

NM vs. Smith

País: África do Sul

Região: África

Número do caso: [2007] ZACC 6

Data da decisão: 4 de abril de 2007

Desfecho: Reformada a decisão do Tribunal de Primeira Instância

Órgão judicial: Tribunal Constitucional

Área do direito: Direito Constitucional

Temas: Privacidade / Proteção e Retenção de Dados

Palavras-chave: Direito à Privacidade, Liberdade de Expressão, Publicação razoável

ANÁLISE DO CASO

Resumo do caso e desfecho

O Tribunal Constitucional da África do Sul decidiu que a divulgação de informações médicas privadas e confidenciais em um livro sem o consentimento completo, livre e esclarecido dos indivíduos titulares dos dados constitui violação do direito à privacidade. Três mulheres vivendo com HIV que tinham participado de um estudo



clínico sobre HIV e tiveram seus nomes publicados em um relatório acadêmico oficial sobre estudos realizados. Posteriormente, essas mulheres tomaram ciência da publicação de seus nomes junto ao seu diagnóstico de HIV em uma biografia sobre uma figura política, sem o consentimento prévio delas. Essas mulheres peticionaram no Tribunal Superior, argumentando que a publicação violava seus direitos à privacidade, dignidade e integridade psicológica. O Tribunal Superior entendeu que não houve violação dos direitos e, em sequência, o Tribunal Superior de Segunda Instância declinou a audiência de recurso.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional considerou que não havia necessidade da ampliação da jurisprudência acerca das violações da privacidade para imputar a responsabilidade por negligência, uma vez que a autora do livro tinha agido com intenção suficiente (culpa) ao publicar os fatos privados das mulheres, tendo em vista que não tinha tomado as medidas necessárias para se certificar do consentimento dessas mulheres para a publicação de seu estado de saúde e suas identidades.

O voto vencido, por outro lado, salientou a necessidade de se ponderar os direitos à privacidade e à liberdade de expressão. Entendeu também que seria necessária um maior número de julgados sobre o tema. Ainda, entendeu-se que a autora, como membro dos meios de comunicação, havia agido razoavelmente ao confiar em informações fornecidas em um relatório acadêmico oficial.

Fatos

Em março de 2002, a New Africa Books (Pty) Ltd publicou uma biografia de Patricia de Lille, membro do parlamento sul-africano, escrita por Charlene Smith. O livro incluiu um capítulo sobre o trabalho de Lille na campanha pelos direitos das pessoas que vivem com HIV e AIDS. Em 2001, o Relatório Strauss (uma investigação sobre estudos clínicos realizada pela Universidade de Pretória) foi compartilhado com Lille, que incluiu referência a três mulheres - N. M., S. M. e L. H. - vivendo com HIV e que haviam participado de estudos clínicos de medicamentos. Smith também recebeu o Relatório Strauss, mas ela e Lille não receberam os anexos dos formulários de consentimento dos participantes do Relatório. Os formulários de consentimento não permitiam a divulgação pública total da identidade dos participantes dos estudos, incluindo o fato de viverem com HIV ou AIDS, permitindo apenas uma divulgação limitada para efeitos da investigação da Universidade. Smith tentou obter os anexos do relatório junto ao Professor Grove, mas ele não respondeu às chamadas e ela desistiu de tentar obter os anexos e fez tentativas de se encontrar com N. M., S. M. e L. H., mas não teve sucesso. Contudo, Smith acreditava que não havia nada no relatório, nem na carta de apresentação enviada à Lille, que sugerisse que o relatório fosse confidencial.

Diante da publicação, N. M., S. M. e L. H. propuseram uma ação de indenização por danos em face de Smith, Lille e New Africa Books perante o Tribunal Superior de Joanesburgo, alegando que a publicação dos seus nomes e o seu diagnóstico de HIV violavam seus direitos à privacidade, dignidade e integridade psicológica.



A Constituição Sul-Africana protege o direito à privacidade na seção 14, que declara: “Toda pessoa tem direito à privacidade, o que inclui o direito de não ter (a) sua pessoa ou casa revistada; (b) seus bens revistados; (c) seus bens apreendidos; ou (d) a privacidade de suas comunicações violadas.”

A Seção 16(1) da Constituição protege o direito à liberdade de expressão: “Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, o que inclui (a) liberdade de imprensa e outros meios de comunicação; (b) liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias; (c) liberdade de criatividade artística; e (d) liberdade acadêmica e liberdade de investigação científica.”

O Tribunal Superior indeferiu o pedido das mulheres em 13 de maio de 2005. Na sequência, N. M., S. M. e L. H. interpuseram um recurso ao Tribunal Superior de Segunda Instância, que negou provimento à demanda sem fundamentar a decisão.

N. M., S. M. e L. H. recorreram ao Tribunal Constitucional. O Freedom of Expression Institute foi admitido como *amicus curiae*.

Visão geral da decisão

O Ministro Mandala proferiu a decisão do Tribunal Constitucional. O Ministro Sachs proferiu seu voto separadamente, mas alinhado à decisão, concordante, por outro lado, O'Regan e o Ministro Langa proferiram seus votos vencidos.

A questão central na deliberação do Tribunal foi “se a jurisprudência referente à privacidade deveria ser ampliada para que fosse imputada responsabilidade sobre pessoas que publicam informações confidenciais de maneira negligente” [§ 21]. Para isso, o Tribunal precisou ponderar o direito das mulheres à privacidade frente ao direito de Smith à liberdade de expressão.

N. M., S. M. e L. H. argumentaram que o Tribunal Superior falhou em “proteger seus direitos à privacidade, dignidade e integridade psicológica” [§ 27].

Smith, por outro lado, defendeu que os nomes de N. M., S. M. e L. H. tinham sido previamente divulgados no Relatório Strauss e que o documento não estava marcado como confidencial. Smith afirmou que a situação das mulheres em relação ao HIV já era do domínio público quando o livro foi publicado, pois tinham participado de uma reunião com a presença de jornalistas em que foram trazidas as suas reclamações quanto ao seu envolvimento nos estudos clínicos, o que permitia que as suas identidades e diagnósticos se tornassem públicos. Smith também relatou que caracterizar a divulgação como negligente pela inclusão dos dados das autoras e passível de tutela judicial “frustraria o direito à liberdade de expressão”, impondo um ônus adicional aos meios de comunicação [§ 67].

O Freedom of Expression Institute seguiu a defesa de Smith e, além disso, apontou ser



desnecessário e indesejável ampliar a jurisprudência para incluir a possibilidade de divulgação negligente na *actio iniuriarum*, pois isso ensejaria um “efeito intimidador” (*chilling effect*) sobre o exercício da liberdade de expressão na África do Sul [§ 67].

O Tribunal discutiu a natureza do direito à privacidade e, com base no caso *Bernstein vs. Bester*, declarou que a “privacidade abarca o direito de uma pessoa a viver a sua vida como lhe apraz” [§ 33]. Ainda, acrescentou que os fatos privados são aqueles que “causam angústia e danos mentais” se forem divulgados [§ 34]. O Tribunal enfatizou que as informações médicas são particularmente confidenciais e envolvem questões de “integridade física e psicológica e autonomia pessoal” [§ 40]. Ademais, a Corte destacou a necessidade de se proteger informações confidenciais, sobretudo um diagnóstico de HIV, alvo de estigma na África do Sul e, o que torna ainda mais relevante o respeito à privacidade e confidencialidade.

O Tribunal rejeitou o argumento de que o acesso à informação médica de terceiros é permitido após a divulgação por alguém envolvido no atendimento médico ao indivíduo, com o fundamento de que um indivíduo sempre tem o direito de controlar a divulgação de informações sobre si próprio. Assim, os magistrados entenderam que deve haver uma “necessidade social urgente” para que a privacidade de um indivíduo possa ser violada [§ 45].

O Tribunal também rejeitou a decisão do Tribunal Superior de que Smith não deveria indenizar as autoras, pois consideraram que Smith não tinha feito um esforço suficiente para se certificar de que as mulheres tinham consentido na divulgação do seu status de HIV ou anonimizar suas identidades. Desta forma, o Tribunal reconheceu que a publicação dos nomes e o diagnóstico de HIV por Smith “constituiu uma publicação ilícita de um fato privado, pois violou o direito à privacidade das autoras” [§ 47].

O Tribunal observou que a *actio iniuriarum* – ação cabível para casos de difamação e privacidade – protege os direitos individuais à privacidade e à dignidade e reconheceu que a divulgação do diagnóstico de HIV das mulheres violava a dignidade e integridade psicológica das mesmas.

O Tribunal definiu a violação indevida e intencional da privacidade como elementos de uma *actio iniuriarum*, como a violação indevida e intencional da privacidade e que, portanto, tão somente a negligência não seria suficiente para a caracterização de responsabilidade. O Tribunal se recusou a ampliar a jurisprudência sobre *actio iniuriarum* de forma a incluir a negligência, sob o argumento de que não era necessário neste caso. A Corte reconheceu que Smith não havia tomado as medidas necessárias para verificar se as mulheres haviam dado consentimento para que suas identidades e seu diagnóstico fossem divulgados e que, na verdade, estava “certamente ciente de que [as mulheres] não haviam dado o consentimento ou, pelo menos, previa a possibilidade de que nenhum consentimento havia sido dado para a divulgação” [§ 64]. O Tribunal observou que, como Smith era uma “veterana de campanha” no ativismo contra o HIV, ela saberia que a publicação sem consentimento era ilícita e infringiria os direitos de privacidade das mulheres. O Tribunal concluiu que Smith não tinha refutado a



presunção de que tinha agido com intenção e que, portanto, tinha agido com intenção e não meramente negligência. Desta forma, os fundamentos da *actio iniuriarum* foram atendidos.

O Tribunal também analisou o argumento de Smith e do Freedom of Expression Institute de que o direito à liberdade de expressão seria ameaçado se a divulgação negligente de fatos privados se tornasse passível de ação. Entretanto, como o Tribunal tinha reconhecido que a conduta de Smith era intencional e não negligente e que, portanto, a interpretação não havia sido ampliada, a questão de uma possível violação do direito à liberdade de expressão não se sustentou.

Ao avaliar a indenização, o Tribunal observou que “quanto maior a violação da privacidade, maior a necessidade de proteger as Autoras, bem como a indenização” [§ 77]. O Tribunal concedeu a N. M., S. M. e L. H. uma indenização de R\$ 35.000,00 (aproximadamente US\$ 2,357 em 2021) a cada uma.

O voto dissidente de O’Regan se concentrou em saber se Smith tinha agido com intenção ao publicar os nomes e o diagnóstico de HIV de N. M., S. M. e L. H. A ministra salientou a importância da proteção da privacidade, mas que, como a Constituição também garante a liberdade de expressão, bem como a privacidade, se faz necessária a ponderação destes. A ministra apresentou dois motivos para a proteção do direito à privacidade: seus vínculos com a “concepção do que significa ser um ser humano” e, assim, escolher quais informações pessoais podem ser divulgadas publicamente [§ 129]; e como “um elemento necessário de uma sociedade democrática e como um limite ao poder estatal” [§ 133]. O’Regan enfatizou que a informação médica é pessoal e protegida pelo direito à privacidade, mas observou que o HIV deve ser tratado da mesma forma que qualquer outra doença que coloque a vida em risco, para fins de privacidade e o estigma associado ao HIV na África do Sul não faz com que a divulgação do diagnóstico de HIV seja diferente de outras divulgações de informação médica pessoal.

Ao ponderar os direitos à privacidade e à liberdade de expressão, O’Regan teria reconhecido que Smith publicou as identidades e o diagnóstico de HIV das mulheres sem o respectivo consentimento, mas comentou que “o direito à privacidade poderia sugerir que certos fatos não deveriam ser publicados e, ao mesmo tempo, o direito à liberdade de expressão poderia sugerir que esses mesmos fatos deveriam poder ser publicados” [§ 144]. Ela comentou a importância do direito à liberdade de expressão e o papel que ele exerce em permitir que os indivíduos formem suas próprias opiniões sobre temas que assim “aprimoram a dignidade e a autonomia humana” [parág. 145]. A ministra comentou que qualquer ampliação do direito à privacidade, especificamente em *actio iniuriarum*, deve ser feita de uma forma que observe tanto o direito à privacidade quanto a liberdade de expressão. O’Regan enfatizou particularmente as provas do jornalista sul-africano, Anton Harber, que identificou os quatro princípios fundamentais do jornalismo, como “a obrigação de dizer a verdade; a obrigação de permanecer independente; a obrigação de minimizar os danos; e a responsabilidade dos jornalistas de explicar e defender o seu trabalho” [§ 149]. A ministra entendeu que os códigos de ética dos meios de comunicação podem servir de indicativos para a



identificação dos limites da privacidade e da liberdade de expressão.

O'Regan ainda analisou se Smith tinha a intenção de prejudicar as mulheres, e notou que Smith recebeu o relatório com os nomes das mulheres sem qualquer indicação de que suas identidades deveriam ser mantidas confidenciais. O'Regan discordou da maioria sobre se Smith tinha tomado medidas suficientes para verificar se as mulheres tinham dado o consentimento, e teria reconhecido que Smith tinha razão em assumir a existência do consentimento para divulgação porque os nomes das mulheres foram publicados em um relatório respeitável, sem qualquer indicação clara de que as suas identidades deveriam ser mantidas em sigilo. Ainda, considerou que o relatório tinha sido enviado pelo menos a alguns jornalistas e que Lille não tinha recebido recomendação expressa de manter a confidencialidade das mulheres. Então, a ministra entendeu que Smith não agiu com a intenção de violar o direito à privacidade das autoras e que, portanto, as condições para a *actio iniuriarum* não tinham sido atendidas.

Ademais, O'Regan analisou se o entendimento acerca do direito à privacidade deveria ser ampliado para incluir a divulgação negligente de um fato privado para que assim fosse cabível a *actio iniuriarum*. Nesse sentido, a ministra observou que o entendimento jurisprudencial já havia sido ampliado pelos tribunais sul-africanos e mencionou os casos *Pakendorf vs. De Flamingh*, *National Media Ltd vs. Bogoshi*, *Khumalo vs. Holomisa* e *Mthembi-Mahanyele vs. Mail e Guardian*. O Tribunal Superior de Segunda Instância ampliou a extensão do direito em *Bogoshi*, acrescentando a exigência de que os meios de comunicação poderiam evitar a responsabilidade por difamação se pudessem demonstrar que não agiram de maneira intencional ou negligente ao publicar fatos difamatórios. O'Regan teria reconhecido que a regra *Bogoshi* deveria ser ampliada aos casos em que os meios de comunicação tivessem violado o direito à privacidade. Ela enfatizou que o motivo pelo qual *Bogoshi* diferenciou entre os meios de comunicação e outros réus em casos de difamação foi devido à “escala dos danos a um indivíduo que podem ser causados por uma publicação tão difundida” e que, portanto, os meios de comunicação têm obrigações e direitos [§ 177]. As obrigações impostas aos meios de comunicação são que atuem de maneira razoável e não negligente e, que ao aplicar ao conceito de privacidade, isso exigiria que os meios de comunicação “atuem com o devido cuidado e respeito pelo direito à privacidade, antes de publicar material que infrinja esse direito” [§ 178]. Desta forma, O'Regan interpretou de forma ampla o direito ao exigir que os meios de comunicação demonstrassem que a publicação é razoável nas circunstâncias, quando tenham de contestar alegada injustiça ou demonstrar a inexistência de negligência em circunstâncias em que se condicione a intenção para a caracterização da responsabilidade [§ 179]. O'Regan teria reconhecido que Smith e a *New Africa Books*, salvo Lille, deveriam ser consideradas integrantes dos meios de comunicação social e, por isso, teriam a obrigação de agir de maneira razoável.

Ao deliberar se Smith agiu de maneira razoável, O'Regan observou que se tratava de informações publicadas em um relatório acadêmico respeitável e declarou que “os jornalistas devem ter o direito de publicar informações fornecidas a eles por fontes confiáveis, sem precisar verificar novamente em cada caso se a publicação é legítima, a



menos que haja algum indício para concluir que há risco de que a publicação original não seja legítima” [§ 187]. Em seu entendimento, quaisquer ações sobre a publicação de informações incorretas poderiam ser propostas apenas contra a editora original e não contra as editoras subsequentes da informação.

Assim, O’Regan teria reconhecido apropriado ampliar a jurisprudência de forma a exigir que os meios de comunicação social agissem de maneira razoável ao publicar fatos privados, mas que, no presente caso, Smith agiu de maneira razoável e, por isso, não deveria ser responsabilizada pela publicação das identidades e de seu diagnóstico de HIV.

O ministro Langa discordou da maioria de que Smith havia falhado na contestação da presunção de intenção, e teria reconhecido que os fatos não revelavam que Smith, Lille e a New Africa Books “previam subjetivamente a possibilidade da ação causar danos” [§ 93]. O ministro descreveu Smith e a New Africa Books como réus dos meios de comunicação social e concordou com a ministra O’Regan de que se deve exigir mais dos meios de comunicação social do que de indivíduos comuns a fim de “garantir que o direito vital da liberdade de expressão não seja utilizado de uma maneira que infrinja indevidamente outros direitos constitucionais” [§ 94]. Ele também se referiu à evidência de Harber de que os jornalistas não podem divulgar o diagnóstico de HIV de um indivíduo sem o respectivo consentimento livre e esclarecido, e salientou que o fato de haver um documento no qual os meios de comunicação se baseiam por ser um relatório oficial não dá o direito aos meios de comunicação de assumir que podem publicar automaticamente qualquer informação existente no relatório sem realizar outras investigações. O ministro teria reconhecido que um jornalista razoável “teria previsto a possibilidade de não haver consentimento” e teria tomado medidas para evitar os danos que ocorreriam se as identidades das mulheres fossem publicadas [§ 111].

O ministros Sachs também discutiu a ampliação jurisprudencial em Bogoshi e observou que a introdução da exigência da razoabilidade era para “prevenir o efeito intimidador indevido de possíveis grandes pedidos de indenização por danos, após a ocorrência de um erro honesto”, pois introduzia uma defesa para que um órgão de comunicação social demonstrasse que tinha tomado medidas razoáveis para verificar a veracidade de uma alegação [§ 203]. O ministro Sachs comentou que não havia nada que sugerisse que Smith não teria sido genuína em sua convicção incorreta de que as mulheres tinham divulgado publicamente seu estado de saúde, mas enfatizou que “devido à extrema sensibilidade da informação envolvida, ela deveria ter averiguado todas as fontes possíveis” [§ 205]. O ministro reconheceu que a conduta de Smith não foi razoável.

ORIENTAÇÃO DA DECISÃO

Resultado parcial



O Tribunal Constitucional ponderou os direitos à privacidade e à liberdade de expressão e impôs obrigações significativas aos meios de comunicação social no sentido de tomarem medidas para verificar as informações antes da publicação de fatos privados, incluindo a exigência de garantir o consentimento completo, livre e esclarecido para a divulgação de informações médicas confidenciais.

PERSPECTIVA GLOBAL

Leis internacionais e regionais correlatas

- África do Sul, Const., seção 14
- África do Sul, Const., seção 16
- África do Sul *Bernstein vs. Bester*, (CCT23/95) [1996] ZACC 2
- África do Sul, *S vs. Manamela*, 2000 (3) SA 1 (CC)
- África do Sul, *National Media Ltd vs. Jooste*, 1996 (3) SA 262 (A)
- África do Sul, *Pakendorf vs. De Flamingh*, 1982 (3) SA 146 (A)
- África do Sul, *National Media Ltd vs. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (SCA)
- África do Sul, *Khumalo e outros vs. Holomisa*, 2002 (5) SA 401 (CC).
- África do Sul, *Mthembi Mahanyele vs. Mail & Guardian Ltd*, 2004 (6) SA 329 (SCA)
- EUA, *Whitney vs. Califórnia*, 274 U.S. 357 (1927).

SIGNIFICÂNCIA DO CASO

A decisão estabelece um precedente vinculante ou persuasivo dentro de sua jurisdição

DOCUMENTOS OFICIAIS DO CASO

Documentos oficiais do caso:

- **Decisão (Inglês)**



