou não.

Para aplicação da justa medida dos princípios ou direitos em choque é preciso a ponderação no caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade. Este nos diz se a solução é necessária (não há outra solução menos gravosa que a adotada), adequada (a solução deve ser apta ao fim pretendido) e proporcional em sentido estrito (equilíbrio ou justeza da decisão).

O conflito de regras, a seu turno, resolve-se apenas pela prevalência de uma sobre a outra – a de maior grau prevalece. Esta solução é inviável para princípios e direitos.

Ronaldo Alves de Andrade, Juiz de Direito em SP e Doutor em Direito, conclui que publicidade deve ser relativizada/mitigada para coexistência com intimidade, para preservação dos direitos fundamentais do cidadão. Todavia, deve-se buscar mecanismos para decretação do sigilo e avaliação por parte dos envolvidos, e não deixar a decretação somente nas mãos do juiz¹⁴.

Uma **sugestão** seria o pedido, na inicial, feito pelo(a) Autor(a) de que o processo deva correr em sigilo. O juiz, antes de analisar a inicial e tomar as providências de praxe (citação, decisão liminar, etc), analisaria a questão da decretação do sigilo.

A publicidade é a regra, o sigilo a exceção. A existência do interesse público é marco terminativo da privacidade. O juiz deve valorar o interesse público acima do sigilo, pois a transparência do Judiciário deve ser a regra.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, 198.

¹⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico*. In: *O Direito na Sociedade da Informação II* (Org.) Liliana Minardi Paesani, 1ª Edição, São Paulo: Atlas, 2010, p. 156-161.

A regra geral é justamente que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público/social. O juiz deve seriamente fundamentar o segredo de justiça na defesa da intimidade. A discricionariedade do julgador deve ser seriamente fundamentada (motivada).

Almeida Filho critica a falta de critérios objetivos, pois a proporcionalidade e razoabilidade seriam muito subjetivas¹⁵.

Poderiam, portanto, ser incluídas cláusulas de exceção nas normas (por exemplo: não saia da sala antes do alarme do final da aula, mas saia em caso de incêndio – introduz-se na primeira cláusula uma exceção: “você pode sair em caso de incêndio”).

Mas de nada adianta a cláusula de exceção ser “intimidade” ante a nova sistemática do processo eletrônico, pois o sujeito está mais exposto com a divulgação eletrônica de seu nome na *internet* em feitos processuais nos dias atuais. Precisaríamos de mais garantias para proteção da privacidade, talvez uma cláusula de exceção mais específica.

Na colisão de princípios ou direitos, um terá de ceder, mas sem invalidar o outro. Teremos para o caso concreto apenas a precedência de um sobre o outro, pois têm diferentes pesos no caso concreto. A questão das regras é mais fácil: têm apenas validade, uma prevalecendo imediatamente sobre a outra.

Assim, a única solução para proteção da intimidade face ao processo eletrônico e a publicidade que ele traz é a ponderação no caso concreto.

Contra o excesso de poder do magistrado, relativizando demais a publicidade, talvez pudéssemos elevar a dignidade da pessoa humana sobre a publicidade. A ponderação dar-se-ia com a dignidade, e não com a intimidade, o que talvez facilitasse a decisão do juiz.

¹⁵ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional nº 45/04 e o Processo Eletrônico*. Revista de Direito Eletrônico, ano III, vol. VIII, jan/jun 2006 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 138.

Após cair em ambiente virtual, a informação não poderá mais ser controlada. Daí a necessidade de mais um critério para controlá-la: a finalidade (a finalidade diria para o juiz se a informação deve se tornar pública ou não). Documentos antes públicos poderão não sê-lo mais com a chegada da revolução tecnológica se não atingirem a finalidade pedida na Constituição e nas leis.

Outra boa solução, para ajudar o juiz, é a anonimização. A sentença deve ser pública, mas se anonimizadas as partes, está cumprida a finalidade (divulgar e proteger). A finalidade deve ser um “desígnio constitucionalmente legítimo”¹⁶.

O momento para a anonimização é o início do processo. Se iniciou público, não haveria motivo para se anonimizar ao depois. A anonimização também não pode prejudicar defesa e contraditório (o réu, obviamente, deve conhecer com quem demanda).

Nossa legislação processual, ao estabelecer que tudo deva constar da petição inicial, obstaculiza a anonimização. Para haver a anonimização no Brasil precisaríamos de mudanças na legislação processual para admitir manifestação prévia à petição inicial. Uma vez que já existe manifestação prévia na ação de improbidade – Lei 8429/92 – e defesa prévia no processo penal, a manifestação prévia evitaria lides temerárias na órbita civil, preservando a própria jurisdição.

Para aferir-se a finalidade, devemos verificar: legitimidade – a exclusão da publicidade deve basear-se num fim legítimo, constitucionalmente protegido; necessidade – necessidade da medida para o fim colimado; proporcionalidade – sacrifício da publicidade em benefício de outro direito invocado.

Para relativizar a publicidade o juiz deve ter em mãos recursos tecnológicos. Para anonimizar idem, como, por exemplo, o uso de acrônimos (siglas – JSL, designando João da Silva Leite). Seria inútil anonimizar-se na sentença, pois esta teria de ser reescrita (nem há funcionários para tanto como a tarefa humana seria impossível). Uma solução é o esforço entre homem e máquina no caso

¹⁶ PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 146.

concreto, anonimizando-se desde o início do processo.

Mais uma solução: o uso de pseudônimos (nomes falsos). Quem tem AIDS, testemunhas em face de agressor, etc, todos estariam eletronicamente protegidos (nos EUA, usa-se pseudônimos costumeiramente em casos de aborto e direitos de reprodução, abuso sexual, AIDS, homossexualismo e transexualismo, religião, drogas e testes antidoping, condutas criminais pouco éticas, menores, abusados, filhos ilegítimos, bem-estar social, medo de dano corporal por revelar informação durante investigação e sigilo profissional).

Acolhe-se o sigilo, nos EUA, somente quando a vergonha e ofensa possam tornar desinteressante litigar. A imprensa, a seu turno, não pode ser condenada por publicar documentos públicos. Para Almeida Filho, “se está no processo pode ser publicizado”¹⁷.

Questão interessante atine ao sigilo da pessoa jurídica. Pensamos, como boa parte da doutrina, que é possível que um processo, eletrônico ou não, corra em sigilo a bem de que um produto não seja desacreditado no mercado. O produto pode, a final, ser julgado digno.

Todavia, há vozes que se levantam a dizer que tal seria mais manifestação da propriedade do que intimidade, pois não é possível personificar-se a intimidade numa pessoa jurídica. Mas, prevalece que se pode proteger a pessoa jurídica. Os cadastros de reclamação no Brasil, de acordo com o Código do Consumidor, devem julgar bem fundamentada a reclamação, para não desprestigiar desarrazadamente uma empresa.

5. Conclusão

A regra é a publicidade, e o segredo a exceção. É preciso, e chegamos a esta conclusão, ponderar-se caso a caso nas situações em concreto, deixando ao arbítrio do

juiz, fundamentadamente, a decretação do segredo de justiça.

Por óbvio, pode-se concluir que as novas tecnologias (digitalização de dados processuais e acesso irrestrito pela *internet*) podem afetar a intimidade/privacidade, devendo a prudência e o estabelecimento de critérios objetivos imperar sobre a subjetividade.

A Lei nº 11.419/06 (LIP – Lei de Informatização do Processo Judicial) veio para contribuir com a eficiência, efetividade e celeridade do processo. Mas a celeridade não pode macular a efetividade, que é a entrega justa da prestação jurisdicional. A celeridade eletrônica não pode atropelar a busca da verdadeira justiça.

Recursos como a anonimização e uso de pseudônimos podem ser úteis, desde que implementados no início do processo, para proteção da intimidade de pessoas em contendas envolvendo sexualidade, religião e outros temas sensíveis para a sociedade.

Em suma, o processo eletrônico não veio para macular os Direitos Fundamentais, mas sim para somar. Crescendo a publicidade cibernética, deve crescer também a proteção da intimidade/privacidade.

O agigantamento anômalo da publicidade verificado pela *internet* e demais inovações tecnológicas emula ideias novas para a proteção da intimidade/privacidade, que é o que pretendemos suscitar.

¹⁷ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional nº 45/04 e o Processo Eletrônico*. Revista de Direito Eletrônico, ano III, vol. VIII, jan/jun 2006 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 153.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL Jr., Silvério Luiz Nery. **Processo Judicial Eletrônico**. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo, Saraiva: 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- CALMON, Petrônio. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico**. 1ª Edição, Curitiba: Juruá, 2009.
- COSTA, Emilia Viotti da. **STF – O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: IEJE, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREIRE, Ricardo Maurício. **Devido Processo Legal**. Bahia: Editora Podium, 2008.
- GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação I**. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2010.
- PAULA, Wesley Roberto de. **Publicidade no Processo Judicial Eletrônico – Busca da Indispensável Relativização**. 1ª Edição, São Paulo: LTR, 2009.
- RULLI JÚNIOR, Antonio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.