

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ERICK LUCENA CAMPOS PEIXOTO

**O CONTEÚDO DO DIREITO DA PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

MACEIÓ
2017

ERICK LUCENA CAMPOS PEIXOTO

**O CONTEÚDO DO DIREITO DA PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior.

MACEIÓ
2017

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

P377c Peixoto, Erick Lucena Campos.
O conteúdo do direito da privacidade no direito brasileiro contemporâneo /
Erick Lucena Campos Peixoto. – 2017.
138 f.: il.

Orientador: Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2017.

Bibliografia: f. 125-135.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito da personalidade. 3. Privacidade - Direito.
4. Sociedade da informação. 5. Responsabilidade civil. I. Título.

CDU: 347.51



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ERICK LUCENA CAMPOS PEIXOTO

“O CONTEÚDO DO DIREITO DA PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Profa. Dra. Fabíola Lôbo (convidada externa/UFPE)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Maceió, 22 de junho de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me guiado neste árduo caminho. Ele nunca me desamparou.

Agradeço à toda minha família, que tem suportado minha ausência durante esse tempo.

Agradeço à CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior por ter fomentado minha pesquisa, cujo resultado se materializa na presente dissertação.

Agradeço ao professor orientador Marcos Ehrhardt Júnior, que desde a graduação tem me dado um grande apoio e me guiado pelas veredas do Direito civil.

Agradeço à Mariana, por todo o apoio e carinho.

Agradeço a todos os colegas de curso: foi uma honra estar com vocês.

A todos aqueles que defendem as novas tecnologias como ferramenta do progresso da humanidade e não se intimidam com o novo, meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

A privacidade surge como direito individual nos Estados Unidos da América no final do século XIX, a partir do artigo “*The Right to Privacy*”, de Warren e Brandeis. Esse direito decorria de uma cláusula geral de inviolabilidade da pessoa, o direito de ser deixado em paz, evoluindo de um direito a não ter o corpo como alvo de alguma ofensa física para um direito a não ser ofendido em sua personalidade. Na segunda metade do século XX, na Europa, a revolução informacional causada pelo computador fez surgir a preocupação com os dados pessoais, levando alguns governos a editarem leis para a proteção dos seus cidadãos. Em contraste com a preocupação individual da privacidade americana, o modelo europeu teve uma preocupação social, ao buscar proteger os dados da pessoa enquanto indivíduo e também enquanto grupo, prevenindo que estes dados sejam usados contra fins discriminatórios. O modelo de privacidade proposto aqui se funda no acesso tanto físico quanto metafórico, em relação à pessoa. As modalidades de acesso correspondem às dimensões da privacidade: o acesso físico remete à dimensão espacial, onde se situam direitos como a inviolabilidade do lar; o acesso metafórico diz respeito tanto à dimensão decisional, relativa ao modo de vida da pessoa e a como esse acesso a influencia em suas decisões, quanto à dimensão informacional, que diz respeito à informação pessoal em algum tipo de mídia. A privacidade é vista aqui como uma categoria de direitos da personalidade, cuja previsão constitucional os torna também fundamentais, que, devido às suas semelhanças familiares, são agrupados, porém, mantida a independência de cada um. São os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, ao sigilo, à proteção de dados pessoais, dentre outros. Ao identificar um problema da privacidade, procura-se qual dimensão corresponde àquele problema e depois a correspondência com o direito da privacidade violado é feita. Tal procedimento aumenta o grau de precisão na aferição do dano, permitindo uma abordagem analítica na quantificação para fins de indenização.

Palavras-chave: Privacidade. Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Sociedade da Informação. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

THE CONTENT OF PRIVACY RIGHT IN CONTEMPORARY BRAZILIAN LAW

Privacy emerges as an individual right in the United States at the end of the nineteenth century, from Warren and Brandeis's article "The Right to Privacy." This right arose from a general clause of inviolability of the person, the right to be left in peace, evolving from a right not to have the body as the target of some physical offense for a right not to be offended in his personality. In the second half of the twentieth century in Europe, the information revolution caused by the computer raised concerns about personal data, prompting some governments to enact laws for the protection of their citizens. In contrast to the individual preoccupation of American privacy, the European model had a social concern in seeking to protect the data of the person as an individual and also as a group, preventing this data from being used for discriminatory purposes. The privacy model proposed here is based on both physical and metaphorical access to the person. The modalities of access correspond to the dimensions of privacy: physical access refers to the spatial dimension, where rights such as the inviolability of the home are situated; The metaphorical access concerns both the decisional dimension, related to the way of life of the person and how this access to influence in their decisions, as to the informational dimension, which concerns personal information in some type of media. Privacy is seen here as a category of personality rights, whose constitutional prediction also makes them fundamental, which, due to their family similarities are grouped, but maintained the independence of each. When identifying a privacy problem, one looks for which dimension corresponds to that problem and then the correspondence with the right of the violated privacy is made. This procedure increases the degree of precision in the measurement of the damage, allowing an analytical approach in the quantification for the purposes of indemnification.

Keywords: *Privacy. Rights of the Personality. Fundamental rights. Information Society. Civil Liability.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA TRADIÇÃO PATRIMONIALISTA À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS DA PRIVACIDADE	12
2.1 Dos Direitos de Personalidade	14
2.1.1 Os principais direitos da personalidade	16
2.1.2 A constitucionalização do direito civil e a privacidade	18
2.2 Os Direitos da Privacidade	20
2.2.1 Intimidade, vida privada e vida familiar.....	20
2.2.1.1 A Teoria das Esferas.....	21
2.2.1.2 Intimidade e vida privada no Brasil.....	24
2.2.1.3 Um novo modelo para a Teoria das Esferas	29
2.2.1.4 Extimidade.....	35
2.2.2 Honra, reputação e verdade	39
2.2.2.1 Honra subjetiva e honra objetiva	39
2.2.2.2 Honra e pós-verdade.....	41
3 O QUE É PRIVACIDADE?	45
3.1 O Nascimento da Privacidade como um Direito de Tradição Liberal: a <i>Privacy</i> Americana	46
3.2 Privacidade no Velho Mundo: a Proteção de Dados Pessoais	51
3.3 Diretrizes Principiológicas Internacionais	54
4 O CONTEÚDO DO DIREITO DA PRIVACIDADE	66
4.1 Os Direitos da Privacidade no Processo de Formação da Constituição de 1988	66
4.1.1 Comissão Afonso Arinos.....	66
4.1.2 Assembleia Nacional Constituinte.....	69
4.1.3 Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais	70
4.1.4 Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher	74
4.1.5 Comissão de Sistematização, Plenário, Comissão De Redação e Comissão de Redação Final	77
4.2 Direitos da Privacidade no Âmbito da CADH	81
4.2.1 Vida privada e vida familiar	81
4.2.1.1 O “ <i>Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile</i> ”	82
4.2.1.2 Vida privada e autonomia.....	84
4.2.2 Inviolabilidade de domicílio.....	85
4.2.3 Sigilo.....	87
4.2.4 Honra	88

4.3 Privacidade na Internet	89
4.3.1 A Sociedade da Informação.....	89
4.3.2 O Marco Civil da Internet.....	93
5 AS TRÊS DIMENSÕES DA PRIVACIDADE	98
5.1 Privacidade, Liberdade e Dignidade	98
5.2 A Estrutura Tridimensional da Privacidade	99
5.3 Dimensão Decisional	102
5.4 Dimensão Informacional	107
5.5 Dimensão Espacial	111
5.6 A Quantificação do Dano por Violação a Direito da Privacidade	113
5.6.1 O problema da generalização da violação a direito da personalidade: consequências para os direitos de privacidade	115
5.6.2 A extensão do dano a direito da privacidade.....	116
6 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	126

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a privacidade, durante muito tempo, foi algo restrito a uma pequena parcela da humanidade. Muitos nunca tiveram e outros ainda não tem uma noção, ainda que mínima, daquilo que se pode tratar por privacidade nos dias de hoje. Ao longo da história, nas diferentes sociedades e em seus mais diferentes meios, a noção de privacidade foi sentida de uma maneira muito própria em cada círculo social. Daí a razão de se dizer que a privacidade é algo plástico, que varia conforme a época e o local. É adaptável, valorada de um jeito por uma cultura, e até dispensável para outra.

A experiência ocidental tem um apreço pela privacidade, tanto que a construção dela como um direito no sentido que se conhece hoje aconteceu no final do século XIX nos Estados Unidos da América e de lá se irradiou para as outras nações, cada uma com sua particularidade.

A privacidade começa no sentido físico. Desde que o homem resolveu demarcar limites, estabelecendo um espaço para sua convivência apartada dos demais é que se pode falar em privacidade nesse sentido.

A privacidade individual tem em seus genes o DNA de uma revolução tecnológica. A ciência como um todo evoluiu nos últimos 300 anos de modo surpreendente. Foi justamente uma das invenções que apareceram neste *boom* tecnológico que teve um papel fundamental no debate sobre privacidade: a fotografia. A facilidade em se reproduzir a imagem aliada ao poder de disseminação da informação através da mídia impressa, fizeram do século XIX o precursor dos problemas da privacidade do indivíduo.

Convencer os tribunais americanos do final do século XIX e início do século XX da existência de um direito à privacidade foi uma árdua tarefa, mas que ajudou a enriquecer o debate e lançou bases para o desenvolvimento do tema, que infelizmente, chegou tardiamente em terras brasileiras. De uma tradição liberal, cuja prevalência do direito à propriedade era clara, o direito à privacidade nasceu híbrido, herdando muito dos valores patrimonialistas de então.

Isso não quer dizer que a privacidade não possa ser tratada sob uma perspectiva patrimonialista, muito pelo contrário. A grandeza do tema permite uma divisão útil entre uma privacidade patrimonial e uma privacidade extrapatrimonial. Da primeira, decorre a proteção àquilo que se restringe o acesso com algum interesse econômico. A extrapatrimonialidade da privacidade vem quando se busca proteger aquilo que não se tem preço, que faz parte da dignidade do homem enquanto ser humano. É neste sentido que este trabalho será desenvolvido.

No pós-guerra do século XX, a invenção dos computadores fez desenvolver a tecnologia da informação de um modo impactante. Em pouco tempo, se observada a dimensão histórica, a capacidade de processamento de dados crescia em progressão geométrica, e os problemas trazidos com as novas tecnologias começaram a afetar de um modo novo a privacidade. A preocupação passou a ser em relação aos dados informáticos (principalmente os dados pessoais), a partir os censos promovidos pelos governos. Este momento histórico redesenhou o modo como a privacidade era vista, incorporando uma dimensão que passou a ter mais destaque que o tratamento dado à privacidade tradicionalmente, e até mesmo sendo considerada a única que importa.

A privacidade informacional se juntou a outras dimensões mais tradicionais da privacidade, ou seja, a privacidade local ou espacial e a privacidade sobre as decisões e ações tomadas em decorrência do modo pessoal de vida. Este trabalho se baseia nesta visão tridimensional da privacidade, inspirada na tradição doutrinária e jurisprudencial americana.

O ponto de partida deste trabalho será a privacidade como um direito da personalidade e, mais ainda, como um direito fundamental. Buscando um suporte histórico, através de anais, documentos e periódicos da época, constatou-se que o processo de formação constitucional na Assembleia Nacional Constituinte que culminou na Constituição de 1988 trouxe intensos debates a respeito da privacidade, de caráter inovador para o direito brasileiro até então. Infelizmente, muitas das propostas apresentadas nos anteprojetos das comissões e subcomissões temáticas ficaram no meio do caminho e não foram aprovadas na redação final do texto constitucional. Mesmo assim, plantaram a semente para que os assuntos tratados fossem desenvolvidos posteriormente no plano infraconstitucional.

Direitos como a intimidade, vida privada, sigilo, imagem, honra, inviolabilidade da casa e inviolabilidade dos dados estão inseridos no texto constitucional como direitos e garantias fundamentais, cuja aplicação é direta. Usando do método do Direito Civil Constitucional, este trabalho pretende dar uma nova significação à privacidade enquanto direito, estabelecendo-a como categoria de direitos reunidos em torno de semelhanças familiares, cuja característica comum é o controle de acesso. Este controle de acesso fará correspondência com cada uma das dimensões da privacidade, sendo de dois tipos: o que diz respeito ao acesso físico, tangível, que corresponderá à dimensão espacial da privacidade; e o que diz respeito a um acesso intangível, virtual, que corresponderá à dimensão decisional e à dimensão informacional da privacidade.

Em cada uma destas dimensões da privacidade será possível identificar problemas a ela relativos, precisando sua identificação, sua abrangência e intensidade através de um processo analítico, tendo como ponto de partida o caso concreto.

A identificação da privacidade com a responsabilidade civil é umbilical. Pensar em responsabilidade civil sob a ótica do Direito Civil Constitucional em relação aos direitos extrapatrimoniais é ir além da busca pela indenização em forma de pecúnia. É procurar também formas de prevenção dos danos, de reparação integral e de se promover as técnicas de tutela específica.

A precisão em identificar o dano e sua extensão é necessária para que se pondere sobre as suas consequências. A extensão do dano determina a indenização, como é prescrito pelo Código Civil, mas para encontrar aquela, é preciso cautela no que envolve a privacidade. Os problemas relativos à privacidade adquirem as mais variadas formas, de acordo com a dimensão que afetam, podendo fazer referência a um ou a vários direitos da privacidade. É importante que a indenização seja específica em cada ponto a que se refere, para evitar que se ponha tudo o que foi violado num único montante e que se perca o sentido se tornar indene àquele que sofreu uma violação.

O segundo capítulo tratará sobre a transição da tradição patrimonialista à repersonalização do direito civil, destacando a importância dos direitos da personalidade e sua ligação com os direitos de privacidade.

No capítulo terceiro tenta-se responder o que é privacidade, trazendo uma análise desde a sua gênese no direito norte-americano como um direito de ser deixado em paz, passando pela sua reinvenção no direito europeu como proteção de dados pessoais, até chegar no modelo pluriforme atual.

O capítulo quarto busca o conteúdo do direito da privacidade no direito brasileiro contemporâneo, fazendo um resgate histórico do processo de formação da Constituição Federal através de uma análise das discussões na Assembleia Nacional Constituinte. Também se busca apresentar a privacidade enquanto um direito humano no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisprudência traz enormes contribuições ao tema. É apresentada também a questão da privacidade na Internet e seus problemas na sociedade da informação.

A privacidade enfrenta um desafio atual, que é se reinventar numa sociedade da informação, numa nova revolução tecnológica construída nas bases da anterior. Toda estrutura de fluxo de informação construída nas décadas anteriores serve de suporte para esta nova fase do desenvolvimento tecnológico. *Big data*, internet das coisas e vigilância são termos cada dia mais comuns e também levam às grandes preocupações com a privacidade.

O aspecto tecnológico sempre fez parte do desenvolvimento histórico da privacidade, e agora, mais que nunca, parece dar um tom de primazia à dimensão informacional dela. Mas é importante não olvidar de que deve haver um diálogo entre as dimensões da privacidade e que

é mais raro encontrar problemas da privacidade apenas em uma das dimensões, sendo o mais comum aqueles que envolvem mais de uma. É necessário se ater, também, que os problemas decorrentes das novas tecnologias deste tempo na privacidade são, muitas vezes, potencializados pelo meio onde ocorrem, não constituindo uma novidade no problema em si, mas apenas na sua forma. São, na verdade, velhos problemas com nova roupagem.

No capítulo quinto, serão tratadas das dimensões da privacidade e como estas dimensões influenciam no conceito de privacidade proposto neste trabalho. Cada dimensão será abordada individualmente.

Serão utilizados neste trabalho alguns esquemas gráficos, organogramas e tabelas para uma melhor compreensão do que se apresenta. Foram todos, salvo quando indicado, desenvolvidos especialmente para esta dissertação.

2 DA TRADIÇÃO PATRIMONIALISTA À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS DA PRIVACIDADE

O avançar dos estudos em direito civil durante o século XX apontou para a necessidade de se colocar a pessoa numa posição central. O patrimônio, até então, detinha a primazia, como sempre lhe ocorreu em todas as codificações.

Teixeira de Freitas, na sua famosa Consolidação das Leis Civis¹ trata das pessoas na parte geral, título I, apenas no que diz respeito a questões como, v.g. nascimento (art. 1), “As pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento [sic]”; maioridade (art. 7), “As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil [sic]”; tutela, (art. 25) “O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de doze-annos, serão aactiva e passivamente representados em Juízo por seus Tutores [sic]”; singularidade e coletividade das pessoas, (art. 40), “As pessoas são singulares, ou collectivas. São pessoas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Prior e Convento, marido e molher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se-considerão como uma pessoa”. Na parte especial, a secção I se dedica aos “direitos pessoas nas relações de família”, tratando basicamente do matrimônio². Apesar da grandeza de sua obra, que serviria de inspiração em vários países para a codificação de suas leis civis, não se encontram tratados os direitos da personalidade, ideia repelida por Teixeira de Freitas justamente porque o espírito da época não admitia que o direito pudesse cuidar de valores ou bens que não fossem os patrimoniais, nem que a tutela da pessoa fosse, em si mesma, o suficiente³.

O direito civil sempre se manteve, ao longo da história, numa posição distante do direito constitucional. De um lado, a constituição política, do outro, o direito civil como constituição do homem comum.

Talvez o ramo mais estável do direito, o direito civil atravessou um longo período, desde os romanos, quase intocável quanto as mutações na sociedade, na política e na economia. Esta versão atemporal do direito civil não se mostra a mais adequada. Hoje, não cabe mais que cada ramo do direito se quede delimitado em seu próprio mundo, isolado dos demais. A Constituição

¹ FREITAS, Augusto Teixeira. **A consolidação das leis civis**. 2 ed. aum. pelo dr. Augusto Teixeira de Freitas observações do advogado conselheiro Antonio Pereira Rebouças, confirmando a ampliando as da primeira ed. Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1867.

² Idem. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

³ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 7 set. 2016.

assume um lugar no ápice do ordenamento jurídico, tendo todos os ramos do direito conformados a ela, e isso inclui o direito civil. Assim, o Código Civil deve ser lido conforme a Constituição, e não o inverso⁴.

O advento do Estado Liberal marcou o início da era das codificações, bem como do constitucionalismo. Ao indivíduo foi dado um grande destaque, como protagonista do mundo jurídico. O Estado tinha seu poder limitado pela Constituição e o Código Civil assegurava mais autonomia individual, o que permitiu um grande desenvolvimento econômico. As primeiras constituições em nada tratavam das relações privadas, sendo sua função apenas a delimitação do poder Estatal, que era mínimo. Somente através da legislação infraconstitucional que o Estado estabeleceu algumas normas no plano privado, consagrando-se a igualdade jurídica, ou formal. Quebrava assim o paradigma do antigo regime, onde as pessoas tinham privilégios conforme o seu nascimento.

O direito à propriedade era sagrado aos iluministas e os códigos civis refletiam isso, protegendo o patrimônio dos cidadãos, que em função deste patrimônio, exerciam sua liberdade. Apesar da igualdade formal, no plano material a desigualdade ainda era plena. Se juridicamente não havia mais os privilégios que vigoraram durante o absolutismo, agora uns detinham o poder (econômico) e outros pouco ou nada tinham, o que impossibilitava de exercer plenamente sua liberdade.

Na experiência jurídica brasileira, o Código Civil de 1916 iluminava o sistema jurídico pátrio, influenciando condutas compatíveis com o seu caráter individualista e patrimonial, não levantando preocupação alguma com os direitos inerentes à própria condição de ser pessoa⁵.

O Estado Liberal foi extremamente importante e necessário para romper com o *ancien régime* e com a sociedade estamental, para trazer liberdade e igualdade formal e a garantia de que o Estado não interferiria arbitrariamente na propriedade dos súditos. Contudo, as necessidades surgidas com o decorrer do tempo mostraram que apenas isso não era o ideal.

No século XIX, o positivismo da ciência jurídica tinha, pela primeira vez, imposto no direito positivo as exigências metodológicas do jusracionalismo e também exprimiu a imagem jurídica da sociedade do seu tempo. Tanto o direito privado quanto a teoria do direito civil da pandectística se tornaram modelo para todo o resto das disciplinas da ciência jurídica. Porém, no começo do século XX, a supremacia da civilística começou a minar. A unidade sistemática

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99–109, /mar., 1999.

⁵ EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A conquista do valor dignidade nas relações privadas. In: **Marcos Ehrhardt Jr.** Disponível em: www.marcosehrhardt.adv.br, acesso em 10 de set. de 2016.

do direito civil foi dissolvida pela autonomização em domínios particulares dos campos socialmente mais significativos do próprio direito civil. O que sustentava aquela unidade era a aspiração de unidade da burguesia liberal, que tinha assumido o posto de representante da sociedade como um todo. Essa aspiração começou a ser abandonada com o direito do trabalho no início do século XX, com o direito de emergência da Primeira Guerra Mundial e com o pluralismo político e econômico da democracia de Weimar⁶.

A Primeira Guerra Mundial trouxe consigo grandes restrições à liberdade de utilização da propriedade e à liberdade contratual. Nos países mais afetados, quase todos os bens tiveram a comercialização publicizada e medidas legislativas tiveram que ser tomadas para tentar sanar a carência de habitação. Essa economia de guerra, ao mesmo tempo que trouxe limitações às relações privadas, também atribuiu funções de integração econômica às grandes associações com origens na revolução industrial, como os cartéis de empresários e uniões patronais⁷.

Dominando o cenário constitucional do século XX, a ideologia social pode ser traduzida em valores de justiça social ou distributiva. A sociedade passa a exigir o acesso a bens e serviços produzidos pela economia. Juridicamente, o Estado Social é aquele que tem presente em sua Constituição normas que regulam a ordem econômica ou social⁸.

A propriedade, nos códigos civis liberais, era o valor tido por necessário à realização da pessoa. Todos os demais interesses privados giravam em torno da propriedade. Essa prevalência do patrimônio começou a ser questionada e em seu detrimento, a pessoa humana exsurge no centro do direito civil, ao qual a propriedade passa a orbitar.

Aos civilistas se impôs um desafio, que é o de enxergar a pessoa em toda sua dimensão ontológica. Através deste filtro é que se deve, então, ver o patrimônio. Segundo Paulo Lôbo “impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. ” Para o autor, “a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais⁹. ”

2.1 Dos Direitos de Personalidade

Por um longo período, as regras jurídicas que diziam respeito aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico, continham apenas uma simples alusão

⁶ WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1993, p. 628.

⁷ *Ibidem*, p. 631.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99–109, /mar., 1999.

⁹ *Ibidem*.

à “pessoa” ou “ofensa à pessoa”. Tal referência se dava em relação ao suporte fático como se ele fosse o lesado e não os direitos decorrentes dele. Assim, não se pensava em esmiuçar os vários direitos que a ofensa poderia atingir¹⁰.

Pontes de Miranda¹¹ advertia que “no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento de suporte” e que “no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico”. Segundo o autor, nenhum direito de personalidade é relativo, são todos absolutos. E o fato de se dirigirem ao Estado, caso a ofensa parta de autoridade pública, de nenhuma maneira os relativiza. Assim, são dotados de pretensões e ações para manter o Estado (que também é pessoa), nos limites traçados pelos direitos das gentes, pela Constituição e pelas leis.

Os direitos de personalidade não se impõem no sistema jurídico por uma ordem sobrenatural, ou natural. Decorrem de fatos jurídicos, de efeitos produzidos nos sistemas jurídicos, que, em dado momento, a pressão política fez com que se inserissem neles suportes fáticos que antes ficavam apenas na dimensão moral ou religiosa.

O direito de personalidade é ubíquo, não nasce somente do direito privado, ou seja, não mais é tempo de se dizer que apenas o Estado é titular de direitos públicos, o que já é superado, pois não há como negar a existência de direitos públicos entre particulares. Os direitos de personalidade nascem simultaneamente no direito civil, nos outros ramos do sistema jurídico, nos outros sistemas jurídicos e no sistema jurídico supra-estatal.

Nascidos com a pessoa ou adquiridos depois, os direitos de personalidade são intransmissíveis. Toda transmissão pressupõe que uma pessoa se coloque no lugar de outra. Sendo possível que aconteça, o direito não será de personalidade. “Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados.¹²”

Os direitos da personalidade, como vistos em Pontes de Miranda, detêm características peculiares, como a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a inexpropriabilidade, a imprescritibilidade e a vitaliciedade. São direitos de natureza não patrimonial, inatos e essenciais à realização da pessoa. Os direitos da personalidade não podem ser transferidos para terceiros, herdeiros ou sucessores. Extinguem-se com a pessoa, porém

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII), p. 57.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 60.

podendo haver transeficácia¹³ *post mortem* deles, com a defesa dos mesmos pelos familiares. Segundo Lôbo, a pretensão ou exigência para o cumprimento do dever e da obrigação de abstenção ou de fazer jamais prescreve¹⁴.

Adriano de Cupis iguala personalidade à capacidade jurídica e a define como “uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”, não se identificando nem com os direitos nem com as obrigações, sendo apenas a essência de uma simples qualidade jurídica, produto do direito positivo¹⁵. O ordenamento jurídico, segundo de Cupis, é árbitro na atribuição da personalidade.

Os direitos da personalidade, para o autor, são direitos não-patrimoniais absolutos, e, como todos os direitos subjetivos, os direitos da personalidade se apresentam como direito na medida em que se inserem numa relação jurídica com outros sujeitos, qualificando-se pela identificação destes outros sujeitos com a generalidade¹⁶. Os direitos da personalidade estariam “vinculados ao ordenamento positivo tanto quanto os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento.¹⁷” Assim, não seria correto chamar os direitos da personalidade de “direitos inatos”, naturalmente relativos à pessoa.

O objeto dos direitos da personalidade, para de Cupis, é um modo de ser físico ou moral da pessoa, daí ele nunca conter em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica. Quando um direito da personalidade é lesado, surge para o sujeito um direito de ressarcimento pelo dano, que se destina a garantir o *tantundem*¹⁸ daqueles bens que o objeto do direito lesado estava em condições de alcançar¹⁹.

2.1.1 Os principais direitos da personalidade

Existiria, assim, um só direito de personalidade? Ou existiriam vários direitos de personalidade? Ou ainda, existiria um direito de personalidade como tal e vários outros direitos

¹³ “O CC refere-se adequadamente à legitimação aos cônjuges (compreendem-se, também, os companheiros de união estável), ascendentes e descendentes do morto, para que cesse a ameaça ou lesão aos direitos da personalidade deste, ou para reclamar perdas e danos. Ainda que morta a pessoa, seus direitos da personalidade não podem ser violados posteriormente, o que franqueia a defesa por parte de seus familiares. Quem está legitimado à defesa não exerce direito próprio, mas direito de outrem.” LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 134-135.

¹⁴ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 7 set. 2016.

¹⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷ *Ibidem*, p. 24.

¹⁸ Outro tanto.

¹⁹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 36.

de personalidade? Existem concepções que reconhecem um “direito geral da personalidade”, e outras que defendem existir uma pluralidade de direitos de personalidade, as chamadas teorias atomísticas. Nestas concepções, surgem duas linhas: uma que considera a atipicidade dos direitos de personalidade e outra que considera a tipicidade²⁰.

O primeiro direito de personalidade, para Pontes de Miranda, é o que ele chama de “direito de personalidade como tal”. Consiste no direito “de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações, ou situações passivas em ação ou exceção.”²¹ Esse direito não pode ser chamado de “pré-condição”, segundo o autor, se a capacidade de direito é pressuposto do nascimento de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, o problema de existir, ou não, direito da personalidade como direito-*cerne*, vem antes de se pensar em pressuposto²².

Esse posicionamento vai contra o que escreveu de Adriano de Cupis, para quem a personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, mas constitui a precondição deles, o seu fundamento e pressuposto²³. Para ele, a personalidade, enquanto uma simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, é diferente destes. Mas ao mesmo tempo é fundamento de existência destes direitos e obrigações.

Para Pontes de Miranda, os principais direitos de personalidade são o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à liberdade, o direito à verdade, o direito à igualdade formal (isonomia), o direito à igualdade material (que esteja na Constituição), o direito à própria imagem, o direito à honra, o direito de ter nome (inato) e o direito ao nome (nato), o direito de velar a intimidade, o direito à honra e o direito autoral de personalidade.

Qualquer direito que se destine a dar conteúdo à personalidade pode ser chamado de direito da personalidade. Existem tais direitos que em sua ausência a personalidade seria uma susceptibilidade totalmente irrealizada, destituída de qualquer valor concreto. Direitos que, na sua falta, todos os demais direitos subjetivos não interessariam mais ao indivíduo, ou seja, não existindo eles, a pessoa não existiria como tal. Estes são os direitos essenciais, identificados nos direitos da personalidade justamente por constituírem a medula da personalidade²⁴.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154.

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII).

²² *Ibidem*.

²³ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 21.

²⁴ *Ibidem*, p. 24.

Para de Cupis, todo meio social tem uma sensibilidade particular em relação à essencialidade dos direitos. Assim, mudando a consciência moral, alterando-se como se encara a posição do indivíduo na sociedade, muda-se o âmbito dos direitos tidos por essenciais à personalidade. Aplicada esta concepção ao ordenamento jurídico, os direitos da personalidade ganham uma figura positiva e aí é que o atributo da essencialidade passa a ter um valor jurídico positivo integral.

Pontes de Miranda, no que ele denominou de direito à personalidade como tal, afirmou ser este direito inato, naquele sentido de que é direito que nasce com o indivíduo, remontando ao poder *in se ipsum*, aludido pelos juristas do fim do século XV e do século XVI, porém, sem ser necessariamente *in corpus suum potestas* (embora haja direitos de personalidade como tal), o direito sobre o corpo²⁵. Esse direito não seria o direito sobre a própria pessoa, mas sim o direito irradiado do fato jurídico da personalidade.

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal. Quem é pessoa (= tem direito de personalidade como tal) tem direito a ter nome; quando se dá a *impositio nominis*, há o direito ao nome, à inserção da pessoa nas relações jurídicas. A criança herda antes de ter nome²⁶.

Para Pontes, seguindo a fórmula de Calistrato quanto à liberdade, *conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest* (nem escravo nem liberto pode fazer acordo privado [sobre a liberdade]), a vontade não tem nenhum poder para diminuir ou aumentar a personalidade²⁷.

2.1.2 A constitucionalização do direito civil e a privacidade

A constitucionalização do direito civil pode ser entendida, diz Paulo Lôbo, como “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional pertinente.” O autor alagoano identifica os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil constitucional: a) natureza normativa da Constituição; b) ordenamento jurídico complexo e unitário, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII), p.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma teoria da interpretação jurídica renovada, não formalista, visando os valores e fins a serem aplicados²⁸.

Colocar os fundamentos do direito civil no nível constitucional foi uma escolha axiológica da sociedade, que permitiu a consolidação de um Estado Democrático e Social de Direito, promovendo a justiça social e a solidariedade, o que não era compatível com o modelo clássico liberal centrado apenas no indivíduo e em sua propriedade.

Os direitos da personalidade surgem como um dos protagonistas principais dessa mudança. A Constituição de 1988 nos apresenta os seguintes direitos da personalidade, segundo Lôbo²⁹: dignidade (art. 1º, III); vida, liberdade, igualdade (art. 5º); igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I); honra, imagem (art. 5º, V); moral de autor – liberdade de criação (art. 5º, IX); vida privada, intimidade, honra e imagem (art. 5º, X); integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); liberdade – prisão civil (art. 5º, LXVII); registro civil – identidade pessoal (art. 5º, LXXVI, a); certidão de óbito (art. 5º, LXXVI, b); proteção da dignidade dos deficientes (art. 24, XIV); integridade e diversidade genéticas (art. 225, § 1º, II); dignidade pessoal de cada membro da família (art. 226, § 8º); vida, dignidade, liberdade, honra das crianças e adolescentes (art. 227); dignidade do deficiente físico, sensorial e mental (art. 227, § 1º, II); integridade física e psíquica da criança e do adolescente (art. 227, § 4º); dignidade do idoso (art. 230).

Pietro Perlingieri comenta, em relação ao ordenamento italiano, que na maioria das vezes se afirma que os direitos da personalidade seriam típicos, que não existiriam outras hipóteses destes direitos fora da legislação civil ou da Constituição, exaurindo a relevância destes direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento de danos. Segundo o autor, o art. 2 da constituição italiana é uma norma diretamente aplicável e que exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim, seu conteúdo não está limitado aos direitos tipificados nos artigos da Constituição, a tutela da personalidade abrange também situações atípicas³⁰.

O rol que Paulo Lôbo apresenta dos direitos da personalidade na Constituição, sem prejuízo dos direitos implícitos, em suma, é o seguinte: direito à vida; direito à liberdade; direito à intimidade (privacidade); direito à vida privada (privacidade); direito à honra (reputação); direito à imagem (privacidade); direito moral do autor; direito ao sigilo (privacidade); direito à identificação pessoal; direito à integridade física e psíquica³¹. O mesmo autor enxerga uma

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.49.

²⁹ *Ibidem*, p. 52.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154-5.

³¹ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 7 set. 2016.

tipicidade aberta dos direitos da personalidade, ou seja, os tipos previstos na legislação civil e na Constituição são enunciativos e não esgotam as situações passíveis de tutela jurídica à personalidade. Assim, o rol apresentado é não é de algum modo taxativo.

Adota-se aqui a posição da tipicidade aberta dos direitos da personalidade. O artigo 1º, III da Constituição, ao colocar a dignidade da pessoa humana como o norte de todo o ordenamento jurídico pátrio, estabelece uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, no mesmo sentido que Perlingieri fala sobre a Constituição italiana. O rol de direitos apresentados por nossa Carta Magna é meramente exemplificativo, mas isso não significa também que qualquer situação se incorre numa ofensa à pessoa, sob o risco de que o valor trazido pelo constituinte de 1988 depois de anos de batalhas por melhores condições para o ser humano acabe se esvaziando em argumentos mesquinhos. É importante sim, dar uma proteção integral à pessoa, resguardando-a em sua integralidade, buscando, sobretudo, formas de prevenção dos danos à pessoa e formas eficazes de reparação do dano sofrido.

Alguns direitos apontados pela doutrina, *v.g.*, intimidade, sigilo, proteção de dados pessoais etc foram aqui reunidos sob o nome “privacidade” conforme será demonstrado mais adiante.

2.2 Os Direitos da Privacidade

2.2.1 Intimidade, vida privada e vida familiar

Estes três vocábulos acabam, por muitas vezes, sendo utilizados de maneira indiscriminada, ora sendo tratados como sinônimos, ora como âmbitos diferentes da privacidade, e até mesmo como um sinônimo desta.

A Constituição Federal de 1988 menciona tanto a intimidade quanto a vida privada entre as garantias e direitos fundamentais presentes no artigo 5º³². Já a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, utiliza as terminações “vida privada” e vida familiar para tratar sobre o mesmo assunto do art. 5º, X da Constituição Federal. O Código Civil estabelece, no art. 21, que “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.”

É necessário, pois, para o desenvolvimento deste trabalho, estabelecer a que âmbitos da privacidade estes termos se referem. Historicamente, estes termos foram usados para descrever

³² Art. 5º, 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;

dois âmbitos da privacidade, que podem ser destacados do modelo proposto por Heinrich Hubmann³³, predominante na doutrina e jurisprudência alemã de meados do século XX.

2.2.1.1 A Teoria das Esferas

Hubmann³⁴ afirmava que em virtude dos novos danos à personalidade que surgiam em seu tempo (na década de 50 do século XX), novas realizações técnicas decorrentes do âmbito do direito geral à personalidade seriam possíveis. Para a verificação do âmbito da personalidade em que ocorrera a violação, seria necessário distinguir três círculos de proteção (*Schutzkreise*), de acordo com a natureza da personalidade, tanto em relação à própria pessoa quanto em relação à comunidade: a esfera individual (*die Individualsphäre*), a esfera privada (*die Privatsphäre*) e a esfera secreta (*die Geheimsphäre*).

A esfera individual, segundo o jurista alemão, protege a vida natural do indivíduo na esfera pública, nas suas relações com o mundo. A vida do indivíduo enquanto membro da sociedade não pode ser mantida longe da esfera pública, mas deve ser protegida contra os danos que resultarem destas relações.

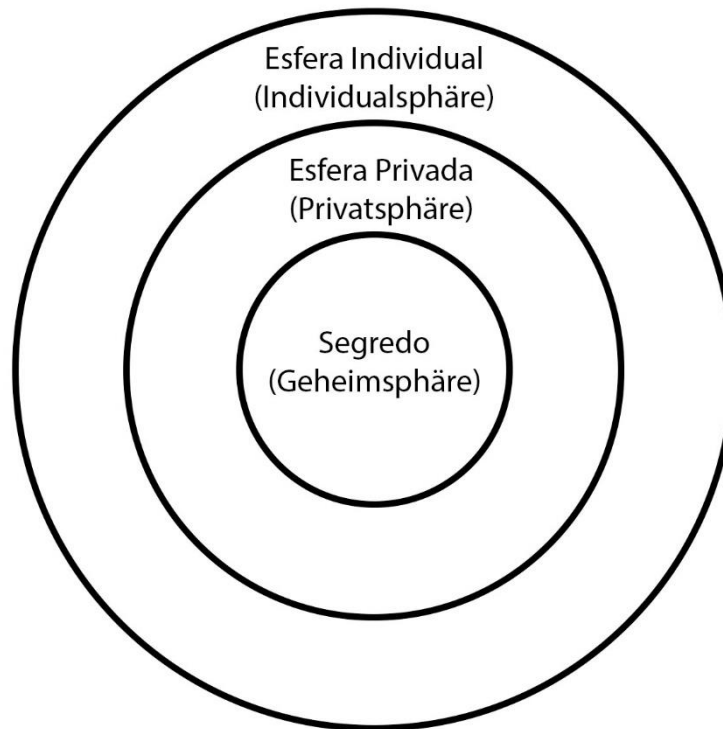
Na esfera privada se incluem a vida cotidiana, a profissão, a amizade e o conhecimento com outras pessoas, a família e também o que acontece na rua e nos locais públicos. A esfera privada deve ser conservada da esfera pública, principalmente.

Na esfera do segredo não se protege apenas contra o público em geral, mas também contra o acesso de outras pessoas à vida privada do indivíduo. É a esfera íntima, núcleo da privacidade, conforme o esquema abaixo:

Esquema 01.

³³ HUBMANN, Heinrich. *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*. **Juristenzeitung**, v. 12, n. 17, p. 521-528, 1957.

³⁴ *Ibidem*, p. 524.



Segundo Hubmann³⁵, mesmo quando os limites de cada esfera acabassem se transpondo e as esferas se fundindo, ainda seria necessária uma divisão jurídica de cada esfera da personalidade. O modelo acima representa os círculos de proteção da personalidade: o núcleo da personalidade do indivíduo é envolvido por camadas, as quais só poderão ser removidas por intervenção estatal, que conforme se aproxime do núcleo, carecerá de maior legitimação para tanto³⁶.

A teoria das esferas foi tida como insuficiente para tratar dos problemas mais recentes da privacidade, como a proteção de dados, e por isso acabou sendo deixada para trás pelo Tribunal Constitucional Alemão numa decisão de 1983³⁷, declarando inconstitucional uma parte da Lei do Censo, numa reinterpretação da Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais de acordo com a Constituição³⁸, dando, a teoria das esferas, lugar à autodeterminação informativa,

³⁵ HUBMANN, Heinrich. *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*. **Juristenzeitung**, v. 12, n. 17, p. 521-528, 1957, p. 524.

³⁶ BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection – a German/European perspective*. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (ed.). *Governance of global networks in the light of differing local values*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 54.

³⁷ *Ibidem*, p. 54.

³⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

construção americana em que a pessoa deve ter a capacidade de controlar a informação a respeito de si.

A teoria das esferas pode ter sido tratada como obsoleta, por vezes até sido chamada desdenhosamente de *theory of the private self as a passive onion*³⁹, numa comparação do modelo dos círculos concêntricos com as camadas de uma cebola, mas ela ainda guarda utilidade, ao menos para explicar o porquê da confusão entre os termos vida privada, intimidade e vida familiar.

Estes termos, presentes em vários diplomas legais, inclusive em tratados internacionais, foram empregados a partir da lógica da teoria das esferas. Sempre haveria um núcleo onde a proteção dada à privacidade deveria ser maior e a resposta à agressão a este núcleo deveria ser mais severa.

Conforme se afastasse desse núcleo protetivo, a intensidade da proteção diminuiria paulatinamente. Esta força gravitacional exercida pelo núcleo seria rompida a partir do momento em que o indivíduo não tivesse mais controle sobre determinado assunto, numa clara evocação da dicotomia privado-público. Quanto mais próximo do núcleo, mais privado; quando mais afastado, mais público.

O indivíduo passaria, então, a se apresentar em três âmbitos distintos. No primeiro deles, o nuclear, o indivíduo estaria fechado para si, no reino do eu absoluto, onde teria liberdade de ser quem é naturalmente, sem limitações, decoros ou reverências. O próximo âmbito seria aquele em que o indivíduo permite uma pequena abertura de si, voltada às pessoas mais próximas com que mantém relação. Refere-se à vida do indivíduo em círculos sociais pequenos, cujas relações entre os componentes são estreitas, como a família, os amigos, colegas de trabalho, vizinhos e conhecidos.

No último âmbito, mais afastado do núcleo e já na fronteira entre o privado e o público, o indivíduo tem uma abertura maior, se relacionando com o mundo como ser social que é, mas ainda mantendo sua individualidade.

Utilizando a metáfora de Nelson Saldanha⁴⁰, a diferença entre estes dois últimos âmbitos seria equiparável a o jardim e a praça: no primeiro, o indivíduo tem um grau de privacidade maior; na praça, embora a privacidade seja reduzida, a pessoa ainda mantém sua individualidade. Estendendo a metáfora de forma a fazer correspondência com a teoria das

³⁹ BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection – a German/European perspective*. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (ed.). *Governance of global networks in the light of differing local values*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 54

⁴⁰ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atântica Editora, 2005.

esferas, ainda se poderia acrescentar o quarto como representante do núcleo da privacidade. Quarto, jardim e praça representariam os âmbitos do indivíduo quanto à privacidade.

2.2.1.2 Intimidade e vida privada no Brasil

As reverberações da teoria das esferas de Hubmann chegaram até a Constituição brasileira e influenciaram boa parte da doutrina. Admitir existirem âmbitos diferentes da privacidade é um traço comum em muitos autores, mas o ponto mais controvertido é em relação à especialização da vida privada em intimidade.

Conforme Antônio Jeová Santos, apesar de existir uma forte posição doutrinária a defender a diferenciação dos termos, há outra posição que afirma que no conceito de privado já está inserida a concepção de íntimo⁴¹. Esta última posição parece ser a de Paulo Lôbo, que embora faça uma clara distinção entre intimidade e vida privada, reconhece a dificuldade de distingui-las no caso concreto, quando sofrem variações conforme tempo e lugar, e que por isso tais expressões sempre apareceriam lado a lado.

Segundo Lôbo, a “alusão a uma quase sempre é abrangente da outra. De toda forma, quando a norma jurídica se refere a uma delas, o intérprete deve considerar implicitamente referida a outra⁴².” O direito à intimidade tratado por Paulo Lôbo⁴³ corresponde à *Geheimsphäre* (esfera do segredo) de Hubmann, por proteger exatamente tudo aquilo que a pessoa mantém unicamente para si⁴⁴. O mesmo autor conceitua a vida privada como sendo aquela relativa ao ambiente familiar, correspondendo à *Privatsphäre* (esfera privada) da teoria das esferas⁴⁵.

Danilo Doneda⁴⁶ parece seguir o mesmo posicionamento. Para o autor, a terminologia usada na Constituição deve ser interpretada de acordo com o contexto em que se encontram os

⁴¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 439-440.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

⁴³ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁴ “O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. Estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possa trazer constrangimento e prejuízos à reputação da pessoa, quer estejam na moradia, no automóvel, no clube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente do trabalho. O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto existencial. A divulgação não autorizada de eventos íntimos da vida de alguém, obtidos em razão de atividade profissional, é considerada ilícito pelo Código Penal.” LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

⁴⁵ “O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, e sua lesão resvala nos outros membros do grupo. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (Monteiro, 2003)” LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

⁴⁶ “A verdadeira questão que a terminologia constitucional nos apresenta é: se foram utilizados dois termos diversos, estaríamos diante de duas hipóteses diversas que devem ser valoradas de formas diferentes?”

direitos fundamentais a serem por ela protegidos, sendo infrutífero “insistir em uma conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas dos dois termos⁴⁷.”

Cada um dos termos empregados na Constituição, intimidade e vida privada, possui um campo semântico próprio, segundo Doneda. A vida privada é onde residiria a diferenciação entre as coisas da vida privada e as coisas da vida pública. A intimidade seria o termo referente às coisas particulares e pessoais, dentro de uma atmosfera de confiança, numa clara evocação ao direito de ser deixado em paz. Os dois termos, para o autor, poderiam ser integrados a partir da atividade interpretativa⁴⁸.

Roxana Borges⁴⁹, utilizando “privacidade” num sentido mais genérico, aduz que direito à privacidade e direito à vida privada são expressões que “se aproximam da ideia de segredo, de sigilo, de não-publicidade, de reserva, de direito de estar só.” Para a autora, a violação à privacidade ocorre quando ocorre intromissão na vida privada de alguém sem o devido consentimento, ou quando as informações relativas à vida privada da pessoa forem divulgadas sem o consentimento.

A autora chega a chamar o direito à privacidade de direito à vida privada *stricto sensu*, contrariando a vida privada em sentido amplo, que seria

o direito que a pessoa tem de conduzir sua vida por si mesma, ainda que dentro do Direito, mas sem ter sua autonomia esmagada por direcionamentos públicos, venham estes do Estado, da Sociedade ou de outro indivíduo ou grupos de indivíduos, desde que suas ações não causem danos a terceiros⁵⁰.

Roxana Borges, apesar de mencionar que a distinção entre o direito à privacidade (vida privada *stricto sensu*) e intimidade é meramente de abrangência, defende a disponibilidade relativa desta última tal qual a primeira, o que torna sem sentido dizer que a intimidade compõe algum âmbito da privacidade nesta concepção, já que praticamente não resta nenhuma diferença. O sentido em que emprega a expressão “vida privada” é, neste ponto, próximo

Respondemos que não, pelos seguintes motivos: (i) a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganha assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma; (ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional.” DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110. Mais adiante será tratado o assunto referente à privacidade no processo de formação da Constituição, onde serão abordados os projetos apresentados na Comissão Afonso Arinos e nas subcomissões e comissões da Assembleia Nacional Constituinte.

⁴⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 109-110.

⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

⁵⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

daquele usado no Pacto de San José da Costa Rica, ao menos no que diz respeito à intimidade ser abarcada pela vida privada.

Antonio Jeová Santos⁵¹, ao tratar sobre intimidade e vida privada, conclui que quando a Constituição usa estes termos, não o faz fora de propósito, como se fosse uma mera repetição de termos idênticos, mas sim, considerando como gênero a vida privada, na qual está incluída a intimidade como núcleo central.

Até aqui, as noções de intimidade e vida privada, de um modo ou de outro, acabam fluindo para a teoria das esferas. A intimidade sempre posicionada no núcleo mais restrito do indivíduo, que é rodeado por uma camada de transição até chegar à camada externa da personalidade. Também é o entendimento de José Afonso da Silva⁵², que admite não ser fácil distinguir os termos, mas reconhece que a Constituição deu destaque à vida privada justamente para que fosse um conceito mais abrangente, “como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”. A intimidade, para José Afonso da Silva, também é a esfera secreta, envolta na esfera da vida privada, que, por sua vez, faz limite com a esfera da vida exterior. É na intimidade, segundo o autor, que se abrange, de forma mais restrita, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional⁵³.

A terminologia ponteana é um pouco peculiar, se afastando de Hubmann, já que emprega o vocábulo “intimidade” num contexto mais amplo: o direito a velar a intimidade. Este termo tem um uso, na obra de Pontes de Miranda, mais próximo daquilo que no presente trabalho é apresentado como “privacidade”, ou seja, assim como José Afonso da Silva usa a intimidade para tratar de outros temas mais restritos, Pontes de Miranda o emprega para abordar tópicos que envolvem a relação entre intimidade e inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e os problemas surgidos a partir da violação destes direitos⁵⁴.

⁵¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 441.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 208.

⁵³ *Ibidem*, p. 207.

⁵⁴ “Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre *limitações*, a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, — o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento “intimidade”; se A consentiu em que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade. Por onde se vê que, livre, o homem toma a atitude de velar, de ocultar, de intimizar, ou essa atitude corresponde a dever (e.g., Código Penal, ad, 233). Onde a intimidade não lhe é imposta e, pois, a sua vontade de recolhimento coincide com a regra de lei escrita ou costumeira, a pessoa mesma a traça, dentro do que é a sua liberdade. Não se pode pensar em intimização voluntária, sem se aludir a que se exerce liberdade de fazer e de não fazer.” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento).

Outros autores nacionais, cujos cursos e manuais de Direito Civil têm certa tradição na academia, manifestam-se brevemente sobre o tema. Caio Mário⁵⁵ funde intimidade e vida privada num só direito, que para ele tem caráter dúplice: tanto como direito de estar só, quanto de não ser molestado por outrem. É, praticamente, o mesmo direito à privacidade original, defendido por Warren e Brandeis no final do século XIX, que será abordado mais adiante. Sílvio de Salvo Venosa⁵⁶, da mesma forma, trata intimidade e vida privada por sinônimos e fazendo referência ao direito de estar só.

Silvio Rodrigues⁵⁷ também faz a mesma confusão de termos que os autores acima, ainda assentando que “o uso do nome, da palavra, da imagem é um direito da personalidade, e a lei deve buscar um meio de protegê-los, pois lhe cabe proteger tudo o que diz respeito à intimidade”, logo depois fazendo referência ao artigo 21 do Código Civil que menciona expressa e unicamente a vida privada.

Washington de Barros Monteiro⁵⁸, ao se referir à intimidade, acaba dando o conceito de vida privada usado por Paulo Lôbo:

O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, conhecimento, intromissão ou interferência de quem quer que seja.

Para o autor, dentro do direito à intimidade se incluem também o sigilo de correspondência, de dados (comunicação telefônica e internet), bem como “o direito ao sossego, ao silêncio, à tranquilidade em casa, no trabalho e na rua, de não ser assediado por estranhos em via pública, de não ser visto, observado ou ouvido em sua intimidade”⁵⁹.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal⁶⁰ incluem a vida privada dentro de uma categoria chamada “direito à integridade psíquica (moral)”, localizada dentro de sua classificação dos direitos da personalidade onde estes são divididos, além daquela categoria, em direitos à integridade física e à integridade moral. Conceituam a vida privada, ao tratar da privacidade, como o “refúgio impenetrável pela coletividade”, e também “o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou”. Seria

Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII).

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 221.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, p. 176.

⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 114-115.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13 ed. São Paulo: Atlas, p. 215.

ainda o “direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa”.

Estes autores deixam claro que, para eles, a vida privada tem uma abrangência maior, sendo nela contidos o sigilo e a intimidade. Assim, na sua concepção, a intimidade “consiste em resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito, apenas ao titular” e o sigilo “é fundado na não divulgação de fatos da vida de alguém”⁶¹.

Da mesma forma, Marcos Ehrhardt Junior⁶² inclui a privacidade no direito à integridade psíquica (“conjunto de direitos da personalidade voltados à tutela da higidez e do equilíbrio psicológico do ser humano”). Para o autor, compõem o direito da privacidade, além da clássica fórmula do direito de estar só, da garantia à inviolabilidade do domicílio, do sigilo de correspondência e do segredo profissional, a possibilidade do controle da informação a respeito da pessoa que se refira ao “âmbito mais íntimo da vida privada (como suas escolhas existenciais relativas aos seus sentimentos, à orientação sexual, política e religiosa etc)”⁶³. Tornar público os aspectos íntimos do indivíduo, para o autor, pode ser motivo de discriminação, daí a impossibilidade de fazê-lo.

Observando os posicionamentos da doutrina pátria sobre intimidade e vida privada, é possível notar algumas tendências entre os autores, desde os que vão de concepções mais restritivas a concepções mais abrangentes.

As concepções mais restritivas geralmente levam em consideração um aspecto da intimidade ou vida privada (igualando ao direito de estar só ou ser deixado em paz), confundindo, por muitas vezes, os conceitos e tratando-os por sinônimos, como em Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa.

Dentre as concepções abrangentes, existem as que colocam a intimidade como um tipo de categoria onde cabem outros direitos por ela protegidos, como a inviolabilidade ao domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional, como em Washington de Barros Monteiro, Pontes de Miranda e, de certa forma, José Afonso da Silva.

Dentre estas concepções, a que aparenta ser majoritária na doutrina é aquela em que a vida privada é tratada como um gênero do qual a intimidade é espécie. É o que se encontra em Paulo Lôbo e Danilo Doneda (apesar de fazerem uma diferenciação nos moldes da teoria das esferas de Hubmann), José Afonso da Silva, Roxana Borges, Antônio Jeová Santos, Cristiano

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13 ed. São Paulo: Atlas, p. 216.

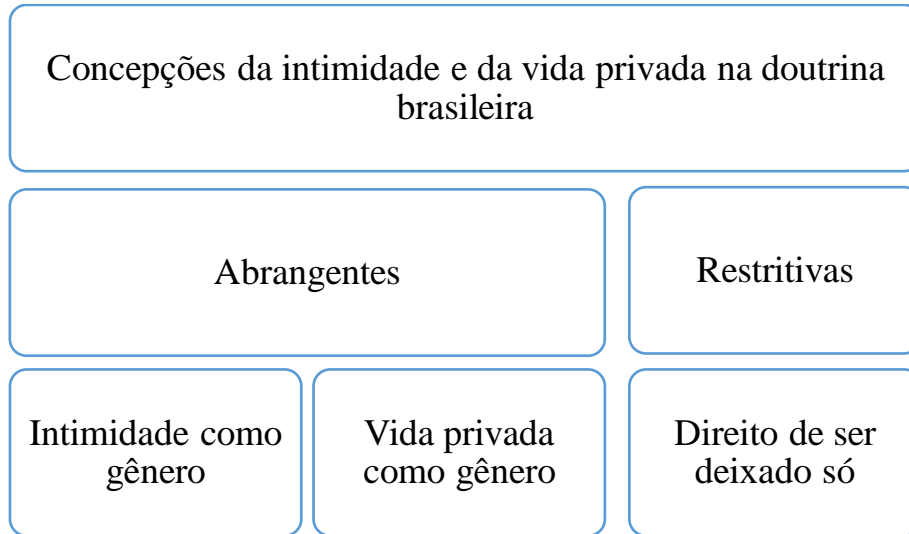
⁶² EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito civil**: LINDB e parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 237.

⁶³ *Ibidem*, p. 246.

Chaves e Nelson Rosenvald e Marcos Ehrhardt Junior. Estes dois últimos incluem o direito à privacidade (vida privada e intimidade) dentro do direito à integridade moral.

O quadro abaixo ilustra o posicionamento de cada concepção:

Esquema 02.



Os autores que não realizam uma mínima diferenciação entre intimidade e vida privada tendem a se afastar da concepção de Hubmann (que se encaixa entre aquelas em que a vida privada é gênero e intimidade, espécie). Optam por um olhar limitado aos problemas da privacidade, adotando uma concepção restritiva, que pode ter sido útil em determinado momento da história, mas que não corresponde às necessidades do ser humano na atualidade.

Aqueles que adotam concepções abrangentes, não importando a vertente, chegam mais perto de entender as questões relativas à privacidade. Nessas concepções, outros aspectos são levados em conta além do direito de ser deixado em paz. Se afastam mais por um problema de nomenclatura que qualquer outro.

2.2.1.2 Um novo modelo para a Teoria das Esferas

Ante o tratamento dado ao tema intimidade/vida privada pela doutrina nacional, há de se indagar se é realmente necessário haver uma distinção (com efeitos práticos) entre os termos. Alguns autores, como Paulo Lôbo e Danilo Doneda se manifestam pela interpretação que leve em conta um termo quando feita alusão ao outro, justamente pela proximidade e pela abrangência de um termo sobre o outro (que para os autores é a vida privada o mais abrangente). Doneda vai mais além, entendendo que os termos não devem ser valorados de forma diversa, em razão da imprecisão terminológica na doutrina e jurisprudência e que a discussão dogmática sobre o que seria intimidade e vida privada acabaria desviando a atenção do problema principal.

Poder-se-ia discutir se o constituinte almejava algum propósito em mencionar intimidade e vida privada na Constituição de 1988 ou se somente foi um excesso de zelo, como pretendem alguns. Adota-se neste trabalho a posição de que, embora o que se denomine de vida privada seja um conceito mais abrangente, aquilo que se chama de intimidade deve ser tratado de forma independente. Em capítulo mais adiante será explicada a razão histórica da diferenciação dos termos no Brasil, através de uma análise do processo de formação da Constituição Brasileira de 1988 em cada etapa. Agora, explica-se sucintamente a razão de cada termo ser tratado independentemente, apesar da ligação entre eles.

Adota-se aqui, como base, a teoria das esferas de Hubmann, por se reconhecer que nela estão as bases sólidas que influenciaram grande parte da doutrina e dos legisladores, e por consequência, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como já explicado mais acima, a teoria das esferas de Hubmann defende a existência de três âmbitos da personalidade: a esfera do segredo, a esfera privada e a esfera individual. Tal como esquema já apresentado, a esfera do segredo é o círculo mais restrito, o núcleo, que é envolvido pela esfera privada, cujo grau de restrição é menor; e a esfera individual, que é aberta ao público, representando o contato do indivíduo com o seu meio social.

O problema principal reside nos limites entre as duas primeiras esferas, contando a partir do centro. É aqui onde se desenvolve a questão de o que é intimidade e o que é vida privada, ou ainda, vida familiar.

A primeira esfera, posicionada no núcleo, representa aquilo que deve ser protegido com mais zelo e por isso deve ter um valor maior que os bens protegidos nas outras esferas. Essa maior proteção chama-se segredo: uma limitação imposta a terceiros em relação à pessoa; o indivíduo tem controle total sobre o objeto do segredo e sobre quem a ele tem acesso, seja ele físico ou não.

A palavra segredo passa, primeiramente, uma ideia de que algo não deve ser contado para outras pessoas. No sentido mais radical, segredo seria aquilo que a pessoa guardaria somente para si, não compartilharia com mais ninguém. Mas segredos também podem ser compartilhados, seja entre o cônjuge, entre amigos, com o médico, com o advogado ou com um sacerdote, por exemplo.

Não deixa de ser segredo por ter sido compartilhado. A essência do segredo é o acesso restrito, o que não implica em um isolamento absoluto do indivíduo para o mundo. Lógico, poderão haver segredos que serão guardados única e exclusivamente pela pessoa, mas o fardo psicológico de os manter às vezes não dá para ser carregado sozinho, necessitando a pessoa de

compartilhar com alguém de seu círculo de confiança. Permanecerá, assim, restrito e longe da interferência alheia.

O critério que estabeleça uma diferenciação entre intimidade e vida privada com base no que a pessoa guarda única e exclusivamente para si e o que é compartilhado com outros não é um critério seguro. É falho porque há segredos compartilháveis que mantêm seu atributo de restrição em maior grau que a restrição da chamada vida privada. As esferas de Hubmann não são perfeitas; ao contrário: seus limites são tortuosos, mas nem por isso deixam de ser limites.

Assim, mesmo que aparentemente seja difícil encontrar o limite que separe o que é da esfera do segredo e o que não é, existe um limite a ser definido pelo caso concreto. Uma das características dos direitos de privacidade é a plasticidade, são direitos cujo conteúdo carrega o espírito da época e os valores culturais da sociedade e principalmente do indivíduo. A privacidade enquanto intimidade e vida privada não poderia ser diferente.

Poderão haver casos em que determinado assunto tratado com mais restrição por um possa ser tratado com menos restrição por outro. Há uma certa fluidez de acordo com a situação do mundo real, o que não muda é o grau de restrição: quanto maior, mais próxima da esfera do segredo (intimidade); à medida que diminui, mais próxima fica da esfera privada (vida privada/vida familiar). Assim, em uma família conservadora tradicional nos moldes ocidentais, pode-se tratar da nudez do corpo como um assunto delicado, com maior pudor, preservando cada membro a sua intimidade em respeito absoluto, enquanto que para uma família de praticantes do naturismo seja perfeitamente normal que sua nudez integre sua vida privada, seja no ambiente do lar ou em espaços abertos em contato com outros praticantes, de acordo com sua filosofia de vida.

O modelo dos círculos concêntricos deve ser repensado e adequado à realidade. As situações do cotidiano apresentam variáveis que superam as hipóteses apresentadas nos manuais são complexas demais para se dizer de imediato o que é intimidade ou vida privada. Assim, faz-se mais adequado imaginar os limites das esferas não como muros ou barreiras sólidas e intransponíveis, como se fossem uma fortaleza sem portas a manter a incomunicabilidade entre cada esfera, mas sim como se fosse uma membrana, uma estrutura fina e quase imperceptível, que cumpre a função de não somente segregar dois ambientes, mas também permitir a troca dos conteúdos destes. Ou seja, entre cada esfera não existe um limite rígido que impeça a comunicação entre dois âmbitos distintos, mas sim uma certa permeabilidade.

Neste modelo, cujas esferas possuem limites permeáveis, a vida privada (representada pela esfera privada) permanece em sua posição mais abrangente em relação à intimidade

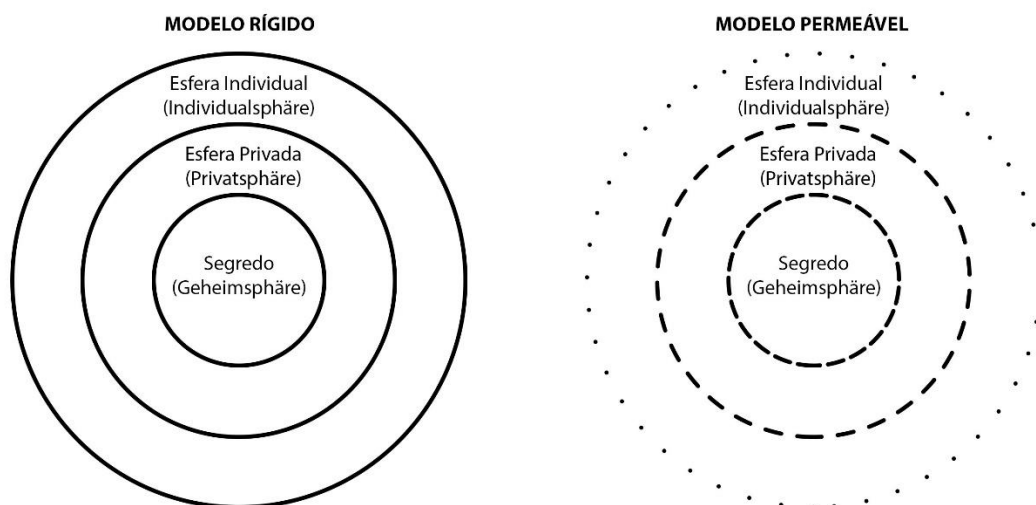
(representada pela esfera do segredo). A esfera íntima terá uma restrição de acesso maior que a esfera privada, o que se traduz em maior proteção contra as agressões.

A esfera individual mantém a característica do indivíduo enquanto tal servindo-lhe de limite em relação ao seu ambiente social. É, entre as esferas, a mais aberta, acompanhando o indivíduo como uma espécie de aura aonde quer que ele vá. Não deve ser visto como uma bolha que o isole do contato com o mundo externo. Aliás, o conceito de isolamento como privacidade há muito que é insuficiente para explicar esta palavra. O ser humano é um ser social por natureza, vivendo em grupos desde os tempos remotos, desde pequenas tribos a megalópoles. A não ser que o indivíduo seja um eremita, que por escolha resolve se afastar da convivência com os demais, seja para fins de contemplação ou religiosos, todos os seres humanos interagem entre si, em maior ou menor grau. É uma interação necessária: um indivíduo estimula o outro através de seu comportamento, mas nunca invadindo o espaço do outro. O estímulo vem de fora, caso contrário, a invasão do espaço individual de alguém acabaria por anular qualquer liberdade ou a característica de ser um indivíduo; deixaria de ser alguém para se tornar um pedaço de um todo, de uma massa.

A ofensa perpetrada nesta esfera atinge ao direito à personalidade como tal, e não propriamente um dos direitos da privacidade, cujos âmbitos estão mais afastados da superfície.

Nos modelos abaixo, foram reproduzidos o esquema já mostrado (esquerda) e o esquema proposto por este trabalho (direita):

Esquema 03.



O modelo rígido representa as esferas como círculos impenetráveis, ao estilo de uma *matryoshka*⁶⁴, onde cada âmbito é bem definido e que funciona bem para situações hipotéticas como as apresentadas a um estudante na sala de aula, mas que, quando posto frente às situações reais e aos problemas da atualidade onde os avanços tecnológicos e sociais em relação ao período em que a teoria das esferas foi desenvolvida devem ser levados em conta, este modelo torna-se obsoleto.

O modelo permeável é flexível, não se voltando para uma definição estática daquilo que há de ser protegido enquanto intimidade ou vida privada, mas permite uma definição dinâmica, preocupando-se primeiro com o âmbito de proteção (se maior ou menor), para depois se voltar para o assunto a ser protegido.

Se no centro há um grau de proteção maior, cuja palavra-chave é o segredo, o grau de proteção que vem imediatamente é menor. Já não é mais a esfera do segredo, mas sim a esfera da reserva. É aqui que se encontra a proteção à vida privada ou familiar.

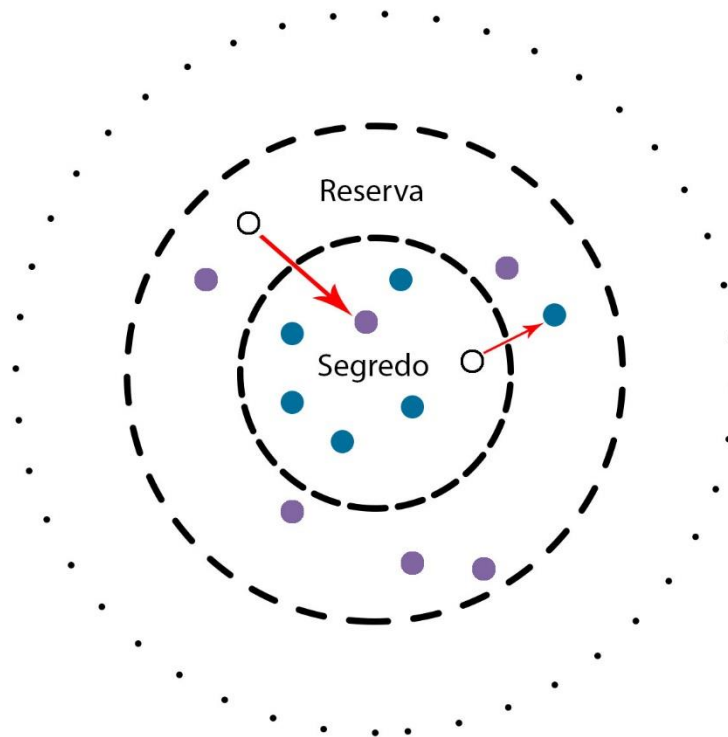
A reserva é uma palavra aqui usada no sentido figurado, significando discrição, recato. O âmbito de proteção da reserva visa proteger o indivíduo de um modo mais abrangente que o âmbito do segredo, geralmente envolvendo assuntos que dizem respeito ao convívio doméstico, às relações entre parentes, amigos e conhecidos, lugares frequentados e até mesmo ao conteúdo das compras ou aquilo que é descartado no lixo pelo indivíduo. É importante que se destaque que não se deve basear a classificação de uma ofensa como uma violação à vida privada ou familiar apenas por tocar nestes assuntos. O que importa é se, de acordo com o caso concreto, o assunto da privacidade demonstra a necessidade de uma maior proteção, adentrando a esfera do segredo, ou de uma proteção um pouco mais branda, na esfera da vida privada.

Os assuntos que dizem respeito à privacidade e que são tratados dentro das esferas íntima e privada detêm fluidez para transmigrar de um círculo para o outro. Além de que, todo assunto tido por íntimo é também um assunto da vida privada cuja proteção deve ser maior.

Esquema 04.

⁶⁴ Ou matriosca, tradicional brinquedo russo que consiste em uma série de bonecas que se encaixam umas dentro das outras, geralmente feito de madeira.

TRANSMIGRAÇÃO ENTRE ESFERAS



O esquema acima representa esse movimento de transmigração realizado entre as esferas da privacidade: determinado assunto que está originalmente em um círculo acaba por transpor o limite do seu âmbito, indo para outro. As bolas azuis representam os assuntos ligados à intimidade; as roxas, aqueles ligados à vida privada. As bolas vazias representam as posições anteriores e as setas, as direções tomadas por cada movimento. É possível notar duas transmigrações no esquema: uma, o movimento para dentro do núcleo da privacidade; e outra, o movimento para o âmbito mais externo.

Um assunto da privacidade, ao realizar o movimento transmigratório em direção ao núcleo, passa receber uma proteção maior que a que receberia na média das situações. As consequências da violação da privacidade, neste caso, serão mais graves que as consequências normalmente imputadas. É o caso da pessoa que tem seu lixo vasculhado por um curioso, que acaba descobrindo caixas de medicamentos específicos para o tratamento de certas doenças graves (porém, que não afetam o convívio social) e as divulga para que a pessoa sofra com o estigma e preconceito.

O lixo de uma casa normalmente contém indícios dos hábitos das pessoas que nela moram: é possível identificar que tipo de alimentos se consome, quais produtos novos foram comprados (através das embalagens), nomes e dados pessoais (em caso de documentos

descartados), informações sobre a saúde dos moradores (curativos descartados, embalagens de medicamentos, seringas, absorventes etc), incluindo-se também o comportamento sexual (preservativos, testes de gravidez, cartelas de pílulas anticoncepcionais e a chamada pílula do dia seguinte).

Se a enfermidade é guardada do conhecimento de todos, inclusive de familiares que habitem a mesma residência, hipoteticamente, como a mãe que, para preservar seus filhos pequenos da carga emocional de vê-la debilitada em meio a um tratamento médico, oculta destes o seu estado de saúde. O curioso que vasculhou seu lixo, descobrindo através das embalagens dos medicamentos a enfermidade daquela pessoa, depois divulgando e com isso gerando problemas graves para aquela mulher (perda de emprego, vergonha de andar na rua, os filhos descobrirem pelas bocas maldosas de terceiros a situação da mãe) não comete uma agressão à vida privada, como o seria se o caso fosse apenas uma simples vasculhada, encontrando apenas medicamentos comuns e restos de alimentos, por exemplo. A agressão aqui é na intimidade. É no âmbito mais restrito da privacidade, e por isso, deve ser valorado de modo diferente.

Quando o movimento de determinado assunto da privacidade é o oposto, de dentro para fora, este sai do núcleo da privacidade, onde a restrição era maior, para um âmbito onde a restrição é mais branda, ou seja, a valoração acontece no sentido inverso que na hipótese anterior, o que poderia ser gravíssimo foi apenas grave.

A transmigração de dentro para fora tem ligação com um tema que tem sido colocado no debate jurídico da atualidade, que é o da extimidade, que será abordado no tópico seguinte, de forma a entender melhor o último movimento transmigratório.

2.2.1.3 Extimidade

A extimidade (no original em francês, *extimité*) é uma palavra criada por Jacques Lacan, psicanalista francês. Foi utilizada pela primeira vez na sua obra “Seminário 7: a ética da psicanálise”, onde o autor desenvolve uma discussão sobre a arte pré-histórica. Lacan se mostra surpreso com os homens primitivos e com o local escolhido por eles, como uma caverna pouco iluminada e com tantos obstáculos à visualização, para realizar as primeiras representações artísticas da humanidade⁶⁵. Lacan, que vinha trabalhando o conceito psicanalítico da Coisa (*das*

⁶⁵ O exato trecho onde Lacan cita a palavra “extimidade” é esse: “pode ser que aquilo que descrevemos como sendo esse lugar central, essa exterioridade íntima, essa extimidade, que é a Coisa”. LACAN, Jacques. **Seminário, livro 7: a ética da psicanálise**, 1959-1960; texto estabelecido por Jacques-Alain Miller; [versão brasileira Antônio Quinet]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 169.

Ding, no alemão, termo usado por Freud e retomado por Lacan), acaba relacionando os termos, explicando que *das Ding* é “essa exterioridade íntima, essa extimidade”.

O êxtimo é um neologismo de Jacques Lacan que indica “algo do sujeito que lhe é mais íntimo, mais singular, mas que está fora, no exterior. Trata-se de uma formulação paradoxal: aquilo que é mais interior, mais próximo, mais íntimo, está no exterior”⁶⁶.

Serge Tisseron, psiquiatra e psicanalista francês, desenvolve o tema da extimidade no contexto da sociedade da informação, abordando um *reality show* francês chamado “*Loft Story*”, o equivalente local para o programa de formato holandês conhecido no Brasil pelo nome de BBB (Big Brother Brasil). Tisseron propõe que extimidade seja o movimento que impele cada um a dar a destaque a uma parte de sua vida íntima, tanto física quanto psíquica. Segundo o autor, este padrão passou despercebido por muito tempo, embora seja essencial ao ser humano: consiste no desejo de comunicar sobre o seu mundo interior. Quando a pessoa deseja externalizar alguns elementos de suas vidas, seria melhor que se apropriassem deles em um segundo momento, internalizando-os de outro modo, graças às reações que eles podem despertar entre as pessoas de seus círculos próximos. O desejo de extimidade está, de fato, a serviço da criação de uma intimidade mais rica⁶⁷.

Traduzir estas teorias psicanalíticas para dentro do Direito pode ser algo perigoso, principalmente por cada ciência guardar uma linguagem própria. Mas Direito e Psicologia são ramos do conhecimento que se encontram em vários pontos, e particularmente no que diz respeito à privacidade, pode-se dizer que o *right to privacy* original tem uma matriz psicológica.

O íntimo, que muitos pensam ser um reino absoluto, encontra no êxtimo, não seu oposto, mas seu complemento. Isso explica o porquê de um critério numérico não ser adequado para definir o que está no âmbito da intimidade e o que está no âmbito da vida privada: certas coisas só fazem sentido compartilhadas e o podem ser sem que abandonem a esfera de proteção.

Uma relação sexual entre duas pessoas em um quarto com a porta e as janelas fechadas recebe uma maior proteção justamente porque o grau de restrição é alto, dentro da esfera do segredo de cada pessoa envolvida. Caso contrário, se fosse utilizado o critério numérico, por

⁶⁶ SEGANFREDO, Gabriela de Freitas Chediak; CHATELARD, Daniela Scheinkman. *Das Ding*: o mais primitivo dos êxtimos. In: **Cadernos de Psicanálise - CPRJ**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 30, p. 61-70, jan./jun. 2014. Disponível em <http://cprj.com.br/>. Acesso em 04 de janeiro de 2016, p. 62.

⁶⁷ “*Je propose d'appeler << extimité >> le mouvement qui pousse chacun à mettre en avant une partie de sa vie intime, autant physique que psychique. Cette tendance est longtemps passée inaperçue bien qu'elle soit essentielle à l'être humain. Elle consiste dans le désir de communiquer à propos de son monde intérieur. Mais ce mouvement serait incompréhensible s'il ne s'agissait que de << s'exprimer >>. Si les gens veulent extérioriser certains éléments de leur vie, c'est pour mieux se les approprier, dans un second temps, en les intériorisant sur un autre mode grâce aux réactions qu'ils suscitent chez leurs proches. Le désir d'<< extimité >> est en fait au service de la création d'une intimité plus riche.*” TISSERON, Serge. *L'intimité surexposée*. Paris: Ramsay, 2001, pp. 52-3.

haver duas pessoas, a proteção ficaria no âmbito da vida privada, já que, para quem justifica uma diferença entre intimidade e vida privada, a intimidade diria respeito apenas à própria pessoa como se fosse um cofre humano.

A situação apresentada acima permite vislumbrar com facilidade a ideia de uma intimidade compartilhada. O mesmo não se pode dizer quando o assunto são as novas tecnologias, *internet* e redes sociais. A presente era trouxe avanços tecnológicos que fizeram a humanidade caminhar a passos largos nos últimos séculos. As relações entre as pessoas sofreram grandes mudanças, principalmente em sua forma. Graves problemas para a privacidade surgiram daí, principalmente no que diz respeito às esferas íntima e privada. Mas enquanto alguns decretam a morte da privacidade, entende-se aqui que ela caminha mais viva que nunca. Fala-se tanto em a privacidade ser um direito plástico, moldável conforme a era e a sociedade. O que se vive é exatamente isso, um período de adaptação.

Se, numa situação hipotética, uma pessoa publica em sua conta no Twitter, um segredo seu, ou uma foto em que posa sensualmente, teria ela aberto mão de sua privacidade? A resposta é complexa: se a privacidade é considerada como uma característica inerente ao ser humano enquanto tal, um direito da personalidade, um direito humano, apresentaria, naturalmente, a característica de ser um direito indisponível. Daí que nada do que a pessoa faça vai alterar isso, há de ser sempre protegida a sua intimidade e vida privada.

O cerne da questão reside no assunto iniciado no tópico anterior, a transmigração entre as esferas da privacidade. Os âmbitos de proteção permanecem os mesmos: um mais restrito e outro menos restrito. O que muda são como determinados assuntos da privacidade são tratados no caso concreto. Se ocorre de um assunto que tinha uma maior proteção se deslocar para um âmbito de menor proteção, ocorre a transmigração de dentro para fora. Quando uma pessoa conta segredos íntimos seus com fins de exaltar a si mesmo, como, por exemplo, seu desempenho sexual, as características de seu corpo em relação às partes cobertas, sendo verdade ou não, o indivíduo o faz para se satisfazer com a reação do outro. Isso, a depender de como a pessoa revela seu segredo ou divulgue sua fotografia, pode causar um deslocamento da esfera do segredo para a esfera da reserva, ou seja, um movimento de transmigração.

Os autores que tratam da intimidade dentro da Psicologia aqui mostrados utilizam esta terminação no sentido que atribuímos à privacidade. Não é a intimidade propriamente dita, a esfera do segredo, mas a intimidade numa concepção mais abrangente. Se é admitida a extimidade dentro da privacidade, o que se reconhece é uma amplitude maior entre os graus de restrição das esferas, e não uma negação da privacidade. Haverá violação à intimidade e à vida privada sempre que ocorrerem lesões em cada um desses âmbitos. Como no futebol, só há

pênalti quando a infração ocorre dentro da área, ou seja, a lesão à intimidade só ocorrerá quando determinado assunto estiver protegido pela restrição da esfera do segredo; se este assunto exotransmigrar, a lesão será em outro âmbito, não na intimidade.

Respondendo à pergunta feita antes, a publicação em uma rede social de determinado fato considerado íntimo sobre a pessoa ou uma foto de conteúdo sensual da própria pessoa não basta para afirmar que a pessoa abriu mão de sua privacidade, mas pode-se afirmar que os assuntos de privacidade (o segredo ou a fotografia publicados) podem transmigrar a um outro âmbito de proteção, saindo da esfera do segredo e indo para esfera da reserva, como acontece muitas vezes de alguém realizar alguma postagem desse tipo, porém o faz restringindo o acesso somente a determinadas pessoas, de acordo com as configurações da rede social utilizada; assim também deve ser levado em conta o propósito da publicação bem como qualquer limite de alcance que esta possua. Apenas se determinado assunto da privacidade extrapolar os limites das esferas da privacidade de forma natural, ou seja, tem que ocorrer a partir da própria pessoa, conscientemente, sem que um terceiro estranho interfira nesta extrapolação, aí sim se pode considerar uma transmigração de um assunto da privacidade até mesmo para a esfera individual, que é aberta, diferente das esferas da privacidade. Nem por isso deverá ser tratado como algo sem importância, já que os eventuais abusos nestes assuntos que chegam à esfera individual devem ser punidos. A privacidade não é só intimidade e vida privada, engloba outros conceitos que ainda podem se encaixar também na esfera individual. É importante lembrar que as esferas como um todo representam os âmbitos da personalidade, não somente da privacidade.

Assim, a privacidade, observada no contexto atual, também pode atuar como um “verdadeiro compartilhamento da intimidade com uma multidão de pessoas.” O espaço íntimo se dilata, tornando-se algo que pode ser comunicável e distribuído. A extimidade vem então, por designar “esse movimento de sobre-exposição individual e na qual a sua personalidade e as suas emoções mais íntimas se tornam, na vida cotidiana, objecto de divulgação alargada.” O que se faz importante, seja nas redes sociais, nos *reality shows* etc, “é a possibilidade de oferecerem aos indivíduos uma forma de individualização colectiva ao tornarem públicos aspectos (físicos e psicológicos) que até aí permaneciam exclusivamente confinados à intimidade.” A extimidade passa, então, a conferir à pessoa comum um modo através do qual ela possa se expressar suas peculiaridades.⁶⁸

⁶⁸ MATEUS, Samuel. A Psico-morfologia da Experiência Social: da atomização da privacidade à intimidade pública. **Animus. Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, Santa Maria, v. 14, n. 27, 2015. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/animus/article/view/14735>. Acesso em: 28 de dezembro de 2015.

2.2.2 Honra, reputação e verdade

Tanto o direito à verdade quanto o direito à honra demoraram a ser reconhecidos. Foram tardiamente incluídos no rol dos direitos da personalidade pelos juristas. A honra ganhou destaque primeiramente no Direito Penal, com a tipificação dos delitos contra a honra (calúnia, injúria e difamação). O Código Civil estabelece, no artigo 20 que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, caso lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. No texto constitucional, o termo também apareceu no inciso X do artigo 5º, sendo assegurada a indenização pelo dano decorrente de sua violação.

Na Constituição de 1988 também se menciona o direito à resposta (art. 5º, V): é o direito de negar aquilo que foi expresso por alguém, seja oralmente, por escrito ou outro meio. A negação pode atingir todo o enunciado, bem como parte dele. Pontes de Miranda⁶⁹, citando Otto Friedmann, afirma que o direito à verdade só diz respeito à verdade demonstrável e mostrável. “Não se pode exigir que se enuncie verdade, que, segundo as regras da vida em comum, do tráfico, não se deve apurar; mas, se tal enunciado foi feito, há direito a que se prove, ou a que se declare ser falso”. O direito à verdade diz respeito também a fatos, e não apenas à imputação de atos. Não constitui ofensa à verdade a simples suspeita, mas esta pode ofender o direito à honra.

Para que haja ofensa ao direito à verdade, é necessário, ensina Pontes de Miranda, que o que se afirme seja contrário à verdade de modo objetivo. Se a afirmação for em termos gerais, não haverá ofensa. É preciso que haja, ainda, certa danosidade no que se afirma, representando uma perturbação ao direito, à paz do indivíduo, ou operações, clientela etc.

2.2.2.1 Honra subjetiva e honra objetiva

Paulo Lôbo⁷⁰ chama o direito à honra também de direito à integridade moral ou à reputação, conceituando-o como aquele que “tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais.” Para o autor, a honra pode ser subjetiva (relativa à pessoa física, enquanto única capaz de sofrer constrangimentos, humilhações etc) e objetiva (decorrente dos padrões morais existentes numa sociedade).

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII).

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 147-148.

Adriano de Cupis⁷¹ ensina que a honra é “tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal.” Desta divisão parece não haver polêmica na doutrina: honra subjetiva e honra objetiva. A primeira, ligada à estima, e a outra, ligada à reputação⁷².

Buscando na classificação mais antiga, adotada pelo Código Penal, os delitos contra a honra lá tipificados trazem definições interessantes ao Direito Civil, num caso claro de ubiquidade dos direitos da personalidade, como pregava Pontes de Miranda.

O primeiro crime contra a honra a aparecer, pela ordem, no Código Penal é a calúnia⁷³, seguido pela difamação⁷⁴ e injúria⁷⁵. Pontes de Miranda bem diferencia os três tipos: “A calúnia ofende a honra pela ofensa à verdade, que a atingiria; a injúria, pela ofensa à dignidade e ao decoro, na presença ou não; a difamação, pela ofensa à reputação, portanto ainda na ausência”⁷⁶. Durante o processo de elaboração da Constituição Federal, cogitou-se, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a inclusão, no artigo que tratava dos direitos e liberdades individuais, de um inciso com os termos “honra”, “dignidade”, e “reputação” (o que será discutido em capítulo mais adiante), o que mostra que a abordagem do Direito Penal exercia uma grande influência à época, mas que não foram cristalizados na norma constitucional, fazendo-se opção pela simplificação de um conceito tríplice em apenas uma palavra: honra.

O quadro abaixo ilustra essa divisão do direito à honra junto com os bens por ela tutelados:

Esquema 05.

⁷¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 121.

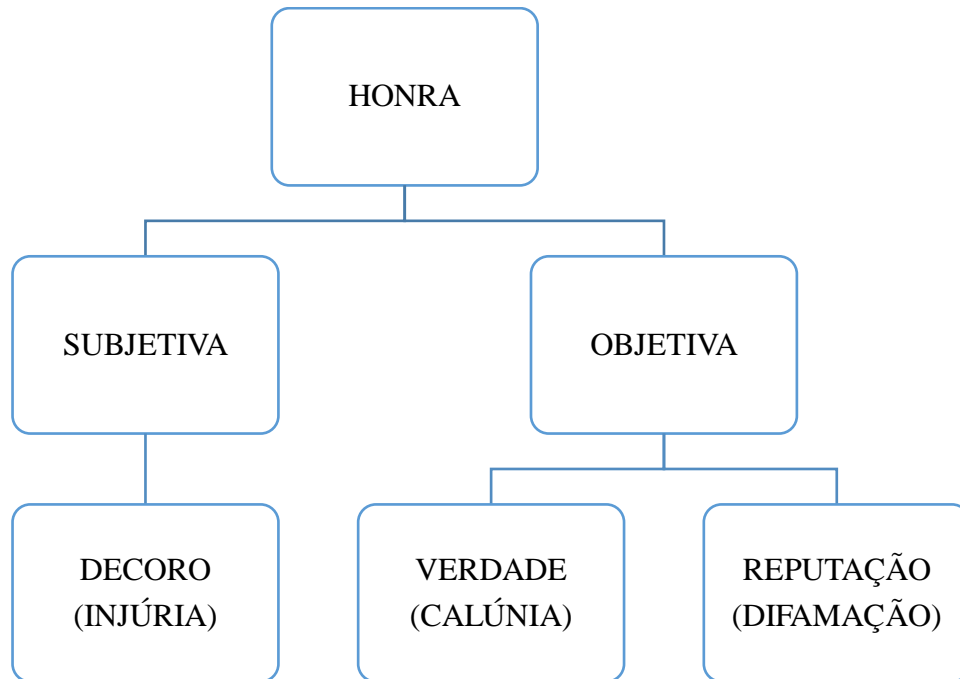
⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13 ed. São Paulo: Atlas, p. 223.

⁷³ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

⁷⁴ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁷⁵ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII).



Existe uma relação muito estreita entre o direito à honra e os direitos à intimidade e à vida privada, já que na maioria das vezes, uma violação acaba atingindo ambos. No capítulo sobre as dimensões da privacidade será melhor abordada a forma como os direitos da privacidade se conectam. Agora, é hora de se abordar um tema que tem ganhado bastante espaço nos noticiários e que tem uma conexão especial com a honra.

2.2.2.2 Honra e pós-verdade

Na realidade distópica do livro 1984, de George Orwell, havia um “ministério da verdade”, órgão do governo onde o personagem principal, Winston, trabalhava. Apesar de se denominar ministério da verdade, o que se fazia ali era justamente o oposto. Lá se falsificava a história, modelando-a de acordo com os interesses do Grande Irmão. A verdade era o que o Estado assim quisesse. Neste ministério, cuidava-se da educação, das notícias e do entretenimento para que tudo estivesse de acordo com o que se pregava no Partido, já que este deveria ser infalível e nunca errar.

A imaginação de Orwell em descrever uma sociedade desse tipo assusta por parecer justamente uma descrição da própria realidade. E foi com um traço orwelliano que uma certa palavra vem ganhando destaque.

A cada ano, o departamento da universidade de Oxford que é responsável pela elaboração dos dicionários, Oxford Dictionaries, escolhe uma palavra da língua inglesa de maior destaque. No ano de 2016, a elegida foi *post-truth*, pós-verdade. Na definição do

Dicionário Oxford, *post-truth* é um adjetivo que é relacionado a circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública que os apelos à emoção e às crenças pessoais, usado, por exemplo, nas expressões “*post-truth politics*” e “*post-truth age*”⁷⁷.

O termo foi usado pela primeira vez em 1992 por Steve Tesich, um dramaturgo sérvio-americano, mas somente em 2016 que deixou de ser um termo periférico e se tornou o centro das atenções, usado pelos grandes veículos de mídia, principalmente no contexto das eleições norte-americanas que culminou na eleição de Donald J. Trump e do referendo sobre a saída da Grã-Bretanha da União Europeia⁷⁸.

A pós-verdade casou perfeitamente com o espírito da época. Numa sociedade da informação, onde as pessoas são bombardeadas com excesso de dados a todo instante através dos mais diversos canais, selecionar criticamente aquilo que é apresentado nas telas dos dispositivos parece ficar mais difícil a cada dia. Com a popularização das redes sociais, que evoluíram de modo muitíssimo rápido, o papel da imprensa tradicional, formada pelos grandes veículos de comunicação, sofreu um abalo irreversível: a descentralização das notícias. Agora, o leitor ao abrir sua *timeline* no Facebook ou no Twitter, encontra a concorrência entre os artigos escritos por jornais tradicionais e grandes agências de notícias, bem como os artigos dos *blogs* individuais ou mesmo outros muito bem organizados de modo independente. O problema está na parcialidade no conteúdo das notícias veiculadas e o modo como se espalham rapidamente, criando realidades diferentes para todos os gostos.

Os fatos objetivos perdem espaço. Mais vale incitar, agitar e gerar cliques. E essa última prática, conhecida por *clickbait*, tem se proliferado como nunca. Consiste em uma manchete sensacionalista para atrair o clique dos usuários. Quanto mais acessos a página tiver, mais dinheiro lucra. Assim sobrevivem milhares de páginas e blogs, espalhando meias verdades e mentiras.

Em relação à honra, quais as consequências que a pós-verdade poderia trazer? Uma observação mais cuidadosa vai permitir chegar a uma conclusão sobre a honra: nem sempre é uma afirmação falsa que causa uma lesão àquele direito. Meias-verdades e até mesmo a verdade pode causar uma violação. Diferentemente do Direito Penal, onde é admitida a *exceptio veritatis*

⁷⁷ No Dicionário Oxford disponível *online* (<https://en.oxforddictionaries.com>), o verbete *post-truth* é assim descrito: “*Adjective. Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief.*” Acompanham a descrição dois exemplos do uso de *post-truth*: 1) “*in this era of post-truth politics, it's easy to cherry-pick data and come to whatever conclusion you desire*” e 2) “*some commentators have observed that we are living in a post-truth age*”.

⁷⁸ FÁBIO, André Cabette. O que é ‘pós-verdade’, a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford. In: **NEXO**. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>. Acesso em 20 de março de 2016.

na calúnia e na difamação, de modo a excluir a responsabilidade penal, no Direito Civil a verdade pode causar danos tanto quanto a mentira, a depender do contexto em que apresentada⁷⁹.

Se o conceito de pós-verdade, que coloca a crença de cada um num patamar mais alto que o fato objetivo, de modo que cada um tenha sua “verdade” fosse aplicado na responsabilidade civil, ficaria difícil responsabilizar alguém por espalhar dados falsos sobre outro, já que crer piamente naqueles dados, ainda que falsos objetivamente, seriam “verdadeiros” para o emissor ou para quem mais acreditasse. Mas aí é que surge a parte interessante: se anulada a possibilidade de se alegar uma violação à verdade, aquilo que se fala de outra pessoa pode ferir sua reputação. Há verdades que não devem ser ditas, principalmente numa sociedade de extremos onde qualquer deslize pode ser mal interpretado.

Em um caso recente⁸⁰, a apresentadora de TV Monica Iozzi foi condenada a indenizar o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes em R\$ 30.000,00 por violar a honra e imagem do ministro ao publicar na rede social Instagram uma imagem em que questiona se ele seria cúmplice de Roger Abdelmassih (médico que fora condenado por abusar de suas pacientes) por ter lhe concedido *habeas corpus*.

Na legenda da postagem havia o seguinte texto: “Se um ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso... Nem sei o que esperar...”. Se observado isoladamente, o questionamento “cúmplice?”, colocado sobre a foto, nada afirma. Inserido no contexto da postagem, ou seja, no todo, já passa a adquirir um outro significado. O texto da imagem apenas informa um dado objetivo, que é a condenação de Abdelmassih pelos estupros. Somado ao texto da legenda da postagem e mais ao questionamento, o resultado é uma insinuação de que o ministro seria cúmplice de estupros, o que é uma acusação grave. Não foi necessário dizer diretamente “você é um cúmplice de estupro” ou “você é esturador”. Em pouco tempo a postagem no Instagram já tinha ultrapassado as 15 mil curtidas e 400 comentários, isto sem registrar o número total de engajamentos na postagem (pessoas que visualizaram e interagiram).

O estupro é um ato repugnante, não há o que se discutir quanto a isso. Levantado este tema abertamente para a sociedade, a comoção é grande. Quando se apela a este tema numa postagem, tal como ocorreu, a tendência é que se veja um grande furor nas pessoas que a visualizem, o que as levam a não pensar, por exemplo, nas razões jurídicas que levaram a

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Quarta Vara Cível de Brasília. Processo n.º 2016.01.1.062108-0. Requerente: Gilmar Ferreira Mendes. Requerido: Monica Iozzi de Castro. Sentença em 21 de setembro de 2016. In: **TJDFT**. Disponível em: www.tjdft.jus.br, acesso em 20 de março de 2017.

decisão tomada pelo ministro e passem a trata-lo por cúmplice de um crime tão horrendo, e até mesmo como se autor fosse. Essa é a pós-verdade, essa indiferença aos fatos como são em prol das emoções.

A honra, nos tempos atuais, tem sido massacrada em nome de bandeiras que são levantadas supostamente para defender os interesses das pessoas. O levantamento de meias-verdades tem sido a ferramenta usada para guiar a opinião pública aos extremos e incitar o fervor das massas. Para isso, o direito apresenta soluções, que vão desde medidas garantidas constitucionalmente, como o direito de resposta, à condenação a obrigação específica, como, *v.g.*, a publicação de pedido de desculpas, além da indenização pecuniária.

Há de se levar em conta que a proteção da honra não deve suplantiar a liberdade de expressão do indivíduo. A tendência é que sempre haja prevalência da liberdade de expressão, sendo os excessos punidos *a posteriori*. Exercer a liberdade de expressão deve ser uma atividade livre de empecilhos, porém responsável, respeitando-se os direitos e garantias individuais.

3 O QUE É PRIVACIDADE?

A palavra privacidade tem sua origem moderna no inglês *privacy*, que por sua vez remonta a um período mais distante na história. Na Roma antiga, o adjetivo *privatus* fazia a distinção jurídica entre o que era privado do que era *publicus*, público, no sentido de pertencer ao povo romano. *Privatus* também se referia ao cidadão que não era magistrado (todos que não eram cônsules, pretores, edis, questores, tribuno da plebe, censores, ditadores, mestres da cavalaria, *interrex* e o prefeito urbano), ou seja, não exercia um múnus público⁸¹. Assim, o significado original da palavra “privado” na Antiguidade Clássica era tudo aquilo que não diz respeito ao Estado. Naqueles tempos, não estar envolvido com assuntos de interesse público era algo que acontecia aos destituídos. Por isso que o gosto pela privacidade era considerado algo digno de reprovação⁸².

Segundo Posner, a etimologia desta palavra leva a concluir que o conceito de privacidade, no sentido utilizado nos dias de hoje, é uma criação do Ocidente. A ideia de se ausentar da esfera pública, embora possa parecer algo bom, não faria sentido em uma sociedade em que a privacidade física era praticamente inexistente, pois além de ser dispendiosa, poria em risco a pessoa, sendo a privacidade então, o destino dos párias⁸³.

A privacidade não tem sido, ao longo da história da humanidade, um valor universal. Só mais recentemente ganhou importância ao ponto de ser afirmada pelo *Justice Brandeis* da Suprema Corte Americana, no seu voto no caso *Olmstead v United States*, como o “mais compreensivo dos direitos e o direito mais valioso para os homens civilizados”⁸⁴.

Alan Westin⁸⁵, nos dá exemplos de algumas sociedades que têm pouca ou nenhuma noção da privacidade como o ocidente a enxerga, como, por exemplo, os Tikopia da Polinésia, que dormiam lado a lado, crianças, pais, irmãos e irmãs, misturando sexos e gerações. Se um homem tivesse que trabalhar sozinho, levaria uma criança para fazer companhia. Isso é totalmente o oposto da cultura ocidental, onde um escritório privativo é sinal de status. Habitantes de Samoa, semelhantemente, não tinham muros nas casas e somente os mosquiteiros separavam os cômodos dos casais, das crianças e dos anciãos. Usavam pouquíssimas roupas e tomavam banhos nus na praia, a qual usavam como banheiro também, não havendo nenhuma privacidade nem senso de vergonha.

⁸¹ BRENNAN, T. Corey. *The praetorship in the roman republic*. New York: Oxford University Press, 2000, v. 1, *passim*.

⁸² POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 317-8.

⁸³ *Ibidem*, p. 318.

⁸⁴ SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008, posição 35.

⁸⁵ WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 2015, p. 11.

Uma casa de um servo na Europa feudal seria constituída de um único vão, onde habitavam os moradores, geralmente dividindo o mesmo leito, ao lado dos animais e de todos os seus instrumentos. Já no século XVII, o indivíduo conseguia se alhear dos deveres da vida pública pelo deslocamento físico para um jardim reservado ou uma casa de campo. A este aspecto da privacidade Posner chama de reclusão, caracterizando-se pela redução das interações sociais⁸⁶.

Rodotà⁸⁷ cita um livro de Philip Nicholas Furbank, “*Unholy pleasure, or, The idea of social class*”, onde este autor cita um escritor Inglês do século XIX, Robert Kerr (1759 – 1813), que descreve bem o que eram as relações entre senhores e servos na Inglaterra Vitoriana. Havia uma esfera privada do senhor, mas ao servo, restava somente uma esfera privada mínima (talvez o pensamento, ou nem isso). A privacidade era um direito gozado pelas classes altas. Nos bairros populares onde havia uma promiscuidade absurda, a falta de intimidade era a regra. Não existia nenhuma condição material que proporcionasse um direito de privacidade para as classes mais baixas da sociedade. A pobreza e a privacidade eram incompatíveis.⁸⁸

A reclusão iria influenciar um artigo que inaugurou na modernidade o tratamento da privacidade como um direito, escrito no final do século XIX por Warren e Brandeis.

3.1 O Nascimento da Privacidade como um Direito de Tradição Liberal: a *Privacy Americana*

Em 1890, a Sra. Warren, uma jovem dona de casa de Boston, Massachusetts, realizava em sua casa uma série de eventos sociais. Filha de um senador de Delaware e mulher de um jovem e bem-sucedido fabricante de papel que tinha desistido da prática jurídica para tomar de conta do negócio que herdara, Samuel Dennis Warren. A Sra. Warren circulava entre a elite da sociedade e os jornais da época, mais precisamente o Saturday Evening Gazette, especializado em temas de “sangue azul”, cobria suas festas em detalhes altamente pessoais e embaraçosos.

⁸⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 318.

⁸⁷ RODOTÀ, Stefano. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-Bari: GLF Laterza, 2005, pp. 12-3.

⁸⁸ *In un libro di Philip Nicholas Furbank, Quel piacere malizioso, ovvero la retorica delle classi sociali, si cita uno scrittore ottocentesco inglese, Robert Kerr, molto interessante perché descrive bene quali fossero, nell’Inghilterra vitoriana, i rapporti tra padroni e servitori. Esisteva comunque una sfera privata del padrone. Ma anche il servitore aveva diritto alla sua sfera privata che il padrone non poteva assolutamente infrangere. Restiamo, come si vede, saldamente ancorati all’universo borghese: chi viveva pienamente in quel tipo di società conosceva bene la regola della privacy perché, di fatto, era anche un metodo di rapporto tra le classi. Certo, oltre quell’ambito c’era l’Inghilterra ottocentesca descritta dalle indagini parlamentari, che poi saranno usate da Marx ed Engels per le loro analisi social. C’erano quei terribili quartieri operai dove la promiscuità, la mancanza di ogni intimità erano la regola... Lì non vi era nessuna delle condizioni materiali che permettono alla privacy di divenire un diritto. Si è detto giustamente che povertà e privacy sono incompatibili.* RODOTÀ, Stefano. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-Bari: GLF Laterza, 2005, pp. 12-3.

Era a era do *yellow journalism*, (imprensa marrom é o equivalente em português), quando a imprensa, na busca de ampliar suas vendas, começaram os excessos que são tão comuns hoje. A cidade de Boston, diz Prosser, talvez fosse, de todas as cidades americanas, aquela em que uma dama e um cavalheiro mantinham seus nomes e seus assuntos pessoais longe dos jornais. O assunto veio à tona quando os jornais tiveram um furo na ocasião do casamento de uma filha, aborrecendo profundamente o Sr. Warren. Nas palavras de William L. Prosser, foi um aborrecimento pelo qual a imprensa, os anunciantes e a indústria do entretenimento dos Estados Unidos tiveram que pagar caro pelos próximos setenta anos⁸⁹.

O Sr. Warren se voltou para o seu sócio na advocacia, Louis Dembitz Brandeis. Juntos, reuniram decisões antigas cujas soluções tenham se dado com base em difamação, violação de algum direito de propriedade, violação de confiança ou contrato implícito⁹⁰. Envolviam publicação de correspondências privadas (*Woolsey v. Judd*), exposição de gravuras e publicação de catálogo (*Prince Albert v. Strange*), publicação de receitas obtidas sorrateiramente por funcionário (*Yovatt v. Winyard*), publicação de palestras para sala de aula cujo demandado era um membro (*Abernethy v. Hutchinson*), publicação da imagem do autor feita pelo demandado (*Pollard v. Photographic Co.*).

O resultado foi o artigo “*The right to privacy*” publicado em 1890 na *Harvard Law Review*⁹¹. O artigo concluía que tais casos eram baseados em um princípio mais amplo, o qual merecia reconhecimento em separado. A esse princípio Warren e Brandeis chamaram de direito à privacidade (*right to privacy*), o remédio para os crescentes abusos da imprensa através de um nível mais profundo de proteção do indivíduo contra a imposição de sofrimento mental.

Warren e Brandeis trouxeram a ideia de que a privacidade seria o direito de ser deixado só – *the right to be let alone* – expressão que utilizaram de Thomas McIntyre Cooley, da sua obra de 1879⁹², “*A Treatise on the Law of Torts: Or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*”. Cooley, apresentando uma classificação dos direitos no segundo capítulo, define imunidade pessoal assim, em tradução livre:

Imunidade Pessoal: o direito à personalidade pode ser considerado como sendo um direito de completa imunidade: o direito de ser deixado em paz. O dever correspondente é, não para infligir uma lesão, nem, dentro de tal proximidade que possa torna-lo bem-sucedido, tentar infligir uma lesão. Neste particular, o dever vai

⁸⁹ PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**, n. 3, vol 48, agosto de 1960, p. 383.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 384.

⁹¹ BRANDEIS, Louis Dembitz; WARREN, Samuel Dennis. The right to privacy. In: **CSAIL**. Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em 15 de abril de 2014.

⁹² COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independent of contract*. Chicago: Callaghan and company, 1879. In: **HathiTrust**. Disponível em: <http://www.hathitrust.org/>. Acesso em 03 de janeiro de 2016.

além do que é exigido na maioria dos casos; geralmente uma finalidade não executada ou uma tentativa malsucedida não é considerada. Mas a tentativa de cometer uma *battery*⁹³ envolve vários elementos da lesão que nem sempre estão presentes nas violações do dever; envolve geralmente um insulto, uma situação que cause medo, um chamado repentino sobre as energias para pronta e efetiva resistência. Há uma grande possibilidade de um choque nos nervos, e a paz e quietude da pessoa é perturbada por um período de maior ou menor duração. Há, conseqüentemente, razão suficiente para que o estado de direito faça do *assault* um *legal wrong*, mesmo sem ter havido *battery*. Assim, neste caso, a lei vai ainda mais longe e faz com que o dano tentado seja uma ofensa criminal também⁹⁴.

Originalmente, Warren e Brandeis descreveram o direito à privacidade como um direito já existente na *Common Law*, o qual incorporava proteções para a personalidade violada de cada indivíduo. A *Common Law* assegura a cada indivíduo o direito de determinar, ordinariamente, até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados aos outros⁹⁵. O direito à privacidade, para esses autores, significa que cada indivíduo tem o direito de escolher compartilhar ou não compartilhar com outros as informações sobre sua vida privada, hábitos, atos e relações⁹⁶.

Warren e Brandeis defendiam ser necessário para o sistema legal reconhecer o direito da privacidade porque quando uma informação sobre a vida privada de um indivíduo é tornada disponível para os outros, ela tende a influenciar e até mesmo causar dano no núcleo mais central da personalidade do indivíduo. A concepção original do direito à privacidade de Warren e Brandeis incorporava, assim, um *insight* psicológico, o que era pouco explorado naquela época, em que a personalidade de um indivíduo, especialmente a imagem que tem de si mesmo, pode ser afetada e às vezes distorcida ou danificada quando informações sobre aquela vida privada são disponibilizadas a terceiros, ou seja, o direito à privacidade era o direito de cada indivíduo de proteger sua integridade psicológica, exercendo controle sobre informações que refletiam e aferravam a sua personalidade⁹⁷.

⁹³ *Battery* é a violação do direito de ter o próprio corpo deixado em paz, por atos danosos ao corpo, como um corte, ferida de bala etc. *Assault* é a ameaça de infligir danos ao corpo da pessoa. Ambos são tanto um tipo de *tort* quanto um tipo de *crime* no *common law*.

⁹⁴ *Personal Immunity: The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury. In this particular the duty goes beyond what is required in most cases; for usually an unexecuted purpose or an unsuccessful attempt is not noticed. But the attempt to commit a battery involves many elements of injury not always present in breaches of duty; it involves usually an insult, a putting in fear, a sudden call upon the energies for prompt and effectual resistance. There is very likely a shock to the nerves, and the peace and quiet of the individual is disturbed for a period of greater or less duration. There is consequently abundant reason in support of the rule of law which makes the assault a legal wrong, even though no battery takes place. Indeed, in this case the law goes still further and makes the attempted blow a criminal offense also.* COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independent of contract*. Chicago: Callaghan and company, 1879, p. 29. In: *HathiTrust*. Disponível em: <http://www.hathitrust.org/>. Acesso em 03 de janeiro de 2016.

⁹⁵ BRANDEIS, Louis D. WARREN, Samuel D. The right to privacy. In: **Havard Law Review**, vol. 4, n. 5, dec. 15, 1890, p. 198.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 216.

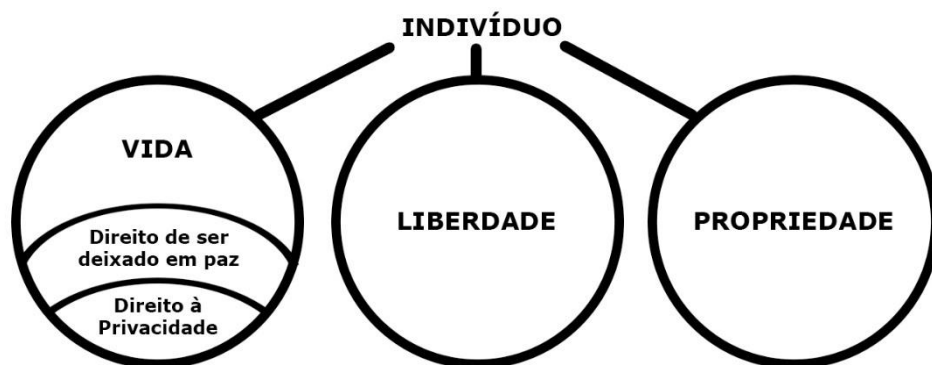
⁹⁷ GLANCY, Dorothy J. *The invention of the right to privacy*. In: **Arizona Law Review**. Vol. 21, n. 1, 1979, p. 2.

Estes autores alocaram cuidadosamente o direito à privacidade dentro do contexto da altamente esquemática jurisprudência do direito americano do final do século XIX. Warren e Brandeis colocaram o direito à privacidade dentro da categoria mais geral do direito de o indivíduo ser deixado em paz. O próprio direito de ser deixado em paz foi parte de um direito ainda mais geral, o direito de gozar a vida, o qual era, por sua vez, parte do direito fundamental do indivíduo à própria vida. O direito à vida foi parte de uma tríade familiar de direitos fundamentais próprios do indivíduo, refletido na quinta emenda da Constituição Americana⁹⁸.

Contrariando as decisões da Suprema Corte na época, Warren e Brandeis dissociaram o direito à privacidade tanto do direito à liberdade quanto do direito à propriedade. O direito à liberdade, segundo eles, assegura amplos privilégios civis, mas não a privacidade. O direito à propriedade, compreendendo interesses materiais individuais, contrastava com a preocupação com assuntos espirituais do direito à privacidade⁹⁹.

Dorothy J. Glancy elaborou uma representação esquemática de como seria localização do conceito do direito à privacidade no corpo jurídico dos direitos individuais segundo Warren e Brandeis:

Esquema 06¹⁰⁰.



O artigo teve pouco efeito imediato sobre a lei. O primeiro caso a tratar de uma base independente do direito à privacidade aconteceu em Nova Iorque (*Manola v. Stevens*) no mesmo ano da publicação do artigo, quando uma atriz considerada bastante escandalosa para aqueles tempos, Marion Manola, apareceu em trajes apertados, tendo o demandado, que havia tirado uma foto dela, sido proibido de publicá-la. A decisão foi seguida em três casos em Nova Iorque e mais um numa corte federal do Massachusetts, tendo o direito à privacidade sido acolhido pelas cortes, até que o tribunal de Michigan rejeitou terminantemente toda a

⁹⁸ GLANCY, Dorothy J. *The invention of the right to privacy*. In: **Arizona Law Review**. Vol. 21, n. 1, 1979, p. 3.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

fundamentação nessa ideia do direito à privacidade em um caso onde uma marca de charutos recebeu o nome de uma figura pública falecida (Atkinson v. John E. Doherty & Co.). A questão alcançou o tribunal de apelação de Nova Iorque em 1902, no caso Roberson v. Rochester Folding Box Co., em que o reclamado utilizou a imagem de uma jovem muito bela sem o consentimento dela para fazer o anúncio de farinha com a legenda “*The Flour of the Family.*” Em uma votação apertada, a corte decidiu rejeitar Warren e Brandeis e declarou que o direito à privacidade não existia, e que a autora não tinha qualquer direito contra tal conduta, sendo usada como fundamentação a falta de precedentes, o caráter puramente mental da lesão, a vasta quantidade de litígios que uma decisão favorável poderia desencadear, a dificuldade de se traçar uma linha entre figuras públicas e privadas, e o medo de uma restrição indevida na liberdade de imprensa¹⁰¹. O resultado deste caso causou uma enorme desaprovação pública.

Três anos depois, um caso semelhante chega à Suprema Corte da Georgia, Pavesich v. New England Life Insurance Co., quando o réu fez uso, no seu anúncio de seguros, do nome e imagem do reclamante, bem como um depoimento forjado. A corte rejeitou o precedente de Nova Iorque, o caso Roberson, e aceitou o ponto de vista de Warren e Brandeis, reconhecendo a existência de um distinto direito à privacidade, fazendo com que esse se tornasse o *leading case*¹⁰². Nos trinta anos seguintes, a disputa entre o caso Roberson e o caso Pavesich continuou, na medida em que as cortes discutiam se existia ou não um direito à privacidade, até que foi assentado no *Restatement of Torts* de 1939, §867 (conjunto de teses jurídicas que buscam informar os aplicadores do Direito sobre os princípios gerais do *Common Law*).

Arthur L. Goodhart, em um artigo publicado em março de 1943 na *University of Pennsylvania Law Review* intitulado “*Restatement of the Law of Torts, Volume IV: a comparison between American and English Law*”, tece comentários sobre os tópicos controversos do *Restatement*, mostrando-se surpreso com o tópico sobre “*interference with privacy*”:

É um pouco surpreendente descobrir que o *Restatement* prevê, em termos categóricos, que uma pessoa que, sem razão e de forma séria, interfere no interesse da outra em não ter seus assuntos conhecidos entre os outros ou a sua imagem exposta ao público, é responsável perante a outra. O número de estados que ainda não reconheceram esta regra ainda é tão grande que parece duvidoso se isto pode ser considerado para representar o direito americano assentado sobre o indivíduo. Neste contexto, é interessante notar que embora o famoso caso “*Flower of the Family*” foi decidido pelo Tribunal de Apelações de Nova York em favor dos réus, o *Restatement* considera que nesses fatos uma ação se distancia da lei. Nos tribunais ingleses, nenhuma ação interposta por motivo de interferência na privacidade foi reconhecida no passado, e é

¹⁰¹ PROSSER, William L. *Privacy*. In: **California Law Review**, n. 3, vol 48, agosto de 1960, p. 385.

¹⁰² *Ibidem*, p. 386.

muito improvável que qualquer coisa aquém da legislação possa alterar o direito em relação a esse assunto.¹⁰³

Goodhart criticava o fato de o número de estados americanos que não reconheciam o direito à privacidade ainda ser muito grande (em 1943, data do artigo), e se mostrava mais inclinado a seguir o precedente do caso *Roberson*. Porém, quando Prosser escreveu seu artigo, em 1960, o direito à privacidade, em uma forma ou em outra, já tinha sido declarado existente pela grande maioria dos tribunais americanos, o que demonstra a vitória do reconhecimento.

Não foi uma simples questão que se levantou das decisões. Não foi apenas um *tort*, mas um complexo de quatro¹⁰⁴. Willian L. Prosser defende que o direito à privacidade compreende quatro distintos tipos de violação a quatro diferentes interesses do demandante, os quais são reunidos por um mesmo nome, mas que não têm quase nada em comum, excerto que cada um representa uma interferência contra o direito do demandante de ser deixado em paz. Estes quatro torts foram assim descritos: 1) intrusão na reclusão ou solidão, ou na sua vida privada (*intrusion*); 2) divulgação pública de fatos privados embaraçosos sobre o demandante (*public disclosure of private facts*); 3) publicidade na qual o demandante é apresentado de modo equivocado para o público (*false light in the public eye*); e 4) apropriação, para obtenção de vantagem, do nome ou da imagem do demandante (*appropriation*)¹⁰⁵.

3.2 Privacidade no Velho Mundo: a Proteção de Dados Pessoais

No âmbito europeu, a primeira legislação a tratar da proteção de dados foi a *Hessisches Datenschutzgesetz*¹⁰⁶, a Lei de Proteção de Dados do Estado de Hesse, na Alemanha Ocidental, de 7 de outubro de 1970.

A *Datenschutzgesetz* de 1970 nasce das diferenças entre as comunidades locais e a administração estatal, sobre quem teria permissão para comprar novas máquinas, grandes sistemas de computação, e quem deveria decidir quais programas executar neles. Para os

¹⁰³ *It is rather surprising to find that the Restatement provides in categorical terms that a person who unreasonably and seriously interferes with another's interest in not having his affairs known to others or his likeness exhibited to the public is liable to the other. The number of States which have not as yet recognized this rule is still so large that it seems doubtful whether it can be said to represent the settled American law on the subject. In this connection it is of interest to note that although the famous "Flower of the Family" case was decided by the New York Court of Appeals in favor of the defendants, the Restatement takes the view that on these facts an action will lie apart from statute. In the English courts no action for interference with privacy has ever been recognized in the past, and it is most unlikely that anything short of legislation can alter the law on this subject.* GOODHART, Arthur L. *Restatement of the Law of Torts, Volume IV: a comparison between American and English Law*. In: **University of Pennsylvania Law Review**. N. 6, vol. 91, march, 1943, p. 508.

¹⁰⁴ PROSSER, William L. *Privacy*. In: **California Law Review**, n. 3, vol 48, agosto de 1960, p. 389.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 389.

¹⁰⁶ BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. HESSEN. *Datenschutzgesetz von 7. Oktober 1970*. In: **Datenschutz**. Disponível em: https://www.datenschutz.rlp.de/downloads/hist/ldsg_hessen_1970.pdf. Acesso em julho de 2016.

cidadãos, havia o temor em relação às máquinas e os dados nelas inseridos, além das preocupações sobre quais as consequências sobre os seus postos de trabalho. Havia ainda um conflito entre o legislativo e o executivo por conta dos diferentes usos que cada um poderia fazer com o aumento do poder de processamento dos dados. Aos poucos, a preocupação com a confidencialidade dos dados foi ganhando importância. As cláusulas de confidencialidade já haviam sido implementadas, porém na forma de norma administrativa, em uma das leis organizacionais de outro estado alemão, a Lei de Schleswig Hollstein de 1968, que implementava o processamento de dados na administração pública. A lei do estado de Hesse se diferenciou porque foi a primeira a elevar as cláusulas de confidencialidade a um patamar de lei formal, onde ficaram em nível de igualdade com outras cláusulas que abordavam os outros conflitos de poder acima mencionados¹⁰⁷.

A lei de Hesse tinha metade dos seus 17 artigos tratando de estabelecer uma agência independente, ou melhor, um ombudsman, para fiscalizar a aplicação da lei e reunir experiência. Como era limitada por ter sido a primeira legislação na matéria de proteção de dados, esta lei apenas assentou alguns elementos básicos para o futuro. Primeiramente, influenciou a terminologia alemã e, posteriormente, a europeia: *Datenschutzgesetz* (lei de proteção dos dados) era um termo impróprio, já que não protegia dados, mas os direitos das pessoas cujos dados estavam sendo gerenciados.

Outros temas básicos assentados pela lei de Hesse que influenciaram a legislação vindoura foram a) a *negative default rule*, em que o processamento de dados pessoais era visto como uma interferência *per se* que necessitava de ser legitimada; b) os direitos dos sujeitos dos dados, que pela primeira vez tinham direito de acesso à informação relativa a eles sem que fosse necessário demonstrar qualquer razão pela qual se queria o acesso; c) a abordagem do todo, embora a lei de Hesse não cobrisse o setor privado, ela se estabeleceu para regular todo o setor público dentro de sua competência; d) o estabelecimento de uma instituição de proteção à privacidade¹⁰⁸.

A Suécia foi o primeiro país a ter uma lei nacional sobre proteção de dados, o que aconteceu em 1973. Este país nórdico foi um caso especial, já que desde o final dos anos 40 lá se tinha um sistema numérico de identificação pessoal. Contudo, nos anos 60, a sensação era de que este identificador poderia servir como um elemento de integração para os arquivos, que ainda eram amplamente descentralizados. A Suécia também era o país mais computadorizado

¹⁰⁷ BURKERT, Herbert. Privacy - Data Protection: a German/European Perspective. **Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values**, p. 43–70, 2000, p. 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 46.

do mundo, assim, a segurança dos dados desempenhava um importante papel, ligado às preocupações com a segurança nacional. Os registros centralizados poderiam cair facilmente nas mãos de potências estrangeiras, colocando em perigo a neutralidade sueca¹⁰⁹.

Esta lei sueca foi responsável por introduzir conceitos, como o registro central de informação de processamento de dados pessoais e o procedimento de licenciamento, do qual o registro público foi aberto ao escrutínio dos cidadãos e consumidores, usado como uma ferramenta de cumprimento da lei pelas agências de proteção de dados. Estes conceitos foram o pilar das primeiras legislações europeias de proteção de dados. A legislação sueca foi logo seguida pelos outros países escandinavos. Na Dinamarca e Noruega, com uma lei tanto para o setor privado quanto o público em 1978; Finlândia em 1988. Todas essas leis já foram revistas, mesmo antes do processo de revisão iniciado pela Diretiva Européia¹¹⁰.

A primeira diferença em relação à privacidade entre o novo e o velho mundo é temporal. Enquanto que nos Estados Unidos a discussão ganhava corpo ainda no século XIX, na Europa só se passa a uma preocupação mais concreta no pós-guerra, justamente depois da invenção do computador.

A privacidade americana, no seu sentido inicial, dizia respeito ao direito de não ser incomodado, era uma derivação do direito à vida, de não ter nenhum mal infligido ao corpo, o que posteriormente foi levado para o aspecto moral. Não ser incomodado, ser deixado em paz, ou deixado só são os sentidos possíveis do *right to privacy*.

O movimento pela privacidade que surge na segunda metade do século XX na Europa se desvincula do sentido físico do *right to privacy* americano. A preocupação aqui é com o novo paradigma tecnológico que potencializou o processamento de dados através do uso do computador. Preocupa-se, então, com os dados pessoais e com o controle sobre eles.

A preocupação dos europeus com a privacidade também difere da preocupação dos americanos no sentido de que a proteção dos dados pessoais é uma medida necessária, inicialmente, contra o Estado, numa relação vertical, ao passo que nos Estados Unidos, o direito a privacidade surge como uma garantia contra os abusos cometidos por particulares, ou seja, horizontalmente.

As raízes da privacidade nos Estados Unidos estão em um direito do indivíduo, de caráter negativo, enquanto que as raízes europeias, apesar de também focarem no indivíduo, estão também na sociedade, apresentando características de direito positivo, no qual se exige

¹⁰⁹ BURKERT, Herbert. Privacy - Data Protection: a German/European Perspective. **Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values**, p. 43–70, 2000, p. 48.

¹¹⁰ *Ibidem*.

do Estado que se tomem medidas para garantir a proteção de dados pessoais, como a instalação de órgãos de controle, além de a proteção visar grupos minoritários que podem sofrer discriminações com a exposição de seus dados pessoais. Na Europa se desenvolve o aspecto social da privacidade.

Stefano Rodotà¹¹¹ indica as definições, ou melhor, perfis de privacidade que mais se destacaram: Alan Westin¹¹² define como “o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizam as informações a nosso respeito”. L. M. Friedman¹¹³ trata como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social”. J. Rosen¹¹⁴ como a “reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto”. Por fim, Rodotà, que trata o direito à privacidade como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir a sua própria esfera particular. ”

Tais definições não se excluem, mas, muito pelo contrário, incluem progressivamente novos aspectos de liberdade em um conceito mais abrangente de privacidade¹¹⁵.

3.3 Diretrizes Principiológicas Internacionais

A década de 70 foi um período de intenso debate, tanto na seara acadêmica quanto no meio legislativo, a respeito da proteção da privacidade envolvendo a coleta e uso de dados pessoais.

Os problemas envolvendo o manejo dos dados pessoais passaram a não ser uma preocupação “caseira”, exclusiva de determinada nação. A tecnologia facilitava cada vez mais o fluxo de dados para além das fronteiras nacionais, bem como a criação de bancos de dados, gerando uma preocupação ambígua: zelar pelo livre fluxo de informação ao mesmo tempo em que se quer proteger os dados limitando a coleta, o processamento e a disseminação destes.

Até esta época, haviam vários acordos internacionais sobre telecomunicações que facilitavam as relações entre países, de forma a reconhecer a soberania de cada país em regular cada um o seu setor de telecomunicações, como a Convenção das Internacional de Telecomunicações de Málaga-Torremolinos de 1973, ab-rogada pela Convenção Internacional

¹¹¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

¹¹² WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 2015.

¹¹³ FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding life's dark secrets: legal and social controls over reputation, propriety, and privacy*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

¹¹⁴ ROSEN, Jeffrey. *The unwanted gaze: the destruction of privacy in America*. New York: Vintage Books, 2001.

¹¹⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

de Telecomunicações de Nairobi, 1982, esta aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 55, de 4 de outubro de 1989 e promulgada pelo presidente Fernando Collor através do Decreto nº 70 de 26 de março de 1991¹¹⁶.

Apesar dos instrumentos internacionais sobre telecomunicações, não havia nada que fosse relativo ao processamento de dados e à proteção dos direitos individuais. Em 1973 e 1974, foram adotadas duas resoluções pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa: a Resolução (73) 22 sobre a proteção da privacidade dos indivíduos em face dos bancos de dados eletrônicos no setor privado e a Resolução (74) 26 sobre o direito de réplica – posição do indivíduo em relação à imprensa.

A Resolução (73) 22 foi adotada pelo Comitê de Ministros em 26 de setembro de 1973, onde o Comitê, considerando o uso disseminado e em constante crescimento dos sistemas de processamento de dados eletrônicos para registro de dados pessoais, bem como os possíveis abusos que poderiam surgir no armazenamento, processamento e disseminação destas informações, além da urgência em proteger o indivíduo, recomendou aos governos dos Estados membros que fossem seguidos todas as etapas que cada um considerasse indispensável para a efetividade dos princípios destacados por aquele Comitê, além de informar ao Secretário Geral do Conselho da Europa sobre qualquer atividade realizada sobre este assunto.

Os princípios apresentados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa se aplicavam às informações pessoais (relativas a indivíduos, pessoas físicas) armazenadas em bancos de dados eletrônicos no setor privado. Foram os seguintes, numa tradução livre¹¹⁷:

1. A informação armazenada deve ser precisa e deve ser mantida atualizada. De uma forma geral, a informação relativa à vida privada das pessoas ou a informação que pode levar a uma injusta discriminação não deve ser gravada ou, se gravada, não deve ser disseminada¹¹⁸.
2. A informação deve ser apropriada e relevante no que diz respeito ao propósito para o qual foi armazenada¹¹⁹.
3. A informação não deve ser obtida por meios fraudulentos ou injustos¹²⁰.

¹¹⁶ BRASIL. Decreto nº 70, de 26 de março de 1991. Promulga a Convenção Internacional de Telecomunicações. In: **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0070.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹¹⁷ COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Resolution (73) 22 on the protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the private sector. Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 1973 at 224th meeting of the Ministers' Deputies*. In: **Council of Europe Portal**. Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/cm/home>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹¹⁸ *The information stored should be accurate and should be kept up to date. In general, information relating to the intimate private life of persons or information which might lead to unfair discrimination should not be recorded or, if recorded, should not be disseminated.*

¹¹⁹ *The information should be appropriate and relevant with regard to the purpose for which it has been stored.*

¹²⁰ *The information should not be obtained by fraudulent or unfair means.*

4. As regras devem ser estabelecidas para especificar os períodos além dos quais certas categorias de informação não devem mais ser mantidas ou usadas¹²¹.
5. Sem a devida autorização, a informação não deve ser usada para propósitos outros que aqueles para os quais foi armazenada, nem comunicada a terceiros¹²².
6. Como regra geral, a pessoa em questão deve ter o direito de conhecer a informação armazenada sobre ela, o propósito para o qual esta informação foi gravada e as particularidades de cada versão dessa informação¹²³.
7. Todo cuidado deve ser tomado ao corrigir uma informação imprecisa e ao apagar uma informação obsoleta ou uma informação obtida de modo ilegal¹²⁴.
8. Devem ser tomadas precauções contra qualquer abuso ou mal-uso da informação. Os bancos de dados eletrônicos devem ser equipados com sistemas de segurança os quais impeçam o acesso aos dados armazenados por eles a pessoas não autorizadas a obter tal informação, e que proporcionem para a detecção de descaminhos de informação, se intencionais ou não¹²⁵.
9. O acesso à informação armazenada deve ser confiado a pessoas que têm uma razão válida para conhece-la. A equipe de operação dos bancos de dados eletrônicos deve ser limitada pelas regras de conduta que objetivem a prevenção do mal-uso de dados e, particularmente, por regras de sigilo profissional¹²⁶.
10. Os dados estatísticos devem ser liberados apenas de forma agregada e de tal modo que seja impossível ligar a informação a uma pessoa em particular¹²⁷.

A Resolução (74) 26 foi adotada pelo Comitê de Ministros em 2 de julho de 1974. O comitê considerou que no direito à liberdade de expressão estaria incluso a liberdade de receber e transmitir informações e ideias sem interferência da autoridade pública e independentemente de fronteiras; que o exercício da liberdade de expressão implica em deveres e responsabilidades, particularmente em conexão com a proteção da reputação ou direito de terceiros.

Para o comitê, era desejável que se providenciasse meios adequados para a proteção do indivíduo contra a publicação de informação contendo fatos imprecisos sobre ele, além de se dar uma solução contra a publicação de informação, incluindo os fatos e opiniões que representam uma intrusão na vida privada do indivíduo ou um ataque à sua dignidade honra ou reputação, caso a informação tenha sido divulgada ao público pela imprensa escrita, rádio, TV ou qualquer outra mídia de massa de natureza periódica.

¹²¹ *Rules should be laid down to specify the periods beyond which certain categories of information should no longer be kept or used.*

¹²² *Without appropriate authorisation, information should not be used for purposes other than those for which it has been stored, nor communicated to third parties.*

¹²³ *As a general rule, the person concerned should have the right to know the information stored about him, the purpose for which it has been recorded, and particulars of each release of this information.*

¹²⁴ *Every care should be taken to correct inaccurate information and to erase obsolete information or information obtained in an unlawful way.*

¹²⁵ *Precautions should be taken against any abuse or misuse of information. Electronic data banks should be equipped with security systems which bar access to the data held by them to persons not entitled to obtain such information, and which provide for the detection of misdirections of information, whether intentional or not.*

¹²⁶ *Access to the information stored should be confined to persons who have a valid reason to know it. The operating staff of electronic data banks should be bound by rules of conduct aimed at preventing the misuse of data and, in particular, by rules of professional secrecy.*

¹²⁷ *Statistical data should be released only in aggregate form and in such a way that it is impossible to link the information to a particular person.*

Assim, foi recomendado aos Estados membros que a posição do indivíduo em relação à mídia deveria estar de acordo com os seguintes princípios¹²⁸, cuja tradução é livre:

1. Em relação à informação relativa aos indivíduos publicada em qualquer meio, o indivíduo em questão terá uma efetiva possibilidade para a correção, sem atraso indevido, dos fatos incorretos relativos a ele os quais tem um interesse justificado em tê-los corrigidos, sendo dadas tais correções, tanto quanto o possível, com a mesma distinção que a publicação original¹²⁹.
2. Em relação à informação relativa aos indivíduos publicada em qualquer meio, o indivíduo em questão terá um remédio efetivo contra a publicação dos fatos e opiniões que constituem:
 - i. uma interferência em sua vida privada, exceto onde for justificado por um imperioso e legítimo interesse público, onde o indivíduo tenha expressa ou tacitamente consentido na a publicação ou onde a publicação esteja nas circunstâncias de uma prática geralmente aceita e não contrária ao direito;
 - ii. um ataque sobre sua dignidade, honra ou reputação, a menos que a informação seja publicada com o consentimento expresso ou tácito do indivíduo em questão ou seja justificada por um imperioso e legítimo interesse público e seja uma crítica justa, baseada em fatos precisos¹³⁰.
3. Nada dos princípios acima deve ser interpretado para justificar a censura¹³¹.

Nos princípios mencionados na Resolução (74) 26, o termo “indivíduo” faz referência a todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, bem como a outras entidades, não importando a nacionalidade. Quando se menciona “meio”, está se falando de qualquer meio de comunicação que dissemine ao público informação periodicamente. À época, os jornais, rádio e televisão eram os mais comuns.

A “efetiva possibilidade para correção” citada no princípio 1, significa qualquer possibilidade que possa ser usada como um meio de reparação, tal como um direito à correção, à réplica ou a uma reclamação perante algum órgão. O “remédio efetivo” é qualquer forma de reparação que esteja disponível a todos os indivíduos, sem nenhuma barreira que dificulte sua realização.

¹²⁸ COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Resolution (74) 26 on the right of reply – position of the individual in relation to the press. Adopted by the Committee of Ministers on 2 July 1974 at 233th meeting of the Ministers’ Deputies.* In: **Council of Europe Portal**. Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/cm/home>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹²⁹ *In relation to information concerning individuals published in any medium, the individual concerned shall have an effective possibility for the correction, without undue delay, of incorrect facts relating to him which he has a justified interest in having corrected, such corrections being given, as far as possible, the same prominence as the original publication.*

¹³⁰ *In relation to information concerning individuals published in any medium, the individual concerned shall have an effective remedy against the publication of facts and opinions which constitute:*

i. an interference with his privacy except where this is justified by an overriding, legitimate public interest, where the individual has expressly or tacitly consented to the publication or where publication is in the circumstances a generally accepted practice and not inconsistent with law; ii. an attack upon his dignity, honour or reputation, unless the information is published with the express or tacit consent of the individual concerned or is justified by an overriding, legitimate public interest and is a fair criticism based on accurate facts.

¹³¹ *Nothing in the above principles should be interpreted to justify censorship.*

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, iniciou em 1969 alguns estudos sobre a utilização de computadores no setor público. Um grupo de especialistas, sob o nome de Data Bank Panel, estudou vários aspectos das questões de privacidade, como, por exemplo, a informação digital, administração pública, fluxo de dados transfronteiriços e as implicações do tema em questão na política, de um modo geral, sendo que em 1977 um simpósio foi realizado em Viena sob a organização do Data Bank Panel, contando com opiniões de vários setores, como o governo, a indústria, usuários das redes internacionais de comunicação de dados, serviços de processamento e organizações intergovernamentais¹³².

No início de 1978, dentro da OCDE foi criado um novo grupo de especialistas com o objetivo de desenvolver diretrizes sobre regras básicas sobre o fluxo de dados entre as nações e a proteção dos dados pessoais e privacidade, de forma a tornar mais harmônicas as legislações nacionais. Em cooperação com o Conselho da Europa e com a Comunidade Europeia, esse grupo de especialistas desenvolveu as Diretrizes que Regem a Proteção da Privacidade e o Fluxo Transfronteiriço de Dados Pessoais, publicadas como anexo da Recomendação do Conselho da OCDE de 23 de setembro de 1980.

Essas Diretrizes da OCDE de 1980 foram um marco importante na proteção da privacidade informacional e foram o primeiro conjunto de princípios da privacidade aceito internacionalmente. Trazia logo na primeira parte, três definições: a) controlador de dados, como uma parte competente, conforme o direito nacional, para decidir sobre o conteúdo e o uso dos dados pessoais, independentemente de haverem sido coletados, armazenados, processados ou disseminados por aquela parte ou por um agente em seu nome; b) dados pessoais, como qualquer informação que diz respeito a uma pessoa identificada ou identificável; e c) fluxos transfronteiriços de dados pessoais, como sendo as movimentações dos dados através das fronteiras nacionais¹³³.

Os princípios básicos para aplicação nacional estão na parte dois da *OECD Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*, e são oito princípios:

1. Princípio da Limitação de Coleta (*Collection Limitation Principle*¹³⁴). Deve haver limites à coleta de dados pessoais e de qualquer outro dado deve ser obtido por meios lícitos e justos, e se adequado, com o conhecimento ou consentimento da pessoa em questão.

¹³² OECD. *OECD Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *There should be limits to the collection of personal data and any such data should be obtained by lawful and fair means and, where appropriate, with the knowledge or consent of the data subject.*

2. Princípio da Qualidade dos Dados (*Data Quality Principle*¹³⁵). Os dados pessoais devem ser relevantes para os propósitos para os quais estão para ser usados, e, na medida do necessário para estes fins, devem ser precisos, completos e mantidos atualizados.
3. Princípio da Especificação da Finalidade (*Purpose Specification Principle*¹³⁶). A finalidade para a qual os dados pessoais são coletados deve ser especificada, no mais tardar, no momento da coleta dos dados e a utilização subsequente limitada ao cumprimento dessa finalidade ou outra que tanto não seja incompatível com ela quanto seja especificada em cada ocasião em que seja alterada a finalidade.
4. Princípio da Limitação do Uso (*Use Limitation Principle*¹³⁷). Os dados pessoais não devem ser expostos, tornados disponíveis ou utilizados para fins diferentes dos especificados de acordo com o Princípio da Especificação da Finalidade, exceto: a) com o consentimento do titular dos dados; ou b) por força de lei.
5. Princípio das Salvaguardas de Segurança (*Security Safeguards Principle*¹³⁸). Os dados pessoais devem ser protegidos por razoáveis salvaguardas de segurança contra riscos como perda ou acesso sem autorização, destruição uso, modificação ou exposição dos dados.
6. Princípio da Abertura (*Openness Principle*¹³⁹). Deve haver uma política geral de abertura sobre os desenvolvimentos, práticas e políticas que digam respeito aos dados pessoais. Os meios devem estar prontamente disponíveis para demonstrar a existência e a natureza dos dados pessoais e os principais propósitos do seu uso, bem como a identidade e a residência habitual do controlador de dados.

Estes são princípios voltados aos controladores. Em relação à proteção das pessoas, o “princípio da participação da pessoa” deve ser destacado:

7. Princípio da Participação da Pessoa (*Individual Participation Principle*¹⁴⁰). Uma pessoa deve ter o direito:
 - a) a obter de um controlador de dados, ou de outra forma, a confirmação se ele tem ou não dados relativos à pessoa;
 - b) de ter sido comunicada dos dados relativos a ela dentro de um prazo razoável; a um custo, se houver, que não seja excessivo; de um modo razoável, e de forma que seja facilmente compreensível;
 - c) a ser dado razões se um requerimento feito sob os termos dos subparágrafos (a) e (b) for negado, e ser capaz de desafiar
 - d) de contestar os dados que lhe dizem respeito e ter os dados apagados, retificados, completados ou alterados.

Há ainda, o princípio da responsabilidade:

¹³⁵ *Personal data should be relevant to the purposes for which they are to be used, and, to the extent necessary for those purposes, should be accurate, complete and kept up-to-date.*

¹³⁶ *The purposes for which personal data are collected should be specified not later than at the time of data collection and the subsequent use limited to the fulfilment of those purposes or such others as are not incompatible with those purposes and as are specified on each occasion of change of purpose.*

¹³⁷ *Personal data should not be disclosed, made available or otherwise used for purposes other than those specified in accordance with Paragraph 9 except: a) with the consent of the data subject; or b) by the authority of law.*

¹³⁸ *Personal data should be protected by reasonable security safeguards against such risks as loss or unauthorised access, destruction, use, modification or disclosure of data.*

¹³⁹ *There should be a general policy of openness about developments, practices and policies with respect to personal data. Means should be readily available of establishing the existence and nature of personal data, and the main purposes of their use, as well as the identity and usual residence of the data controller.*

¹⁴⁰ *An individual should have the right:*

a) to obtain from a data controller, or otherwise, confirmation of whether or not the data controller has data relating to him;

b) to have communicated to him, data relating to him within a reasonable time; at a charge, if any, that is not excessive; in a reasonable manner; and in a form that is readily intelligible to him;

c) to be given reasons if a request made under subparagraphs(a) and (b) is denied, and to be able to challenge such denial; and

d) to challenge data relating to him and, if the challenge is successful to have the data erased, rectified, completed or amended.

8. Princípio da Responsabilidade (*Accountability Principle*¹⁴¹). Um controlador de dados deve ser responsável pelo cumprimento de medidas para tornar efetivos os princípios acima enumerados¹⁴².

Em 2013, a OCDE lançou a primeira atualização de suas Diretrizes de 1980, focada na aplicação prática da proteção da privacidade através de uma abordagem baseada na gestão de riscos e na necessidade de uma abordagem da dimensão global da privacidade através de uma melhor interoperabilidade¹⁴³.

A Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (*Asia Pacific Economic Cooperation - APEC*) editou, em 2005, o seu *Privacy Framework*¹⁴⁴, visando promover o comércio eletrônico dos seus países. Em relação à proteção da privacidade, o *Privacy Framework* pretendia desenvolver formas de se proteger a informação pessoal, principalmente no que diz respeito aos danos causados pelo acesso de dados pessoais sem autorização e pela má utilização dos mesmos. Também pretendia reconhecer o livre fluxo de informação como sendo essencial tanto para os países desenvolvidos quanto para os em desenvolvimento, além de permitir uma uniformização das abordagens que as organizações de caráter global fazem a respeito do uso de dados pessoais.

Bastante influenciado pelas Diretrizes da OCDE, o documento da APEC trouxe os seguintes princípios:

1. Prevenção de Danos (*Preventing Harm*). Reconhecer os interesses das pessoas às expectativas legítimas de privacidade, a proteção das informações pessoais deve ser concebida para prevenir a má utilização de tais informações. Além disso, reconhecendo que o risco de causar dano pode resultar da utilização abusiva de informações pessoais, obrigações específicas devem levar em conta tal risco, e as medidas corretivas devem ser proporcionais à probabilidade e à gravidade dos danos ameaçados pela coleta, uso, e transferência de informações pessoais¹⁴⁵.
2. Notificação (*Notice*). Os controladores das informações pessoais devem prestar, de modo claro e facilmente acessíveis, declarações sobre suas práticas e políticas, no que diz respeito à informação pessoal, que deve incluir:
 - a. O fato correspondente à informação pessoal a ser recolhida;
 - b. O propósito para o qual a informação pessoal é coletada;
 - c. Os tipos de pessoas ou organizações para quem as informações pessoais podem ser divulgadas;
 - d. A identidade e a localização do controlador de informações pessoais, incluindo a informação de como contatá-lo sobre suas práticas e manejo de informações pessoais;

¹⁴¹ *A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above.*

¹⁴² OECD. *OECD Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁴³ OECD. *The OECD privacy framework*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁴⁴ APEC. *APEC privacy framework*. In: **APEC**. Disponível em: <http://www.apec.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁴⁵ *Recognizing the interests of the individual to legitimate expectations of privacy, personal information protection should be designed to prevent the misuse of such information. Further, acknowledging the risk that harm may result from such misuse of personal information, specific obligations should take account of such risk, and remedial measures should be proportionate to the likelihood and severity of the harm threatened by the collection, use and transfer of personal information.*

- e. As escolhas e meios que o controlador de informações pessoais oferece às pessoas para limitar o uso e a divulgação, e acessar e corrigir suas informações pessoais.

Todas as medidas possíveis devem ser tomadas para garantir que tal notificação seja dada antes ou no momento da coleta da informação pessoal. Caso contrário, a notificação deverá ser providenciada assim que possível.

Pode não ser adequado para os controladores de informações pessoais notificar sobre a coleta e uso de informação publicamente disponível¹⁴⁶.

3. Limitação da Coleta (*Collection Limitation*). A coleta de informação pessoal deve ser limitada à informação que é relevante aos propósitos da coleta e quaisquer destas informações devem ser obtidas através de meios legais e justos, e, onde couber, com a notificação ou o consentimento da pessoa em questão¹⁴⁷.
4. Usos da Informação Pessoal (*Uses of Personal Information*). A informação pessoal coletada deve ser usada somente para atender os propósitos da coleta ou outros propósitos compatíveis ou relacionados, exceto:
 - a. Com o consentimento da pessoa cuja informação é coletada;
 - b. Quando necessário ao fornecimento de um serviço ou produto solicitado pela pessoa; ou,
 - c. Pela autoridade legal e outros instrumentos legais, decretos e pronunciamentos de efeito jurídico¹⁴⁸.
5. Escolha (*Choice*). Quando couber, as pessoas devem ser providas de mecanismos claros, notáveis, facilmente entendíveis, acessíveis e baratos para exercer escolha em relação à coleta, uso e divulgação de sua informação pessoal. Pode não ser adequado aos controladores de informações pessoais fornecer estes mecanismos quando estiverem coletando informação pública disponível¹⁴⁹.
6. Integridade da Informação Pessoal (*Integrity of Personal Information*). A informação pessoal deve ser precisa, completa e atualizada na medida do necessário para os fins de utilização¹⁵⁰.
7. Salvaguardas de Segurança (*Security Safeguards*). Os controladores das informações pessoais devem proteger os dados pessoais detidos por eles com salvaguardas apropriadas contra riscos, tais como a perda ou acesso sem autorização aos dados pessoais, ou destruição sem autorização, uso, modificação ou divulgação de informação ou outras más utilizações. Tais salvaguardas devem ser proporcionais à probabilidade e à gravidade dos dados ameaçado, à sensibilidade da informação e ao

¹⁴⁶ *Personal information controllers should provide clear and easily accessible statements about their practices and policies with respect to personal information that should include: a) the fact that personal information is being collected; b) the purposes for which personal information is collected; c) the types of persons or organizations to whom personal information might be disclosed; d) the identity and location of the personal information controller, including information on how to contact them about their practices and handling of personal information; e) the choices and means the personal information controller offers individuals for limiting the use and disclosure of, and for accessing and correcting, their personal information. All reasonably practicable steps shall be taken to ensure that such notice is provided either before or at the time of collection of personal information. Otherwise, such notice should be provided as soon after as is practicable. It may not be appropriate for personal information controllers to provide notice regarding the collection and use of publicly available information.*

¹⁴⁷ *The collection of personal information should be limited to information that is relevant to the purposes of collection and any such information should be obtained by lawful and fair means, and where appropriate, with notice to, or consent of, the individual concerned.*

¹⁴⁸ *Personal information collected should be used only to fulfill the purposes of collection and other compatible or related purposes except: a) with the consent of the individual whose personal information is collected; b) when necessary to provide a service or product requested by the individual; or, c) by the authority of law and other legal instruments, proclamations and pronouncements of legal effect.*

¹⁴⁹ *Where appropriate, individuals should be provided with clear, prominent, easily understandable, accessible and affordable mechanisms to exercise choice in relation to the collection, use and disclosure of their personal information. It may not be appropriate for personal information controllers to provide these mechanisms when collecting publicly available information.*

¹⁵⁰ *Personal information should be accurate, complete and kept up-to-date to the extent necessary for the purposes of use.*

contexto no qual ela é mantida, e devem ser submetidas a uma revisão e reavaliação periódica¹⁵¹.

8. Acesso e Correção (*Access and Correction*). As pessoas devem estar aptas a:
 - a. Obter do controlador de informações pessoais a confirmação se ele detém ou não informações pessoais sobre elas;
 - b. Serem comunicadas, após devidamente comprovadas suas identidades, dos dados pessoais sobre elas;
 - i. Dentro de um período razoável;
 - ii. A um custo, se houver, que não seja excessivo;
 - iii. De um modo razoável;
 - iv. De uma forma que seja a todos compreensível; e,
 - c. Contestar a exatidão das informações relativas a elas e, se possível e adequado ao caso, ter a informação retificada, completada, alterada ou excluída.
O acesso a estas informações e a possibilidade de correção deve ser providenciada, exceto:
 - i. Quando o ônus em fazê-lo seja irrazoável ou desproporcional aos riscos à privacidade da pessoa do caso em questão;
 - ii. Quando a informação não deva ser divulgada em razão de lei ou para zelar a segurança ou para proteger informação comercial confidencial;
 - iii. Quando a privacidade da informação de terceiros possa ser violada.
Se uma solicitação com base nas alíneas “a” ou “b” ou uma contestação baseada na alínea “c” for negada, a pessoa deverá ser informada das razões do indeferimento e poder recorrer de tal decisão¹⁵².
9. Responsabilidade (*Accountability*). Um controlador de informações pessoais poderá ser responsabilizado pelo cumprimento das medidas destinadas a dar aplicação aos princípios acima elencados. Quando os dados pessoais estiverem para ser transferidos para outra pessoa ou organização, nacional ou internacional, o controlador de informações pessoais deve obter o consentimento da pessoa ou exercer a devida diligência e tomar medidas razoáveis para garantir que a pessoa ou organização destinatária irá proteger os dados de forma consistente com estes princípios¹⁵³.

A privacidade, a partir da visão europeia, mostra um novo perfil, apresentando-se como um direito a ter controle sobre as próprias informações e de determinar a maneira de construir a própria esfera particular – o direito à autodeterminação informativa. E isso é de extrema valia para a sociedade da informação, a sociedade atual, onde a informação é um bem em si mesmo,

¹⁵¹ *Personal information controllers should protect personal information that they hold with appropriate safeguards against risks, such as loss or unauthorized access to personal information, or unauthorized destruction, use, modification or disclosure of information or other misuses. Such safeguards should be proportional to the likelihood and severity of the harm threatened, the sensitivity of the information and the context in which it is held, and should be subject to periodic review and reassessment.*

¹⁵² *Individuals should be able to: a) obtain from the personal information controller confirmation of whether or not the personal information controller holds personal information about them; b) have communicated to them, after having provided sufficient proof of their identity, personal information about them; i. within a reasonable time; ii. at a charge, if any, that is not excessive; iii. in a reasonable manner; iv. in a form that is generally understandable; and, c) challenge the accuracy of information relating to them and, if possible and as appropriate, have the information rectified, completed, amended or deleted. Such access and opportunity for correction should be provided except where: (i) the burden or expense of doing so would be unreasonable or disproportionate to the risks to the individual's privacy in the case in question; (ii) the information should not be disclosed due to legal or security reasons or to protect confidential commercial information; or (iii) the information privacy of persons other than the individual would be violated. If a request under (a) or (b) or a challenge under (c) is denied, the individual should be provided with reasons why and be able to challenge such denial.*

¹⁵³ *A personal information controller should be accountable for complying with measures that give effect to the Principles stated above. When personal information is to be transferred to another person or organization, whether domestically or internationally, the personal information controller should obtain the consent of the individual or exercise due diligence and take reasonable steps to ensure that the recipient person or organization will protect the information consistently with these Principles.*

é parte integrante da vida humana, onde as novas tecnologias surgem para atuar sobre esta mesma informação.

A descrição das transformações trazidas pelas novas tecnologias é um discurso em permanente construção. Se em algum tempo o homem usou a tecnologia para satisfazer as suas necessidades, chegou-se ao ponto que o mesmo homem cria, com sua tecnologia, novas necessidades. Isso fica claro a cada nova invenção, cada novo *software* desenvolvido, cada *gadget* lançado no mercado.

De uma realidade onde as informações pessoais estavam sob o domínio dos interessados, passa-se para uma realidade de informações compartilhadas com uma pluralidade de sujeitos. Uma realidade onde a cessão de informações se dava por meio de relações interpessoais (era da “fofoca”), para uma realidade onde se coleta informação por transações abstratas. Passa-se de um mundo onde se se preocupava com a informação que saia do seio privado, para um mundo onde o controle da informação que adentra se torna importante cada vez mais. Vive-se em um mundo onde as tecnologias da informação e da comunicação assumiram o papel de tecnologias “suja” (em analogia às tecnologias industriais poluentes) e essas mesmas tecnologias ajudaram a tornar cada vez mais indistinguível os limites entre o que é público e o que é privado.

Estas observações implicam, para Rodotà, em alguns paradoxos: o maior controle de coleta de informação na esfera individual, resultado de uma ampliação da tutela privada dos sujeitos, possibilitou mais transparência em relação aos coletores de informação (públicos ou privados); informações tipicamente públicas (opiniões políticas, sindicais, convicções, de uma forma geral) recebendo proteção privada, de forma a evitar que sejam utilizadas para fins discriminatórios.

Assim, a privacidade tem sua função social e política projetada para além da esfera privada e passa a constituir também a cidadania. Deixa de ser unicamente o “direito de ser deixado só” e “volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas.”¹⁵⁴. Uma noção de esfera privada abrange, assim, o conjunto de dados pessoais e o poder de controle do interessado não se encerra no fato de que determinadas informações estão atualmente disponíveis para outros¹⁵⁵.

¹⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

¹⁵⁵ *Idem. Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli.* GLF Laterza, 2014.

A privacidade, segundo o professor italiano, passa a se impor como um direito fundamental, especificando-se como “direito à autodeterminação informativa”, e, mais especificamente ainda, “como direito a determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade”. Apresenta-se, também, “como precondição da cidadania na era eletrônica”, não podendo ser confiada à lógica da autorregulamentação ou das atividades contratuais¹⁵⁶.

Algumas estratégias podem ser traçadas no que diz respeito à tutela da privacidade. A primeira delas seria o “direito de oposição”, que, de forma individual ou coletiva, funcionaria como uma negativa à coleta e circulação de informações pessoais em determinadas formas.

O “direito de não saber” é a segunda estratégia de tutela da privacidade, podendo ser tratado como decorrente da primeira. Surgido em relação a dados de saúde, passa a ser estendido contra as formas de marketing direto que invadem a esfera privada do indivíduo com informações não solicitadas e não desejadas.

Outra estratégia é tornar mais claro a finalidade da coleta de dados. A legitimidade aqui é condicionada à comunicação preventiva ao interessado sobre para que serão utilizadas.

Por último, o “direito ao esquecimento”, “prevendo-se que algumas categorias de informações devam ser destruídas, ou conservadas somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas” ou ainda, “depois de transcorrido um determinado lapso de tempo¹⁵⁷”.

Todas estas estratégias de tutela da privacidade necessitam de serem vertidas em instrumentos concretos. Mas como proceder? Seguir a disciplina jurídica tradicional? Confiar na autodisciplina setorial ou somente os instrumentos do mercado? Na verdade, todos estes caminhos devem ser considerados globalmente e os instrumentos tradicionais, a lei principalmente, deve assumir uma postura flexível, definindo princípios que possam ser adaptados à várias situações. Assim, o número de sujeitos que podem intervir em questões de privacidade aumenta, passando a ser não somente o legislador, mas também o juiz, no caso concreto, associações dos próprios usuários, por exemplo.

Rodotà chama a atenção para o reconhecimento, na Europa, da proteção de dados como um direito fundamental autônomo, desde 2000 reconhecido pela Carta de Direitos fundamentais

¹⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 134-135.

da União Europeia no seu artigo 8º¹⁵⁸ e da distinção deste com o tradicional direito à vida privada e familiar, art. 7º.¹⁵⁹

A distinção entre esses direitos, segundo ele, não ocorreu desnecessariamente. O direito à vida privada e familiar seria um tipo estático de proteção, de carácter negativo, visando impedir a interferência no seio privado e familiar de uma pessoa. Assumiria, assim, uma característica nitidamente individualista. Já o direito presente no artigo 8º da Carta, o da proteção de dados pessoais, além da proteção individual, também conferiria legitimidade para uma autoridade atuar na sua defesa, consistindo num carácter mais positivo.

Esta concepção que destaca a proteção de dados como um direito fundamental autónomo, por um lado, choca-se com a concepção defendida neste trabalho, porque dá a primazia a uma das dimensões da privacidade, como será vista em capítulo mais adiante, que é a dimensão informacional. Por outro lado, alinha-se, ao defender uma diferenciação entre “espécies” do que aqui é chamado de privacidade (gênero), ou seja, são direitos da privacidade.

¹⁵⁸ Art. 8º. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

¹⁵⁹ Art. 7º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

4 O CONTEÚDO DO DIREITO DA PRIVACIDADE

4.1 Os Direitos da Privacidade no Processo de Formação da Constituição de 1988

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foi palco das mais variadas discussões. Alas mais progressistas contrastavam com as mais conservadoras, que eram maioria. Dentre os debates sobre os temas a serem inseridos no texto constitucional fundador da Nova República, a privacidade também teve seu espaço.

O presidente José Sarney havia convocado, através do decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, uma comissão que teria por objetivo elaborar um anteprojeto de Constituição que seria apresentado à Assembleia Nacional Constituinte. Foi denominada de Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida também por Comissão Afonso Arinos.

Esta comissão teve grande importância no processo de elaboração da Constituição, funcionando como o único foro de discussão constitucional. Na época, existiam pressões para que fossem realizadas apenas singelas modificações na Constituição de 1969 e, não fossem as discussões promovidas pela comissão e a repercussão que tomaram na sociedade, talvez a Constituinte não tivesse sido convocada.

Apesar de sua importância, o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos não foi encaminhado pelo presidente Sarney à Assembleia Nacional Constituinte, já que tinha um forte conteúdo social progressista e adotava um sistema parlamentarista de governo, contrariando o pensamento político do presidente. Mesmo assim, o anteprojeto foi publicado no Diário oficial da União, servindo de base para as propostas dos constituintes¹⁶⁰.

4.1.1 Comissão Afonso Arinos

O anteprojeto Afonso Arinos¹⁶¹ trouxe novidades para a época no campo da privacidade, colocando-a no mesmo patamar que o direito à vida e o direito à existência digna, por exemplo:

Art. 16 – Todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública.

Parágrafo único – A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.

Neste artigo 16 do anteprojeto, uma importante distinção era feita na parte final do *caput* “à preservação de sua honra, reputação e imagem pública. O direito à honra, na esfera penal, costuma ser dividido em honra subjetiva e honra objetiva. A primeira diz respeito à pessoa em

¹⁶⁰ SIVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, p. xxiii.

¹⁶¹ BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Suplemento especial ao nº 185. Sexta-feira, 26 de setembro de 1986. Brasília, DF.

si, ao conceito que o sujeito tem de si mesmo. A segunda, diz respeito à reputação do indivíduo no seio da sociedade, ao modo como ele é visto pelos demais, não fisicamente, mas moralmente. Por isso se costuma confundir tanto direito à imagem com direito à honra. Quando se fala em proteção à imagem pública, quer-se tratar da imagem-atributo, e não da representação audiovisual do indivíduo. Talvez a razão que levou a Comissão Afonso Arinos a inserir neste artigo as palavras honra, reputação e imagem pública tenha sido a ideia de correspondência com os tipos penais que tutelam a honra nesta seara do Direito (injúria, calúnia e difamação), o que não é estranho, já que o Direito Penal exerceu forte influência no debate sobre a tutela da honra no Direito Civil.

No campo da privacidade informacional, o anteprojeto Afonso Arinos tinha um grau de profundidade maior que o texto final que foi promulgado pela Assembleia Nacional Constituinte. Tutelava o direito de acesso às referências e informações a respeito da pessoa, que estivessem registradas em entidades públicas e também particulares. Ainda previa a retificação, atualização e supressão de dados incorretos, através de procedimento judicial sigiloso:

Art. 17 – Todos têm direito de acesso às referências e informações a seu respeito, registradas por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos, mediante procedimento judicial sigiloso.

Para a proteção desse direito de acesso, decorrente da privacidade informacional, haveria o *habeas data*, instrumento que entrou no texto final do projeto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte e se faz presente hoje no direito brasileiro. O artigo 48 do anteprojeto Afonso Arinos fazia menção direta ao artigo 17: “Art. 48 – Dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17.”

Um avanço gigante na disciplina da privacidade no Brasil aconteceu em relação à dimensão decisional da privacidade, quando no parágrafo primeiro do artigo 17 se vedava o registro de dados que representassem as convicções pessoais, atividades políticas e a vida privada, com exceção àquelas informações sem identificação pessoal cujo fim fosse a pesquisa estatística. A proteção destes dados, chamados dados sensíveis, entra em total sintonia com o espírito formador da Constituição, centrado na dignidade da pessoa humana. Proteger os dados sensíveis significa resguardar a pessoa em sua plenitude contra atitudes discriminatórias por parte de quem por ventura possa descobrir tais dados, seja de modo direto ou a partir do cruzamento de informações: “§ 1º – É vedado o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, ressalvado o processamento de dados não identificados para fins estatísticos.”

Outra inovação no texto do anteprojeto Afonso Arinos está no parágrafo segundo do artigo 17. Reconhece-se expressamente duas modalidades de violação da privacidade informacional: a) o lançamento de registros falsos; e b) a utilização de registros falsos. E ainda: não haveria limitação do reconhecimento da violação da privacidade informacional apenas à responsabilidade civil, mas esta se estenderia à responsabilidade penal e à administrativa, conforme o caso concreto¹⁶²: “§ 2º – A lesão decorrente do lançamento ou da utilização de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa.”

Quando fala sobre a ordem econômica, o anteprojeto além de fundamentá-la na justiça social e na garantia de uma existência digna a todos, no inciso VII do parágrafo único era previsto o estímulo às novas tecnologias como um dos princípios da atividade econômica.

Art. 316 – A ordem econômica fundamenta-se na justiça social e no desenvolvimento, devendo assegurar a todos uma existência digna.

Parágrafo único – A ordenação da atividade econômica terá como princípios:

VIII – o estímulo às tecnologias inovadoras e adequadas ao desenvolvimento nacional.

O texto também condicionava o poder público em relação às novas tecnologias informáticas, proibindo a transferência de dados para provedores de armazenamento e processamento de dados situados no estrangeiro, com exceção apenas daqueles que tivessem previsão em tratados e convenções com cláusulas de reciprocidade.

Art. 406 – Os Poderes Públicos utilizarão, preferencialmente, bens e serviços nacionais, na área da informática, observados os critérios legais que assegurem adequação tecnológica e econômica aos objetivos visados.

Parágrafo único – E vedada a transferência de informações para centrais estrangeiras de armazenamento e processamento, salvo nos casos previstos em tratados e convenções, com cláusula de reciprocidade.

Um ponto muitas vezes negligenciado do debate sobre privacidade é o que envolve a privacidade espacial, aquela dimensão em que se cuida de um espaço físico. A privacidade espacial carrega o sentido mais clássico dado à privacidade e no anteprojeto em comento podemos encontrar este sentido a partir da inteligência dos artigos 37 e 368.

O anteprojeto trata a casa como o asilo inviolável da pessoa, vedando a entrada ou permanência sem o consentimento de quem nela more, permitindo apenas em casos excepcionais, como por ordem judicial, flagrante delito ou para o socorro de vítima tanto de ato humano quanto natural: “Art. 37 – A casa é o asilo inviolável da pessoa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer, senão com o consentimento do morador ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre.”

¹⁶² Talvez uma lei como a Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012 (Lei Carolina Dieckmann) tivesse sido editada vinte anos antes se algo parecido fosse aprovado no texto final da Constituição.

A ideia de asilo inviolável da pessoa encontra no artigo 368 aquilo que reflete a privacidade espacial. O direito à moradia, no anteprojeto, não era somente um direito a um teto, mas o direito a uma moradia digna e adequada, onde fosse possível preservar tanto a segurança quanto a intimidade pessoal e familiar: “Art. 368 – É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.”

Não se deve confundir direito à moradia com o direito à inviolabilidade da casa. O primeiro tem forte cunho social, demanda prestações positivas por parte do Estado. O segundo, visa a proteção do indivíduo inclusive contra o Estado, tendo, portanto, caráter negativo.

Uma outra face da privacidade, também no sentido clássico, é a que aborda o sigilo. No anteprojeto Afonso Arinos protegia-se o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, com a ressalva apenas de autorização judicial para investigação criminal em situações que fossem expressamente previstas em lei: “Art. 38 – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização da justiça, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal.”

O anteprojeto também tratava do direito de resposta, dando à pessoa agravada o direito a uma resposta pública de igual intensidade ao dano sofrido, além de poder contar com indenização pelos danos sofridos (sem especificar se materiais ou morais, aqui de uma forma mais ampla). “Art. 50 – Os ofendidos têm direito a resposta pública, garantida a sua veiculação nas mesmas condições do agravo sofrido, sem prejuízo da indenização dos danos ilegítimamente causados.”

4.1.2 Assembleia Nacional Constituinte

Tanto a Comissão Afonso Arinos quanto a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) eram compostas por uma maioria conservadora, apesar de terem produzido um conteúdo mais ou menos progressista no texto final da Constituição¹⁶³.

O processo de formação da Constituição foi muito complexo. Primeiro, qualquer matéria a ser tratada entrava através das 24 subcomissões, onde era desenvolvida por meio de emendas e substitutivos, dando origem aos anteprojetos temáticos. Num segundo momento, o

¹⁶³ A Comissão tinha em sua composição, aproximadamente 12% direita; 16% centro-direita; um pouco mais de 31% centro; cerca de 26% centro-esquerda; e 14% esquerda; levando em consideração que a maioria conservadora se compunha da direita, centro-direita e centro e a minoria progressista pela esquerda e centro-esquerda. A ANC tinha 12% direita; 14% centro-direita; 32% centro; 23% centro esquerda e 9% esquerda. SIVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, p. xxiii.

material produzido pelas subcomissões era trabalhado por 8 comissões temáticas, saindo daí um anteprojeto de constituição. Esse anteprojeto era submetido à Comissão de Sistematização para reelaboração e sistematização em um projeto de constituição, este que iria ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte para dois turnos de discussão e votação para se chegar à forma final da Constituição¹⁶⁴.

Na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a primeira das comissões temáticas, a divisão fora feita em três subcomissões: a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias; e a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais.

4.1.3 Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais

Instalada em 7 de abril de 1987, a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais teve como presidente o constituinte Antônio Mariz e como relator o constituinte Darcy Pozza.

O impacto da tecnologia, em especial, do computador, suscitava debates acerca da privacidade entre os constituintes. Havia uma grande comoção em relação aos possíveis danos que o uso do computador poderia causar. Como sempre, uma tecnologia nova trouxe inúmeras incertezas, provocando reações mais conservadoras, talvez não por um posicionamento ideológico, mas sim por desconhecimento da matéria.

As preocupações durante as reuniões da subcomissão temática em relação à privacidade tocaram alguns pontos, como o levantado pelo sr. Orlando Coutinho, da Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT, preocupando-se com os registros pessoais contendo informações referentes ao indivíduo sobre atividades políticas, convicções pessoais ou a própria vida privada, além do risco de manipulação e da negativa de acesso desses dados ao cidadão. Defendia o direito de acesso a tais registros e alertava para o perigo da discriminação do trabalhador em virtude da exposição de seus dados sensíveis, além dos dissabores causados pelos serviços de proteção a crédito¹⁶⁵.

O professor Cândido Mendes, Secretário-Geral da Comissão Brasileira de Justiça e Paz, do Rio de Janeiro, e membro da Comissão Afonso Arinos fez uma importante defesa do *habeas*

¹⁶⁴ SIVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, p. xxiv.

¹⁶⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Subcomissões. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. In: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016, pp. 39-40.

data, além de uma incursão na dimensão espacial da privacidade, onde o velho conceito da privacidade, presumido apenas na intransgredibilidade do *domus* (casa), deveria ser revisto, ante a realidade do presente, em que as lentes teleobjetivas devassam o espaço privado, expondo-o à publicidade. Assim, a nova constituição deveria definir, ao lado da inviolabilidade da casa, a intimidade como algo fundamental¹⁶⁶. Mas o ponto mais tocante da fala do professor foi a respeito do direito de resposta:

Meu Deus! O direito da resposta. Vamos ficar na declaração mofofa, pobre, covarde, da presente Constituição, sabemos que o direito de resposta como ele esta [sic] vulnera a pessoa, num câncer irremissível? A resposta da pessoa está à altura da violência dos mídias [sic], que destroem uma imagem publicando o que querem, e permitem que a resposta venha numa pequena, enfermiça e pobre nota, sem qualquer tipo de equilíbrio possível? O apelo da Comissão de Justiça e Paz aos Srs. Constituintes é no sentido de que, ao regularem o direito de resposta – são tantas coisas – definam por favor a proporcionalidade, no texto, e a instantaneidade entre a agressão sofrida e sua correção. A mais silenciosa, a mais violenta das agressões que caracteriza a tirania dos [sic] mídias, em nosso tempo, é a falta de balanço e de convalidamento constitucional do direito de resposta dentro desse quadro. É outro desses novos direitos que nos parecem fundamentais e devem ser reconhecido [sic]¹⁶⁷.

O sr. Arthur Pereira Nunes falou pela União Brasileira de Informática Pública, abordando os seguintes tópicos sobre a privacidade: a) o direito e a forma de acesso, pelo cidadão, às informações a seu respeito contidas em arquivos de dados de qualquer natureza; b) o direito de corrigir e mandar corrigir as informações incorretas; c) a definição dos tipos de informação que não devem constar de forma individualizada de arquivos de dados sensíveis, como posições ideológicas ou a vida pessoal do cidadão; d) a definição de responsabilidades dos administradores de arquivos de dados pelas informações armazenadas; e) a garantia de uso da informação para os fins exclusivos para os quais foi colhida ou cedida; e f) os reflexos da utilização de um número único nacional de identificação do cidadão.

A preocupação mais visível entre os constituintes era em relação à privacidade informacional. O temor era tanto que chegou a ser feita a comparação do número de cadastro único com o número da besta descrito na bíblia. Apesar das limitações da época, as discussões foram, em sua maioria, bastante avançadas, mas, infelizmente, muitas das possíveis inovações que seriam trazidas ao ordenamento brasileiro acabaram sendo deixadas de lado.

O relator apresentou o anteprojeto da Subcomissão dos direitos e Garantias Individuais, que dizia a respeito da privacidade:

Art. 1º - São direitos e garantias individuais:
VI – a dignidade da pessoa humana, a preservação de sua honra, privacidade, reputação e imagem pública; é assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; a divulgação far-se-á nas mesmas condições do agravo

¹⁶⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Subcomissões. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. In: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016, pp. 49-50.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 50.

sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados;

Aqui a privacidade (no sentido da intimidade) foi colocada ao lado de outros direitos da privacidade (bem como da personalidade), como a honra, reputação, imagem pública, o direito de resposta, além do direito à indenização pela violação destes direitos.

O direito de resposta manteve semelhança com o que foi proposto no anteprojeto Afonso Arinos, porém, deixando de ser um artigo apartado para integrar o mesmo inciso VI do primeiro artigo do anteprojeto da subcomissão, com o acréscimo ainda da expressão “acompanhada de retratação”. A resposta a ofensas ou a informações incorretas não bastaria apenas na resposta em si, mas teria que ser acompanhada de uma retratação, além de ser cabível indenização pelos danos causados, não especificando se morais ou materiais, deixando esse ponto mais genérico.

Os vários debates a respeito da privacidade de dados resultaram no enorme inciso VIII, que visava permitir que as pessoas tivessem acesso, ou melhor, conhecimento sobre a informação pessoal que estivessem no banco de dados das entidades tanto públicas quanto particulares. No mesmo artigo, ainda se proibia o registro dos dados sensíveis; garantia-se o sigilo da informação voltada para estatística; a possibilidade de retificação de dados incorretos; o *habeas data*; e proibia-se também a adoção de um número único para os brasileiros.

VIII – o conhecimento das informações e referências pessoais e do fim a que elas se destinam, registradas por entidades públicas ou particulares; é vedado o registro de convicções pessoais, atividades político-partidárias ou acerca da vida privada; é garantido o sigilo da informação prestada para fins estatísticos, que somente poderá ser divulgada ou repassada sem identificação individual; é assegurada a supressão ou retificação de dados incorretos, mediante procedimento administrativo ou judicial de caráter sigiloso; é proibida a atribuição de um número nacional único ao cidadão; responde civil, penal e administrativamente todo aquele que determine, realize ou se utilize de registro de dados pessoais incorretos ou falsos; dar-se-á o *habeas data* ao legítimo interessado, para assegurar-lhe o direito de conhecer as informações e referências pessoais existentes a seu respeito;

O inciso VIII aglutinava vários direitos diferentes. Foi a tentativa de atender todos os anseios apresentados nas reuniões da Subcomissão. Reconhecia o direito de conhecer todas as informações relativas à própria pessoa, não importando se a entidade detentora do registro fosse de natureza pública ou privada, vedando qualquer registro que importasse em dados sensíveis, uma clara interseção entre a dimensão informacional e a dimensão decisional da privacidade. Protegia ainda o sigilo dos dados coletados para pesquisa com fins estatísticos, e por fim, dava suporte ao *habeas data*. Neste megainciso, apesar de a técnica legislativa não ser das melhores, fica clara a intenção de se tutelar a privacidade informacional (bem como a decisional), adotando medidas que espelhavam, muitas das vezes, as recomendações feitas no cenário internacional, sejam pelos frameworks apresentados pelos fóruns internacionais de discussão

ou mesmo pelas legislações estrangeiras, como fica mais claro da leitura das atas das reuniões da Subcomissão.

No que toca a privacidade espacial, foi incluído no anteprojeto o inciso XXXIII, garantindo a inviolabilidade da casa: “XXXIII – a inviolabilidade da casa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer sem o consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, na forma que a lei estabelecer.”

Aqui é importante fazer remissão ao anteprojeto da Subcomissão da Questão Urbana e Transporte¹⁶⁸, em cujo artigo primeiro destacava o alcance da privacidade como um aspecto de uma moradia digna: “Art. 1º. É garantido a todos, para si e para a sua família, o acesso a moradia digna, com infra-estrutura urbana adequada, que lhes preserve a segurança e a intimidade pessoal e familiar.”

Assim como no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o dispositivo presente entre as garantias individuais e o dispositivo presente no tópico sobre moradia guardam uma relação umbilical. A razão primeira de se cogitar na inviolabilidade da casa não pode ser outra senão a preservação da privacidade das pessoas que lá vivem. É o clássico direito a ser deixado em paz pregado pelos norte-americanos.

No que diz respeito ao sigilo, o anteprojeto teve o inciso XXXIV, visando proteger as correspondências e comunicações em geral. A discussão em torno do sigilo nas reuniões da subcomissão levantou a questão se este direito deveria ser em caráter absoluto, não admitindo sua violação nem mesmo sob ordem judicial. Preocupava os constituintes não ter suas correspondências violadas justamente pelo momento histórico em que se vivia: anos de ditadura, com repressão e vigilância constante do governo ainda estavam frescos na memória dos constituintes, tendo muitos deles sentido na pele as agruras do regime militar. Assim ficou o inciso: “XXXIV – a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo mediante autorização judicial.”

A Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais (I-C) teve apenas um artigo no Anteprojeto do Relator, sendo propostas 374 emendas e permanecendo com um único artigo no Anteprojeto da Subcomissão¹⁶⁹.

¹⁶⁸ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Subcomissões. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. In: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016, p. 231.

¹⁶⁹ LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, p. 10.

4.1.4 Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher

Instalada em 1 de abril de 1987, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher¹⁷⁰ esteve sob a presidência do constituinte Mário Assad e sob a relatoria do constituinte José Paulo Bisol.

O substitutivo do relator da comissão trouxe várias mudanças em relação ao anteprojeto da subcomissão. No título I (dos direitos e liberdades fundamentais), capítulo I (dos direitos e liberdades fundamentais, repetido do título I), o artigo 3º disciplinava os direitos e liberdades individuais, sendo eles a vida, a existência digna, a integridade física e mental; a nacionalidade; a cidadania; a liberdade; a constituição de família pelo casamento ou por união estável; a honra, a dignidade e a reputação; a privacidade; o acesso a referências e informações sobre a própria pessoa; a informação; a locomoção no território nacional; o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; o lazer e a utilização criadora do tempo disponível no trabalho; a livre manifestação individual de pensamentos, de princípios éticos, de convicções religiosas e de ideias filosóficas, políticas e ideológicas; a livre escolha individual de espetáculo público e de programas de rádio e televisão; a expressão da atividade intelectual, artística, científica e tecnológica; o asilo e a não extradição; a propriedade; a sucessão hereditária; e a segurança jurídica.

O inciso VI, sob o título “a honra, a dignidade e a reputação” tratava basicamente do direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas, sendo um destaque da segunda parte do artigo 1º, VI, do anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. A alteração apenas na disposição do texto, colocando-o em um inciso separado e dividido em duas alíneas, onde na primeira se assegura o direito de resposta e na segunda se revela a forma como se deve ser aplicado, na mesma intensidade da ofensa, junto com a retratação do ofensor e podendo ter indenização dos danos decorrentes da ofensa:

Art. 3º - São direitos e liberdades individuais invioláveis:

VI - A HONRA, A DIGNIDADE E A REPUTAÇÃO.

a) é assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas;

b) a resposta far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados.

No inciso VII, a privacidade ganhou o destaque mais importante em toda a história do ordenamento jurídico brasileiro até aquele momento. O inciso era só dela, intitulado “a privacidade”, composto de sete alíneas. Ao longo de suas alíneas, o relator tentou abranger todos os assuntos de privacidade possível, contemplando, num momento de brilhantismo e

¹⁷⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas de comissões. Comissão da Soberania e Garantias do Homem e da Mulher. In: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

coragem, todas as dimensões da privacidade (decisional, informacional e espacial). Visava proteger a vida particular e familiar, a casa, o sigilo, a imagem pessoal (destaque para o adjetivo pessoal). Vedava a divulgação, publicação ou invasão sem a autorização do titular do direito à imagem, intimidade ou vida privada, além de proibir o Estado de operar serviços de informações sobre dados da vida íntima e familiar:

VII - A PRIVACIDADE:

- a) da vida particular e familiar;
- b) da casa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer senão com o consentimento do morador ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre;
- c) do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização judicial, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal;
- d) a imagem pessoal bem como a vida íntima e a familiar não podem ser divulgadas, publicadas ou invadidas, sem a autorização do interessado;
- e) não haverá empresas e atividades privadas de investigação e prestação de informações sobre a vida íntima e familiar das pessoas;
- f) o Estado não poderá operar serviços de informações sobre a vida íntima e a familiar das pessoas;
- g) na esfera policial e militar o Estado poderá operar serviços de informações que se refiram exclusivamente ao que a lei define como delinquência e às atividades que visem subverter, pela violência, os fundamentos constitucionais da Nação.

O inciso seguinte, intitulado “acesso a referências e informações sobre a própria pessoa”, composto de cinco alíneas, garantia o acesso às informações relativas a cada um, inclusive o direito de saber a que fim se destinariam. Independente de o registro ser feito por entidade pública ou particular, haveria direito à correção e atualização dos dados.

Em relação à privacidade decisional, manteve-se a proibição de registro de dados sensíveis (convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, na terminologia do relator), excetuando-se aquele processamento de informações com fins de pesquisa estatística (sem identificar o indivíduo, claro).

O substitutivo do relator José Paulo Bisol ainda tratava do lançamento e do uso de registros falsos, cujo dano decorrente desses atos acarretaria em responsabilidade não só civil, mas também administrativa e penal.

Na última alínea, ainda foi acrescentado que o Brasil não identificaria seus cidadãos com um número único.

VIII - ACESSO A REFERÊNCIAS E INFORMAÇÕES SOBRE A PRÓPRIA PESSOA.

- a) É assegurado a todos o acesso às referências e informações que a cada um digam respeito, e o conhecimento dos fins a que se destinam, sejam essas registradas por entidades particulares ou públicas, inclusive as policiais e militares, podendo-se exigir a correção e atualização dos dados, através de processo judicial ou administrativo sigiloso;
- b) é proibido o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, salvo quando se tratar de processamento de dados não identificados individualmente, para fins estatísticos;
- c) o dano provocado pelo lançamento ou uso de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa;

- d) é permitido o acesso às referências e informações relativas a ausentes e a mortos, a requerimento de qualquer interessado, de acordo com os casos previstos em lei;
- e) o Brasil não adotará o sistema de numeração única para os seus cidadãos.

No que tange à informação, não como um direito da privacidade, mas um direito autônomo, cabe registrar o inciso IX, que cuidava do direito de receber, dos órgãos públicos e privados de relevância pública, informações verdadeiras, tanto de interesse particular quanto coletivo ou geral. A conexão que faz com os direitos de privacidade está na alínea “b”, que responsabiliza as pessoas pela informação falsa, numa redação um tanto que imprecisa, sem indicar qualquer conduta ligada à informação mentirosa:

IX - A INFORMAÇÃO.

- a) todos têm direito a receber informações verdadeiras de interesse particular, coletivo ou geral, dos órgãos públicos e dos órgãos privados com função social de relevância pública;
- b) as pessoas responsáveis por informação falsa serão punidas pela lei.

O anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher acabou seguindo com algumas alterações.

No inciso VI, b, “a resposta far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação.” Excluiu-se a expressão “sem prejuízo da indenização pelos danos causados”.

No inciso VII, b, “do sigilo de correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização judicial”. Excluiu-se a expressão “nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal”.

No inciso VIII, b, substituiu-se “para fins estatísticos” por “ para fins de pesquisa e estatística.”

A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I) recebeu ao todo 91 artigos dos anteprojetos das subcomissões temáticas, tendo sido propostas 630 emendas, das quais 249 foram rejeitadas, 97 aprovadas, 168 aprovadas parcialmente e 116 prejudicadas. Dos artigos do anteprojeto do relator da comissão, ao todo foram 49, uma redução significativa. Foram apresentadas 709 emendas, das quais 404 rejeitadas, 58 aprovadas, 38 aprovadas parcialmente e 209 prejudicadas. Ficou o Anteprojeto da Comissão com 49 artigos¹⁷¹.

¹⁷¹ LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, p. 12.

4.1.5 Comissão de Sistematização, Plenário, Comissão De Redação e Comissão de Redação Final

Instalada em 9 de abril de 1987, a Comissão de Sistematização¹⁷² contou com a presidência do constituinte Afonso Arinos e com a relatoria do constituinte Bernardo Cabral.

A quantidade de artigos no Anteprojeto de Constituição, elaborado a partir dos anteprojeto vindos das Comissões Temáticas foi de 501, sendo o anteprojeto apresentado pelo relator Bernardo Cabral em 26 de junho de 1987. Discutidas as emendas, o Projeto de Constituição foi encaminhado à mesa da Assembleia Nacional Constituinte com 496 artigos. Foram apresentados ainda o Substitutivo 1, com 305 artigos mais 90 artigos de disposições transitórias, e o Substitutivo 2, com 264 artigos mais 72 artigos de disposições transitórias.

A redação final do texto da Comissão de Sistematização teve grandes modificações em relação aos anteprojeto das Subcomissões e das Comissões. Após a etapa de sistematização, houve uma reforma no Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, que extinguiu a Comissão de Sistematização e criou a Comissão de Redação¹⁷³.

Na fase do Plenário, apresentou-se no primeiro turno o projeto A (07/01/88) e o projeto B (05/07/88). No segundo turno foram apresentadas as emendas ao projeto B, sendo finalizado o turno em 2 de setembro. O projeto C foi discutido e votado nas quatro primeiras reuniões da Comissão de Redação Final¹⁷⁴ e nas reuniões seguintes se originou o projeto D, que acabou sendo a redação final, contendo 245 artigos mais 70 disposições transitórias. O texto foi promulgado no dia 5 de outubro de 1988.

O texto promulgado, no que diz respeito à privacidade, é idêntico ao da redação final da Comissão de Sistematização, que optou por suprimir a palavra “privacidade”, não tendo mais um agrupamento de disposições à respeito do tema como nos anteprojeto das comissões. Esparramou-se pelo artigo 5º de forma bem enxuta o que as comissões trabalharam mais analiticamente, além de ter havido algumas supressões que hoje poderiam ser fonte de luz para um caminho trevoso enfrentado pela privacidade no direito brasileiro. Este foi o texto da Comissão de Sistematização (corresponde ao atual):

¹⁷² BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Comissões. Comissão de Sistematização. *In:* Senado. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016

¹⁷³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (suplemento “B”). Atas da Comissão de Redação. *In:* Senado. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

¹⁷⁴ BRASIL. Bases históricas. Base da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. *In:* Senado. Disponível em <http://www6g.senado.gov.br/apem/search>, acesso em 3 de outubro de 2016.

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo¹⁷⁵;

Os textos das Subcomissões e Comissões Temáticas não eram os textos ideais ainda, mas trouxeram a esperança de que o tema da privacidade fosse tratado com a importância que merece. Infelizmente, na Comissão de Sistematização houve o esfrelamento de tudo o que vinha sendo discutido desde o Anteprojeto Afonso Arinos, no lugar de se buscar refinar e desenvolver o conteúdo das normas sobre privacidade de maneira mais técnica e aprofundada, nos limites de um texto constitucional, é claro.

A privacidade, até a Comissão de Sistematização, seguia um caminho que contemplava as suas três dimensões, inclusive dando muita importância aos anseios de uma sociedade que ainda estava conhecendo o computador e todo o potencial trazido pelas novas tecnologias. Projetava-se para o futuro, imaginava-se os perigos e as benesses dos dados na vida dos brasileiros, tanto nas relações particulares quanto nas públicas. Desejava-se proteger os dados pessoais sensíveis desde o texto constitucional, protegia-se a casa também através do direito de privacidade de forma expressa, mas tudo isso ficou esquecido em meio à balbúrdia que se passava naquele congresso constituinte.

Isso não quer dizer que tudo ficou perdido no tempo... não! As bases lançadas por aquela Assembleia Nacional Constituinte, apesar da redução na sua abrangência, permitem perfeitamente uma ampla tutela à privacidade. O constituinte optou por ser mais genérico, deixando ao legislador infraconstitucional os problemas mais específicos, que vêm sendo tratados aos poucos, e muitas vezes insuficientemente.

¹⁷⁵ BRASIL. Bases históricas. Base da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. In: **Senado**. Disponível em <http://www6g.senado.gov.br/apem/search>, acesso em 3 de outubro de 2016.

Cumprir lembrar que a própria Constituição determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Se é um dos grandes avanços da Constituição Cidadã, é permitir a aplicabilidade direta das disposições sobre os direitos fundamentais, dentre os quais, aqueles que também direitos de personalidade, inclusive os direitos de privacidade.

Quadro comparativo 01:

Comissão Afonso Arinos	Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais	Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher	Redação final
<p>Art. 16 – Todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública.</p> <p>Art. 17 – Todos têm direito de acesso às referências e informações a seu respeito, registradas por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos, mediante procedimento judicial sigiloso.</p> <p>“§ 1º – É vedado o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, ressalvado o processamento de dados não identificados para fins estatísticos.</p> <p>“§ 2º – A lesão decorrente do lançamento ou da utilização de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa</p> <p>Art. 37 – A casa é o asilo inviolável da pessoa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer, senão com o consentimento do morador ou</p>	<p>Art. 1º - São direitos e garantias individuais:</p> <p>VI – a dignidade da pessoa humana, a preservação de sua honra, privacidade, reputação e imagem pública; é assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; a divulgação far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados;</p> <p>VIII – o conhecimento das informações e referências pessoais e do fim a que elas se destinam, registradas por entidades públicas ou particulares; é vedado o registro de convicções pessoais, atividades político-partidárias ou acerca da vida privada; é garantido o sigilo da informação prestada para fins estatísticos, que somente poderá ser divulgada ou repassada sem identificação individual; é assegurada a supressão ou retificação de dados incorretos, mediante procedimento administrativo ou judicial de</p>	<p>Art. 3º - São direitos e liberdades individuais invioláveis:</p> <p>VI - A HONRA, A DIGNIDADE E A REPUTAÇÃO.</p> <p>a) é assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas;</p> <p>b) a resposta far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados.</p> <p>VII - A PRIVACIDADE:</p> <p>a) da vida particular e familiar;</p> <p>b) da casa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer senão com o consentimento do morador ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre;</p> <p>c) do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização judicial, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal;</p> <p>d) a imagem pessoal bem como a vida íntima e a familiar não</p>	<p>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:</p> <p>V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;</p> <p>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;</p> <p>XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;</p> <p>XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de</p>

<p>por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre.</p> <p>Art. 38 – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização da justiça, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal</p> <p>Art. 48 – Dar-se-á habeas data ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17</p> <p>Art. 50 – Os ofendidos têm direito a resposta pública, garantida a sua veiculação nas mesmas condições do agravo sofrido, sem prejuízo da indenização dos danos ilegítimamente causados</p> <p>Art. 368 – É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.</p> <p>Art. 406 – Os Poderes Públicos utilizarão, preferencialmente, bens e serviços nacionais, na área da informática, observados os critérios legais que assegurem adequação tecnológica e econômica aos objetivos visados.</p> <p>Parágrafo único – E vedada a transferência de informações para centrais estrangeiras de armazenamento e processamento, salvo nos casos previstos em tratados e convenções, com cláusula de reciprocidade.</p>	<p>caráter sigiloso; é proibida a atribuição de um número nacional único ao cidadão; responde civil, penal e administrativamente todo aquele que determine, realize ou se utilize de registro de dados pessoais incorretos ou falsos; dar-se-á o habeas data ao legítimo interessado, para assegurar-lhe o direito de conhecer as informações e referências pessoais existentes a seu respeito; XXXIII – a inviolabilidade da casa; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer sem o consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, na forma que a lei estabelecer XXXIV – a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo mediante autorização judicial.</p> <p>Art. 1º. É garantido a todos, para si e para a sua família, o acesso a moradia digna, com infraestrutura urbana adequada, que lhes preserve a segurança e a intimidade pessoal e familiar. (anteprojeto da Subcomissão da Questão Urbana e Transporte).</p>	<p>podem ser divulgadas, publicadas ou invadidas, sem a autorização do interessado;</p> <p>e) não haverá empresas e atividades privadas de investigação e prestação de informações sobre a vida íntima e familiar das pessoas;</p> <p>f) o Estado não poderá operar serviços de informações sobre a vida íntima e a familiar das pessoas;</p> <p>g) na esfera policial e militar o Estado poderá operar serviços de informações que se refiram exclusivamente ao que a lei define como delinquência e às atividades que visem subverter, pela violência, os fundamentos constitucionais da Nação.</p> <p>VIII - ACESSO A REFERÊNCIAS E INFORMAÇÕES SOBRE A PRÓPRIA PESSOA.</p> <p>a) É assegurado a todos o acesso às referências e informações que a cada um digam respeito, e o conhecimento dos fins a que se destinam, sejam essas registradas por entidades particulares ou públicas, inclusive as policiais e militares, podendo-se exigir a correção e atualização dos dados, através de processo judicial ou administrativo sigiloso;</p> <p>b) é proibido o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, salvo quando se tratar de processamento de dados não identificados individualmente, para fins estatísticos;</p> <p>c) o dano provocado pelo lançamento ou uso de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa;</p>	<p>dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;</p> <p>LXXII - conceder-se-á "habeas-data":</p> <p>a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;</p> <p>b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo</p>
--	---	---	---

		<p>d) é permitido o acesso às referências e informações relativas a ausentes e a mortos, a requerimento de qualquer interessado, de acordo com os casos previstos em lei;</p> <p>e) o Brasil não adotará o sistema de numeração única para os seus cidadãos.</p> <p>IX - A INFORMAÇÃO.</p> <p>a) todos têm direito a receber informações verdadeiras de interesse particular, coletivo ou geral, dos órgãos públicos e dos órgãos privados com função social de relevância pública;</p> <p>b) as pessoas responsáveis por informação falsa serão punidas pela lei.</p>	
--	--	--	--

4.2 Direitos da Privacidade no Âmbito da CADH

A proteção constitucional dada a direitos da personalidade como a vida privada, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo e honra também é presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que faz com que estes direitos sejam ao mesmo tempo e a depender da perspectiva, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Intimidade, vida privada, sigilo, inviolabilidade do lar, honra. Tais direitos possuem semelhanças familiares entre si, o que permite colocá-los em um grupo mais específico: os direitos da privacidade. A característica em comum, nestes direitos, é o controle sobre determinado assunto, dito privado, ao acesso por terceiros.

O controle pode ser exercido em três dimensões: um controle de acesso físico, que pode ser facilmente percebido na concepção original da privacidade como um direito de ser deixado só; e, num sentido metafórico, um controle de acesso à informação, no qual se protegem os dados e informações pessoais; e um controle de acesso à própria vida da pessoa, ao seu modo de ser, de modo que a pessoa tenha proteção contra a interferência indesejada nas decisões e ações dela, garantindo sua autonomia e a capacidade de ser a autora da própria história.

4.2.1 Vida privada e vida familiar

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos diz, no seu artigo 11, que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e na de sua família. Existe alguma diferença significativa entre estes dois termos? O que abrange a proteção a esses direitos?

A expressão “vida privada” deve ser entendida aqui como sinônimo de intimidade. É aquele reduto mais pessoal que se pode ter, o refúgio individual onde a pessoa pode gozar de uma existência plena, sem amarras sociais, sem a interferência alheia.

No âmbito da intimidade, a pessoa pode exercer sua autonomia longe dos olhares reprovadores, inclusive longe do preconceito de da discriminação. As suas escolhas de vida e as suas ações que a pessoa mantém somente para si, só a ela dizem respeito.

Na intimidade, ou vida privada, na terminologia empregada pelo Pacto de San José da Costa Rica, cabem os direitos referentes à liberdade sexual do indivíduo. As suas preferências quanto à orientação sexual, à sua identidade e seu modo de se vestir não devem ser motivo de escrutínio alheio. São séculos de intolerância contra as pessoas que pautam sua vida sexual e seu próprio modo de ser diferente da maioria considerada normal. Muito desse pensamento de intolerância ainda é sentido na sociedade e infelizmente o preconceito pode prejudicar a vida de uma pessoa, caso sua intimidade seja violada, expondo-a ao ridículo, à vergonha e às perseguições, ao ponto de causar um sofrimento sem tamanho.

4.2.1.1 O “*Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*”

Karen Atala Riffo foi casada com Ricardo Jaime López Allendes e desta união nasceram três crianças, M. V. e R. A senhora Atala já tinha um filho mais velho, nascido de outro casamento. Em março de 2002, o casal resolveu terminar o casamento através de uma separação de fato. Acordaram que a senhora Atala manteria a guarda e cuidado das crianças na cidade de Villarrica, com visita semanal à casa do pai em Temuco. Em novembro daquele mesmo ano, Emma de Ramón, companheira da senhora Atala, passou a morar na mesma casa que ela e as três filhas e o filho mais velho.

No mês de janeiro, de 2003, o pai das três meninas ajuizou uma ação de guarda ou tutela perante o Juizado de menores de Villarrica, alegando que o desenvolvimento físico e emocional das crianças estaria em grave risco se continuassem aos cuidados da mãe. O senhor López considerava que a Karen Atala não teria capacidade de cuidar das meninas, já que a nova opção de vida sexual, além da convivência lésbica provocaria consequências danosas ao desenvolvimento das crianças. Para o pai, a opção sexual da mãe alteraria a convivência sadia e normal a que teriam direito as crianças. E por fim, usava o argumento de que o convívio com lésbicas poria a saúde das meninas em risco, já que, na sua concepção, as práticas sexuais da mãe e sua parceira as deixariam expostas permanentemente ao vírus da AIDS e ao surgimento de herpes.

Houve grande cobertura midiática. Jornais de grande circulação no Chile acompanhavam o processo de guarda das meninas. A partir dessas notícias e também de outras razões ligadas a um suposto uso indevido de verbas do Tribunal Penal de Villarrica, onde Karen Atala era juíza, o Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco enviou o ministro Lenin Lillo a uma visita àquele tribunal penal.

Em outubro de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica rejeitou o pedido de guarda. Em março de 2004, a Corte de Apelações de Temuco confirmou a sentença. Em maio de 2004, a Corte Suprema de Justiça acolheu o recurso apresentado pelo pai e concedeu-lhe a guarda definitiva.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já tinha assentado, no caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, que o direito à vida privada não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições por parte dos Estados, desde que não sejam abusivas ou arbitrárias. Essas ingerências necessitam de estar previstas em lei, visar um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. A Corte ressaltou que a orientação sexual da senhora Atala é parte de sua vida privada, não podendo sofrer quaisquer ingerências que não cumpram aqueles requisitos.

A partir de uma visão movida por estereótipos sobre o alcance da orientação sexual da senhora Atala, causou-se uma ingerência arbitrária na sua vida privada. O Tribunal reconheceu que a orientação sexual é parte da intimidade de uma pessoa e não tem relevância para analisar aspectos relacionados à paternidade ou maternidade. Assim, a Corte concluiu que o Chile violou o artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em relação à vida familiar, o artigo 11.2 tem uma relação muito estreita com o direito a que se proteja a família e a viver nela, contido no artigo 17 da mesma Convenção, pelo o qual o Estado tem a obrigação de não apenas dispor e executar diretamente medidas de proteção das crianças, mas favorecer também, de um modo mais amplo, o desenvolvimento e a força do núcleo familiar. Assim, o Tribunal firmou o entendimento de que a separação de crianças da família é, em algumas condições, uma violação do direito à proteção da família.

A Corte mencionou a jurisprudência do Tribunal Europeu, em que o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida em família, tendo o artigo 8 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos objetiva a preservação do indivíduo em face das ingerências arbitrárias das autoridades públicas e estabelecer obrigações positivas para o Estado, em favor do respeito efetivo da vida familiar.

O Tribunal entendeu que entre a senhora Atala e sua companheira, junto com suas filhas e filho, havia sido constituído um núcleo familiar, e assim, estaria protegido pelos artigos

11.2 e 17.1 da Convenção Americana, já que existia uma convivência, um contato frequente, e uma proximidade pessoal e afetiva entre todos que ali moravam juntos, sem prejuízo do vínculo familiar das crianças com o seu pai. A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os fundamentos apresentados pela Corte Suprema de Justiça do Chile, bem como os apresentados pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória não eram medidas idôneas para proteger o interesse superior da criança, resultando na separação da família formada pela mãe, sua companheira, e as crianças. Esta foi uma interferência arbitrária no direito à vida privada e familiar, declarando a Corte a violação dos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana.

4.2.1.2 Vida privada e autonomia

Não só as liberdades sexuais que podem ser atingidas com uma violação da intimidade. A pessoa que teve sua intimidade exposta pode sofrer de diferentes formas, a depender do contexto onde vive e das normas sociais de seu meio. A crença, o posicionamento político-partidário, a origem e até mesmo a profissão são informações que comumente são ocultadas pelas pessoas por medo de discriminação e por temer pela própria vida. O medo do terror extremista nos Estados Unidos e na Europa pode fazer com que uma pessoa praticante da fé islâmica seja ofendida simplesmente por praticar aquele credo, assim como os praticantes de religiões de matriz africana já sofreram no Brasil com as chamadas “quebras” dos terreiros, ou os judeus no Terceiro Reich. Neste ponto, transita-se entre a intimidade e a vida familiar, já que uma ofensa neste sentido pode afetar tão somente o indivíduo como aqueles outros mais próximos do seu convívio.

Na Constituição brasileira, “vida privada” é a denominação dada ao que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos trata por “vida familiar”. Este último é aquele âmbito da privacidade em que se protege o ambiente familiar, ou seja, vai além da própria pessoa, protegendo os membros de sua família, ou melhor ainda, o seu modo de viver em grupo, já que não apenas as relações familiares entram nessa proteção, bem como as amizades, os costumes e o trato que se tem com as pessoas mais próximas. O círculo de pessoas que convive de modo mais pessoal com o indivíduo é bem mais restrito que os demais círculos sociais. Até mesmo pessoas famosas que têm a vida dissecada pela imprensa, como artistas em geral, apesar de toda exposição, guardam para si um refúgio entre os seus.

A violação da vida privada e da vida familiar pode gerar uma heteronomia nas decisões que a pessoa toma para sua vida no seu cotidiano. O fato de a pessoa abandonar sua autonomia para viver debaixo das regras e gostos dos outros viola a sua dignidade de uma maneira cruel,

pois anula quem a pessoa realmente é em prol de um personagem artificial a ser representado perante a sociedade. A personalidade deve ser exercida sem embargos, em sua plenitude, respeitando-se, é claro, os limites legais.

A chamada Sociedade da Informação traz alguns desafios para a tutela da vida privada e da vida familiar. Os dados pessoais que trazem informações sensíveis, capazes de expor a pessoa à constrangimentos dos mais variados tipos, podem ser vazados, cruzados com outros dados, armazenados, distribuídos, expostos sem autorização do titular, com consequências graves para este, ante ao grande alcance que as novas tecnologias têm na transmissão de informações.

A tutela da privacidade em sua dimensão informacional deve estar atenta aos perigos que o indivíduo corre em ter seus dados pessoais violados, seja por um particular ou mesmo pelo Estado. Qualquer intromissão na vida privada ou familiar só será justificada se houver um amparo legal e ainda assim, deve ocorrer em último caso.

4.2.2 Inviolabilidade de domicílio

A casa representa o espaço vital do indivíduo, o seu asilo inviolável, onde este exercerá livremente sua intimidade e terá resguardada a sua vida e a de seus familiares que porventura com ele viverem.

O domicílio aqui tratado é físico e faz referência à dimensão espacial da privacidade. É o suporte material para que outros direitos da privacidade sejam garantidos minimamente ao indivíduo. A Constituição brasileira prescreve que ninguém pode entrar na casa sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Difere da vida privada e vida familiar, pois estes dizem respeito à própria pessoa e ao círculo de pessoas próximas afetivamente, independentemente do local onde estejam, seja na própria casa, na rua, numa igreja ou num restaurante, por exemplo. A inviolabilidade do lar faz referência a um determinado lugar, concreto, onde o ser humano possa viver sem ser incomodado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, teve uma importante decisão envolvendo a privacidade. No município colombiano de Ituango, a incursão de grupos armados dissidentes provocou um aumento das estruturas paramilitares, bem como a presença do exército nacional. Em 11 de junho de 1996, 22 membros de um grupo paramilitar foi até La Granja, Ituango, assassinando um grupo de moradores. Entre 22 de outubro e 12 de novembro de 1997, outra incursão paramilitar em El Aro, 30 homens

armados torturaram e assassinaram um grupo de moradores. Além disso, o grupo obrigou os moradores da área a pastorear gado roubado por vários dias. Durante a invasão, foram roubadas entre 800 e 1.200 cabeças de gado. E como se não bastasse, antes de deixar El Aro, os paramilitares destruíram e queimaram a maioria das casas.

A Corte assentou que o artigo 11.2 da Convenção protege a vida privada e o domicílio de ingerências arbitrárias ou abusivas, reconhecendo um âmbito pessoal que deve estar a salvo das intromissões por parte de estranhos e que a honra pessoal e familiar, bem como o domicílio, devem estar protegidos em face de tais interferências¹⁷⁶.

O âmbito da privacidade tem por característica a isenção ou imunidade às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública. Assim, o domicílio e a vida privada se encontram intrinsecamente ligados, já que o domicílio se converte em um espaço no qual se pode desenvolver livremente a vida privada¹⁷⁷.

Em casos semelhantes, a Corte Europeia de Direitos Humanos já havia tratado o tema da propriedade privada em conjunto com o direito ao respeito da vida privada e familiar e do domicílio, garantido pelo artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que diz no item 1 que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”¹⁷⁸

A destruição dos domicílios dos habitantes de El Aro, bem como dos bens que se encontravam no interior das casas, causada pelos paramilitares e com colaboração do exército colombiano, além de ser uma violação do direito ao uso e gozo dos bens, constitui também uma grave, injustificada e abusiva ingerência na sua vida privada e domicílio. As vítimas perderam suas casas e também o lugar onde sua vida privada era desenvolvida¹⁷⁹.

¹⁷⁶ 193. *El artículo 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de ingerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias.*

¹⁷⁷ 194. *La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada.*

¹⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA. Convenção europeia dos direitos do homem. In: **ECHR**. Disponível em <http://www.echr.coe.int/>. Acesso em 28 de novembro de 2016.

¹⁷⁹ 197. *En el presente caso, reconociendo los avances en esta materia en el derecho internacional de los derechos humanos, y por las consideraciones anteriores, la Corte estima que la destrucción por parte de los paramilitares, con la colaboración del Ejército colombiano, de los domicilios de los habitantes de El Aro, así como de las posesiones que se encontraban en su interior, además de ser una violación del derecho al uso y disfrute de los bienes, constituye asimismo una grave, injustificada y abusiva injerencia en su vida privada y domicilio. Las presuntas víctimas que perdieron sus hogares perdieron también el lugar donde desarrollaban su vida privada. Por lo anterior, el Tribunal considera que el Estado colombiano incumplió con la prohibición de llevar a cabo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y el domicilio.*

4.2.3 Sigilo

O sigilo resguarda o conteúdo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII da Constituição Federal), sendo ilícito divulgar tais manifestações, tomar conhecimento delas e revela-las¹⁸⁰.

No caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, o advogado Santander Tristán Donoso trabalhava como assessor jurídico da diocese de Colón y Kuna Yala em 1996. Neste tempo, o bispo de Colón solicitou a este senhor que ajudasse com seus serviços de assessoria jurídica à família Sayed. Walid Sayed estava detido, em meio a uma investigação que era desenvolvida pelo Ministério Público sobre o suposto crime de lavagem de dinheiro.

No dia 7 de julho de 1996, um jornal publicou um artigo com o título “*Circula presunto ‘narcocheque’ donado a la campaña de Sossa*”. José Antonio Sossa Rodríguez era um cidadão do Panamá que tinha sido nomeado Procurador Geral da Nação. No dia seguinte, ocorreu uma conversa telefônica entre Tristán Donoso e Adel Sayed, pai de Walid Sayed, em que se fez referência à oferta recebida para obter a liberdade de Walid, a um artigo que tratava da procedência de um cheque supostamente doado ao Procurador Geral da Nação em 1994 pela empresa Simar Joyeros e a uma reunião que deveria acontecer com uma autoridade da Igreja Católica no Panamá. A conversa acabou sendo interceptada e gravada.

José Antonio Sossa Rodríguez, o Procurador, divulgou o conteúdo da conversa telefônica. Por conta disso, foi aberto um processo penal por delitos contra a honra, como forma de represália às denúncias de Tristán Donoso sobre esse caso. Tristán Donoso foi condenado a uma pena de 18 meses de prisão, substituída pela obrigação de pagar 75 dias-multa.

A Corte entendeu que a proteção dada pelo artigo 11 do Pacto de San José em relação à vida privada, familiar, domicílios e correspondências se estenderia para as ligações telefônicas. Embora não estivesse expressamente previsto, as conversas telefônicas consistem em uma forma de comunicação, que, tal como a correspondência, encontra-se dentro do âmbito de proteção da vida privada. O direito à vida privada, segundo assentou entendimento a Corte, não é um direito absoluto e pode ser restringido pelos Estados, desde que a restrição não seja abusiva ou arbitrária, devendo estar previstas em lei, ter uma finalidade legítima e cumprir com os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.

A conversa telefônica entre Adel Sayed e Tristán Donoso foi considerada pela Corte como de caráter privado, onde nenhum dos participantes deu consentimento a que fosse

¹⁸⁰ PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O direito à privacidade na sociedade da informação. In: **I ENPEJUD: "Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos"**. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/63>. Acesso em 28 de novembro de 2016.

conhecida por terceiros. A conversa se passou entre a vítima, que é advogado, e um cliente, e, por isso, abraçada pelo sigilo profissional, devendo contar com uma maior proteção.

Um funcionário público como o Procurador foi o responsável pela divulgação da conversa, implicando em uma ingerência na vida privada da vítima. A Corte considerou que a divulgação da conversa privada e as manifestações utilizadas pelo então Procurador nestas ocasiões, violaram o direito à vida privada, a honra e reputação da vítima¹⁸¹.

O que a Corte entendeu como uma ingerência na vida privada, no direito brasileiro é tratado de forma autônoma, sob uma das formas do sigilo, que pode ser na correspondência, telefônico (o deste caso), comunicações em geral e de dados. Nem toda correspondência é vinculada à vida privada do seu autor, afirma Rivero e Moutouh¹⁸², já que existem correspondências administrativas e publicitárias também. Da mesma forma uma chamada telefônica pode se tratar apenas de uma peça publicitária com fins de vender algum produto ou serviço, não dizendo nada a respeito da vida privada da pessoa.

4.2.4 Honra

O direito à honra também é chamado de direito à integridade moral ou à reputação, protegendo o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa tem nas relações sociais. A honra é dita subjetiva quando diz respeito à pessoa física, dado que somente ela pode sofrer constrangimentos e humilhações. Quando dita objetiva, decorre dos padrões morais de uma dada sociedade, levando-se em conta a conduta razoável¹⁸³.

A Convenção reconhece, no seu artigo 11, que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua honra, proibindo qualquer violação neste sentido. Quando proíbe que honra e reputação sejam atacadas, aos Estados é imposto o dever de se oferecer proteção legal contra tais violações.

No caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, a Corte assentou que, em termos gerais, o direito à honra se relaciona com a autoestima e o respeito próprio, ao passo em que a reputação está ligada à opinião que os outros têm de uma pessoa¹⁸⁴.

¹⁸¹ 83. *En consecuencia, la Corte considera que la divulgación de la conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica y algunos directivos del Colegio Nacional de Abogados, y las manifestaciones utilizadas por el ex Procurador en dichas ocasiones, violaron los derechos a la vida privada y a la honra y reputación del señor Tristán Donoso, reconocidos en los artículos 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respeto consagrada en el artículo 1.1 del mismo tratado.*

¹⁸² RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 456.

¹⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

¹⁸⁴ 57. *Por último, el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.*

A Corte ainda reconheceu neste caso que as expressões relativas à idoneidade de uma pessoa para o desempenho de um cargo público ou dos atos realizados por funcionários públicos no desempenho de seus trabalhos gozam de maior proteção, de tal maneira que se proporcione o debate democrático. A justificativa está em que os funcionários públicos estão mais expostos ao escrutínio e à crítica do público, ao qual se expõem voluntariamente, levando maior risco em ter sua honra violada. O limite de proteção à honra de um funcionário público deve permitir o mais amplo controle popular sobre o exercício de suas funções¹⁸⁵.

4.3 Privacidade na Internet

4.3.1 A Sociedade da Informação

A discussão sobre privacidade quando trazida para as questões relacionadas com a informação inevitavelmente apontará para o contexto da sociedade da informação. Os termos “informação” e “dado” são por vezes usados um pelo outro neste contexto, bem como em outras circunstâncias¹⁸⁶. Os dois servem para designar determinado aspecto da realidade, apesar que “dado” representa uma informação em estado potencial, que ainda não foi comunicada, recebida ou compreendida; e “informação” vai além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição¹⁸⁷. A informação, diz Mendes, pode-se apresentar em diversas formas, como a gráfica, fotográfica e acústica¹⁸⁸.

Conforme assinala Wertheim, o termo “sociedade da informação” passou a ser utilizado, no final do século XX, como um substituto para o conceito de “sociedade pós-industrial” e também como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-

¹⁸⁵ 115. *Por último, respecto del derecho a la honra, la Corte recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. 122. Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (supra párr. 115). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren. En el presente caso se trataba de una persona que ostentaba uno de los más altos cargos públicos en su país, Procurador General de la Nación.*

¹⁸⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.u

¹⁸⁷ WACKS, Raymond. *Personal information: privacy and the law*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 25.

¹⁸⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

econômico.”¹⁸⁹ Esta sociedade informacional tem ligação com a expansão e reestruturação do capitalismo desde a década de 80 do século XX.

A sociedade da informação traz em si um novo paradigma, que é o da tecnologia da informação, representando a atual transformação da tecnologia em relação à economia e à sociedade. Manuel Castells apresenta alguns aspectos que representam a base material da sociedade da informação. O primeiro aspecto é que a informação é a matéria-prima desse novo paradigma: “são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia”.¹⁹⁰

A penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias é a segunda característica. “Como a informação é uma parte integral de toda a atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico.”¹⁹¹ O terceiro aspecto apresentado por Castells refere-se à lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, em que a estrutura da rede aparenta estar bem adaptada à complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento que decorre do poder criativo dessa interação.

O quarto aspecto do paradigma da tecnologia da informação se baseia na flexibilidade: “não apenas os processos são reversíveis, mas organizações e instituições podem ser modificadas, e até mesmo fundamentalmente alteradas, pela reorganização de seus componentes.”¹⁹²

A crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado vem a ser a quinta característica da sociedade da informação.¹⁹³ Um exemplo que é bem nítido nos dias de hoje é o do *smartphone*. O atual estágio tecnológico permite que o aparelho funcione, além da função original de um telefone de receber e efetuar chamadas, como um mensageiro, como um relógio, como uma bússola, como uma emulação de uma sala de reuniões etc. São infinitas as possibilidades de uso de um *smartphone*, o que causa certa obsolescência de vários equipamentos ante um centro multimídia que pode ser levado no bolso de qualquer um.

A tecnologia da informação fortaleceu sobretudo a vigilância, anestesiando os indivíduos com um velho estratagema pan-óptico de que nunca se sabe quando se é espionado,

¹⁸⁹ WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000, p.71.

¹⁹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I. trad. Roneide Venâncio Majer. 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Paz e Terra, 2005, p. 108.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 109.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 109

mas que não se pode pensar que não se está sendo espionado. Além disso, o velho pesadelo pan-óptico do “nunca estou sozinho” foi transformado em uma esperança de “nunca mais ficarei sozinho”. O medo de ser exposto foi esquecido e agora o que reina é a alegria de ser notado.¹⁹⁴

As pessoas com seus “confessionários eletrônicos portáteis” não são mais que aprendizes da arte de viver, no dizer de Bauman, em uma “sociedade confessional”; que se sobressai por riscar a fronteira que separava o público do privado, e também se destaca “por fazer da exposição pública do privado uma virtude e uma obrigação públicas, e por varrer da comunicação pública qualquer coisa que resista a ser reduzida a confidências privadas, juntamente com aqueles que se recusam a confidenciá-las.”¹⁹⁵

A dimensão informacional da privacidade, para muitos doutrinadores, representa a única dimensão verdadeira, ou, ao menos, a dimensão central da privacidade. Para Westin, a privacidade é o direito dos indivíduos, grupos ou de instituições de determinar por si mesmos quando, como e qual a extensão da informação sobre eles será comunicada aos outros¹⁹⁶.

A sociedade da informação trouxe muitas mudanças em relação aos períodos anteriores. Transformar informação em um bem com valor em si mesmo foi a mais marcante. Cada dado, por mais insignificante que possa parecer, pode ter um valor inestimável. Seja que horas a pessoa se acorda, que horas levanta da cama, o que gosta de assistir, o que come, como está o clima em Moscou, como está a cotação do dólar, quantos clicks tem uma notícia... todas estas situações geram milhares de dados que podem, de uma forma ou de outra, interferir na vida das pessoas, nos negócios e na política. A atual tecnologia permite que através de sensores de movimento presentes num celular se calcule o momento em que a pessoa se levanta da cama, ou onde ela estaciona com frequência, onde estuda, onde trabalha. As empresas que fornecem serviço de streaming de mídia usam os dados dos usuários para melhor direcionar seus investimentos, favorecendo filmes, séries, jogos e músicas que terão maior aceitabilidade pelo público. O fenômeno das grandes “franquias” de filmes e jogos se dão por conta disso: o sucesso entre o público fomenta a produção de continuções, além do desenvolvimento de uma gama de produtos com a temática da franquia. Assim foi com Star Wars, Mario Bros, The Walking Dead etc.

¹⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, versão Kindle, posição 351.

¹⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, versão Kindle, posição 443.

¹⁹⁶ WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967, p. 5.

Se alguém pesquisa uma receita de frango à parmegiana em um buscador online, nos resultados da busca aparecerão links patrocinados de empresas que vendem a carne do frango, sugestões de restaurantes próximos à pessoa, imagens do prato desejado e finalmente, a receita do frango à parmegiana. Talvez esta busca rápida ainda renda mais e fique por mais alguns dias aparecendo nos anúncios que aparecem comumente nas páginas dos sítios eletrônicos.

Saber como está o clima em Moscou pode ser importante tanto para quem se programa fazer turismo na capital russa quanto para uma agência de viagens que faça pacotes turísticos para o leste europeu. Um inverno rigoroso talvez inviabilize uma viagem prazerosa, fazendo com que o turista escolha uma estação melhor para viajar para lá, ou também a agência organize rotas diferentes para aquela época do ano. O dólar alto pode fazer o brasileiro pensar mais um pouco antes de querer sair gastando seu dinheiro no exterior, mas também pode beneficiar algum exportador. A quantidade de acessos de um *blog*, um sítio eletrônico, as visualizações nas redes sociais, tudo isso importa para quem pretende anunciar.

Estes são só pequenos exemplos da importância que a informação assume no contexto atual. Tudo em volta pode ser convertido em dados. Em algumas histórias do Superman, um de seus vilões mais importantes, o Brainiac, viaja pelo universo “digitalizando” tudo que encontra pela frente, transformando cidades, planetas, seres vivos em dados, alimentando a si de toda a informação que encontra no universo. No mundo de verdade, não se vive sob a ameaça de um vilão do porte do Brainiac, que destrói o real para construir o virtual, mas tem-se o poder de transformar tudo em dados, do DNA nas células ao e-mail enviados.

Os dados assumem uma posição privilegiada em qualquer coisa que se faça hoje, não poderia ser diferente quando se trata de privacidade. Daí o porquê de teorias reducionistas da privacidade, que a estudam unicamente pela sua dimensão informacional, resumindo tudo a uma *informational privacy*. Grandes estudos foram feitos ao longo dos anos se privilegiando uma das dimensões da privacidade como a correta, ou a mais acertada. O problema de se tomar uma única dimensão como ponto de partida é que o estudo ficará fragmentado logo quando uma visão integradora se faz necessária. Ao propor o estudo da privacidade a partir de três dimensões distintas, porém complementares, visamos trazer a teoria para mais perto da realidade. O que faz uma publicação de uma fotografia de uma mulher pelo ex companheiro em uma rede social, cujo conteúdo revela nudez, práticas sexuais e demais intimidades (o que vem sendo chamado de “*revenge porn*”, ou pornô de vingança) ser considerada uma violação de privacidade ocorrida na dimensão decisional ou na decisão informacional?

Certamente, tratado o caso acima puramente inserido em ou uma ou outra dimensão da privacidade não se estaria dando o devido tratamento à gravidade do ocorrido. Se se escolhe a

dimensão informacional, a tratar dos dados violados da mulher, da exposição não autorizada de sua imagem, da falta de controle sobre os próprios dados, estar-se-ia reduzindo a pessoa a um mero dado, numa ação digna de um Brainiac da vida real.

Para compensar a frieza dos dados, pincela-se uma camada de tinta fresca sobre as camadas antigas. Agora existem os dados pessoais, ou seja, dados que dizem respeito à pessoa, que a identificam. E dentro dessa nova roupagem dos dados, agora carregando o adjetivo “pessoais”, ainda pode-se destacar os dados sensíveis, que nada mais são que dados pessoais que podem, caso ocorra algum tipo de violação deles, causar algum tipo de discriminação, afetar o modo de vida pessoal de quem foi exposto, como por exemplo, dados sobre a religião da pessoa, as escolhas morais e filosóficas desta, ser portador de certos tipos de enfermidades etc. Ou seja, acaba-se de retornar ao tópico sobre privacidade decisional.

Privacidade informacional e privacidade decisional podem perfeitamente coexistir pacificamente. Como explicado no início do capítulo, existem situações em que somente a privacidade decisional será invocada, ou somente a privacidade informacional será invocada. Mas também existem as situações onde ambas estarão envolvidas, e talvez essas situações acabem sendo as mais comuns. Uma não exclui a outra e um determinado caso pode muito bem ser analisado sob uma, duas ou as três dimensões da privacidade que aqui se propõe.

4.4.2 O Marco Civil da Internet

Em 2013 um escândalo internacional veio à tona: Edward Snowden, um analista de sistemas, antigo administrador de sistemas da CIA (*Central Intelligence Agency*) e ex-contratado da NSA (*National Security Agency*) revelou ao mundo os detalhes da vigilância global praticada pelas agências norte-americanas. Glenn Greenwald, jornalista que responsável pela divulgação dos documentos vazados por Snowden, acabou revelando em uma reportagem de uma emissora de TV brasileira que o governo dos Estados Unidos da América havia estendido sua vigilância às terras tupiniquins, inclusive espionando e-mails da então presidente Dilma Rousseff. No Brasil, além da presidente da República, a NSA espionou a Petrobras.

No discurso realizado no plenário da 68ª Assembleia Geral da ONU daquele mesmo ano, a presidente do Brasil fez duras críticas à espionagem americana e à violação à privacidade, além anunciar medidas para governança e uso da rede¹⁹⁷. Foi o estopim para que o Projeto de

¹⁹⁷ “Recentes revelações sobre as atividades de uma rede global de espionagem eletrônica provocaram indignação e repúdio em amplos setores da opinião pública mundial. No Brasil, a situação foi ainda mais grave, pois aparecemos como alvo dessa intrusão. Dados pessoais de cidadãos foram indiscriminadamente objeto de interceptação. Informações empresariais – muitas vezes, de alto valor econômico e mesmo estratégico - estiveram na mira da espionagem. Também representações diplomáticas brasileiras, entre elas a Missão Permanente junto às

Lei n.º 2.126/2011 fosse transformado em Lei, o que ocorreu em 2014. Nascia o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014), estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O Marco Civil da Internet adotou expressamente oito princípios, enumerados no artigo 3º, sem excluir outros previstos no ordenamento jurídico: a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; b) proteção da privacidade; c) proteção dos dados pessoais; d) preservação e garantia da neutralidade de rede; e) preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; f) responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; g) preservação da natureza participativa da rede; e h) liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos no Marco Civil da Internet.

Interessante notar a utilização dos termos “privacidade” e “proteção de dados pessoais”, o que faz parecer se tratar de coisas distintas. Para os que reconhecem a proteção de dados pessoais como um direito autônomo, talvez essa seja a explicação para o uso dos termos separadamente. Mas basta ler algumas linhas a mais do Marco Civil da Internet para perceber se tratar mais de uma imprecisão no texto, algo que infelizmente acontece mais do que deveria nas leis brasileiras. No artigo 7º se fala não em privacidade, mas em intimidade e vida privada,

Nações Unidas, e a própria Presidência da República tiveram suas comunicações interceptadas. Imiscuir-se dessa forma na vida de outros Países fere o Direito Internacional e afronta os princípios que devem reger as relações entre eles, sobretudo, entre nações amigas. Jamais pode uma soberania firmar-se em detrimento de outra soberania. Jamais pode o direito à segurança dos cidadãos de um país ser garantido mediante a violação de direitos humanos e civis fundamentais dos cidadãos de outro país. Pior ainda quando empresas privadas estão sustentando esta espionagem. [...] Como tantos outros latino-americanos, lutei contra o arbítrio e a censura e não posso deixar de defender de modo intransigente o direito à privacidade dos indivíduos e a soberania de meu País. Sem ele – direito à privacidade - não há verdadeira liberdade de expressão e opinião e, portanto, não há efetiva democracia. Sem respeito à soberania, não há base para o relacionamento entre as Nações. Estamos, Senhor Presidente, diante de um caso grave de violação dos direitos humanos e das liberdades civis; da invasão e captura de informações sigilosas relativas às atividades empresariais e, sobretudo, de desrespeito à soberania nacional do meu País. Fizemos saber ao Governo norte-americano nosso protesto, exigindo explicações, desculpas e garantias de que tais procedimentos não se repetirão. [...] Por essa razão, Senhor Presidente, o Brasil apresentará propostas para o estabelecimento de um marco civil multilateral para a governança e uso da internet e de medidas que garantam uma efetiva proteção dos dados que por ela trafegam. Precisamos estabelecer para a rede mundial mecanismos multilaterais capazes de garantir princípios como: 1 - Da liberdade de expressão, privacidade do indivíduo e respeito aos direitos humanos. 2 - Da Governança democrática, multilateral e aberta, exercida com transparência, estimulando a criação coletiva e a participação da sociedade, dos governos e do setor do privado. 3 - Da universalidade que assegura o desenvolvimento social e humano e a construção de sociedades inclusivas e não discriminatórias. 4 - Da diversidade cultural, sem imposição de crenças, costumes e valores. 5 - Da neutralidade da rede, ao respeitar apenas critérios técnicos e éticos, tornando inadmissível restrições por motivos políticos, comerciais, religiosos ou de qualquer outra natureza.”

tal qual é utilizado pela Constituição Federal, além de sigilo e inviolabilidade das comunicações privadas, dados pessoais etc., ou seja, toda a gama de direitos que se abrigam sob o manto da privacidade. A privacidade é o gênero e o direito à proteção de dados pessoais é espécie. A única justificativa plausível e a mais óbvia é que, por se tratar de uma legislação cujo objetivo é tratar de assuntos vinculados à Internet, o legislador quis colocar a proteção de dados pessoais em uma posição de destaque.

É interessante notar que as diretrizes sobre privacidade que circulam pelo mundo desde os anos setenta influenciaram de alguma maneira o Marco Civil da Internet. Estes documentos internacionais traziam propostas a serem incorporadas pelas leis nacionais e tinham um conteúdo muito próximo, principalmente do que diz respeito aos princípios elencados por cada uma.

No artigo 3º do Marco Civil da Internet, justamente onde se encontram descritos os princípios que regem aquela lei, há uma abrangência maior quanto ao conteúdo dos princípios quando comparado com o conteúdo dos princípios presentes nas diretrizes internacionais. A maioria foi espalhada pela Lei n.º 12.965, principalmente no artigo 7º, sem a clareza que uma lei deste porte exigiria, já que veio para assumir um papel de pioneirismo na proteção dos dados pessoais. Talvez, por ser uma lei multitemática, a organização dos princípios acabou por jogá-los aqui e ali. Na tabela abaixo é possível comparar os princípios na forma em que estão dispostos nas principais diretrizes sobre privacidade informacional e no Marco Civil da Internet:

Quadro 02. Princípios sobre proteção de dados e privacidade.

Resolução (73) 22 do Conselho da Europa (1973)	Diretrizes OCDE (1980)	Privacy Framework APEC (2005)	Marco Civil da Internet (2014)
Atualização da informação armazenada; dados sensíveis não devem ser gravados, ou, se gravados, não disseminados.	Princípio da Limitação de Coleta. Impõe limites à coleta de dados pessoais e de qualquer outro dado.	Prevenção de danos. A proteção de informações pessoais deve ser concebida para coibir a sua má utilização.	Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.
A informação deve ser relevante e seu armazenamento é condicionado a uma finalidade específica.	Princípio da Qualidade dos Dados. Os dados devem ser relevantes aos fins que se destinam e se manterem atualizados.	Notificação. Dever de informação do controlador de dados pessoais.	Proteção da privacidade.
A informação não deve ser obtida por meios fraudulentos ou injustos.	Princípio da Finalidade. A finalidade para a qual os dados serão coletados deve ser especificada.	Limitação de Coleta. A informação pessoal deve ser relevante, obtida somente por meios legais ou com o consentimento.	Proteção dos dados pessoais.
Deve-se especificar o espaço de tempo em que as informações serão mantidas ou usadas.	Princípio da Limitação do Uso. Os dados não devem ser expostos, disponibilizados ou utilizados para fins diferentes dos especificados.	Uso da Informação Pessoal. Deve ser usada somente para o propósito pelo qual foi coletada.	Preservação e garantia da neutralidade da rede.
A informação não deve ser usada para outros propósitos sem autorização.	Princípio das Salvaguardas de Segurança. Os dados pessoais devem ser protegidos por razoáveis salvaguardas de segurança.	Escolha. Quando couber, o indivíduo deve ter poder de escolha quanto à coleta, uso e divulgação de suas informações.	Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.

Direito do indivíduo conhecer: a informação armazenada a respeito de si; o propósito para o qual foi gravada; e as particularidades de cada versão.	Princípio da Abertura. Transparência em relação ao controlador de dados.	Integridade da Informação Pessoal. A informação deve ser precisa, completa e atualizada.	Responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades.
Cuidado na correção de informações imprecisas e ao apagar informações obsoletas.	Princípio da Participação da Pessoa. Direito a conhecer se existem dados sobre si; de ser comunicado sobre esses dados; de contestar os dados sobre si, de os ter apagados, retificados, completados ou alterados.	Salvaguardas de Segurança. Os controladores das informações têm o dever de proteger os dados pessoais em seu poder, criando mecanismos de segurança adequados.	Preservação da natureza participativa da rede.
Precauções contra a má utilização da informação. Sistemas de segurança a proteger os bancos de dados.	Princípio da Responsabilidade. Responsabilidade do controlador de dados pelo cumprimento de medidas para tornar efetivos todos os princípios acima.	Acesso e Correção. As pessoas têm o direito a saber se existem informações sobre si; serem comunicadas sobre os dados pessoais a seu respeito, além de poder contestar as informações sobre si, para retificar, alterar ou excluir.	Liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet.
Acesso à informação pessoal limitado a quem tem uma razão válida para conhece-la.		Responsabilidade. O controlador das informações poderá ser responsabilizado pelo cumprimento destes princípios.	
Dados estatísticos devem ser liberados de tal forma que não seja possível a identificação de uma pessoa específica.			

A pobreza da Lei n.º 12.965 não é difícil de ser notada. Carece do básico, quando comparada com as diretrizes estrangeiras ou mesmo com as legislações que já existem há décadas em outros países. Quis se abraçar todos os problemas ligados a internet, mas sem dar uma resposta satisfatória a nenhum. É uma lei aprovada às pressas depois do ego ferido das autoridades brasileiras quando descobriram que eram alvos fáceis de espionagem. O Marco Civil da Internet, em que pese seu pioneirismo nacional, surge num momento de comoção, onde as teorias da conspiração a nível hollywoodiano pareciam se concretizar e o governo precisava dar uma resposta. O fez da maneira mais demagógica possível, ao pegar um projeto de lei cuja temática se arrasta desde os tempos da Assembleia Nacional Constituinte e o transformou rapidamente em uma lei que mais parece uma colcha de retalhos.

Definições básicas como dado pessoal e tratamento de dados pessoais somente apareceram no Decreto n.º 8.771, de 11 de maio de 2016, num dos últimos atos de Dilma Rousseff enquanto presidente do Brasil, que sofreria *impeachment* naquele mesmo ano.

O Marco Civil da Internet, ao contrário do que parece, não apresenta novidade. É, retrato do atraso e da incompetência dos legisladores em abordar temas tão caros ao desenvolvimento nacional e à proteção dos direitos individuais. Os ricos debates na década de 1980 não frutificaram na nova Constituição por um mero capricho de poucos, mas deveriam ser imediatamente retomados para elaboração de uma lei ordinária, o que só ocorreu depois do caso Snowden, em 2013. Debater sobre proteção de dados pessoais em uma população onde até o telefone era um bem acessível a poucos não tem nenhum atrativo para aqueles que são movidos

aos fins eleitorais. O cenário de três décadas depois é muito diferente: computadores e celulares inteligentes são instrumentos banais e acessíveis para grande parte da população, mesmo para as classes mais baixas. De repente, a privacidade informacional parece interessar a todos e o medo de vigilância pode ser explorado para conquistar o voto dos eleitores. A oportunidade perfeita para se resgatar um projeto antigo e maquiá-lo como novo.

5 AS TRÊS DIMENSÕES DA PRIVACIDADE

5.1 Privacidade, Liberdade e Dignidade

É necessário esclarecer um ponto. Na briga para definir o que é privacidade, grosseiramente se pode distinguir a escola americana, que insere a privacidade no contexto da liberdade; e a escola europeia, cuja tradição põe a privacidade sob a tutela da dignidade.

Uma invasão da privacidade pode se constituir como uma ofensa intrínseca contra a dignidade individual. Intrínseca porque causa dano independentemente das consequências circunstanciais advindas da conduta danosa. As ofensas contra a dignidade individual diferem das ofensas contra a liberdade individual. A autonomia se refere à capacidade de as pessoas criarem suas próprias identidades e deste modo moldarem suas próprias vidas. Já a dignidade se refere ao senso de respeito do indivíduo que se impõe a ele mesmo. Ao contrário da autonomia, a dignidade depende de normas intersubjetivas que definam as formas de conduta que constituem o respeito entre as pessoas. Põe-se num mesmo plano privacidade e dignidade fundamentando a privacidade nas formas sociais de respeito devido por uns aos outros como membros de uma comunidade. Assim entendido, a privacidade pressupõe pessoas que são incorporadas socialmente, cuja identidade e autoestima dependam do desempenho das normas sociais, das quais a violação constitui um dano “intrínseco”¹⁹⁸.

Se a privacidade é concebida como uma forma da dignidade, pressupõe-se um tipo particular de estrutura social na qual pessoas estão unidas por normas comuns que governam as formas de interação social.

De um ponto de vista teórico, a concepção da privacidade como liberdade é praticamente o inverso do conceito de privacidade como dignidade. A privacidade como liberdade pressupõe diferença ao invés de mutualidade; contempla o espaço no qual as normas sociais são suspensas ao invés de aplicadas; concebe a pessoa como um ser autônomo e que se define a si próprio, no lugar de um ser socialmente incorporado e atado em um feixe de normas comuns¹⁹⁹.

A privacidade como dignidade protege os aspectos socializados da personalidade. A privacidade como liberdade resguarda aspectos espontâneos, independentes e unicamente individuais da personalidade²⁰⁰.

¹⁹⁸ POST, Robert C. *Three concepts of privacy*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers. Acesso em junho de 2016, p. 2092

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 2095

²⁰⁰ *Ibidem*.

Privacidade é, como chama Solove, uma *umbrella word*²⁰¹, ou seja, uma palavra guarda-chuva, que abriga distintos direitos da mesma família. Dentro do rol (exemplificativo) dos direitos da privacidade, poder-se-ia destacar o direito ao sigilo, o direito à intimidade, o direito à imagem, o direito à honra, o direito à proteção dos dados pessoais.

Dworkin²⁰² ensina que a privacidade pode ser territorial, quando é legítimo que se faça o que se deseja num espaço demarcado; pode ser uma questão de confidencialidade, quando por exemplo, as pessoas podem manter suas convicções políticas na esfera privada; por último, a privacidade também significa soberania quanto a decisões pessoais. Isso quer dizer que, a depender do contexto, a privacidade se fará representar por alguma de suas manifestações (até mesmo podendo representar vários aspectos ao mesmo tempo).

Assim, num mesmo evento danoso, poderiam ser violados simultaneamente, *v.g.*, a intimidade e a honra, ou o sigilo e a vida privada. Seja numa forma mais próxima de sua concepção enquanto liberdade, seja enquanto dignidade, buscar identificar qual o direito lesado parece ser uma atividade possível quando identificado o bem jurídico violado, ou, para ser mais claro, identificar primeiro a atividade violadora da privacidade (etapa que confirma se é ou não uma violação à privacidade), situando o problema dentro de uma dimensão da privacidade, o que levará especificamente ao direito violado (etapa que indica qual o direito da privacidade violado) e então a consequência jurídica (responsabilidade civil, penal etc).

5.2 A Estrutura Tridimensional da Privacidade

Se é tomada em consideração determinada coisa como tendo por característica ser privada, isto quer dizer que alguém pode, por si próprio, controlar o acesso a esta coisa. Tomando o enunciado anterior inversamente, tem-se que a proteção da privacidade significa proteção contra o acesso indesejado à coisa por terceiros.

O termo “acesso” pode ter uma conotação física, direta, concreta, bem como uma conotação metafórica. Esta última se refere tanto ao controle que a pessoa tem sobre quem tem acesso às informações sobre ela, quanto ao controle que ela tem sobre quais pessoas têm capacidade de interferir ou intervir nas decisões que são relevantes para ela²⁰³.

²⁰¹ SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 74.

²⁰³ RÖSSLER, Beate. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015, posição 304.

Fala-se em controle de acesso à coisa, considerando a coisa como uma incógnita, uma variável “v”. Cada valor que se atribui a “v” irá definir uma dimensão da privacidade, que foram delimitadas em um universo de três, conforme o postulado no parágrafo anterior. Esta tridimensionalidade da privacidade é semelhante à ideia de dimensão da física clássica, como um parâmetro para descrição dos fenômenos observados em três dimensões espaciais (eixos x, y e z).

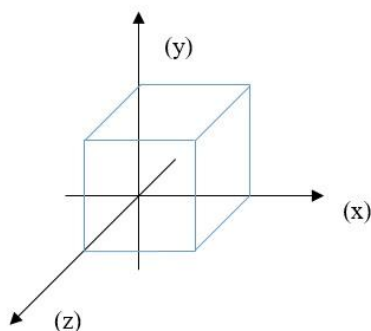
Quando o controle de acesso se refere a algo físico, como um quarto de uma residência em que a pessoa que o habita pode determinar quem pode lá entrar, está a se falar em uma dimensão espacial da privacidade.

O controle de acesso, quando faz referência a coisas intangíveis, pode ser dividido em dois tipos: um é relativo à proteção contra a interferência indesejada ou à heteronomia nas decisões e ações das pessoas, a dimensão decisional da privacidade; o outro é relativo à proteção da informação, a dimensão informacional da privacidade.

Seja em qual for a dimensão da privacidade em que se manifesta o controle de acesso, é necessário ter em mente que tais dimensões não existem de forma isolada. Pelo contrário, as dimensões coexistem, de forma que haverá situações onde será difícil dizer a que dimensão da privacidade determinado assunto diz respeito. É mais fácil visualizar isto no desenho abaixo: as três dimensões da privacidade são representadas pelos eixos x, y e z.

Todo assunto que diz respeito à privacidade pode estar localizado em algum ponto do gráfico, representando a dimensão a que pertence. Se é tomado o eixo x a representar a dimensão decisional da privacidade, o eixo y representando a dimensão informacional e o eixo z representando a dimensão espacial, pode ter algumas situações:

Figura 01.

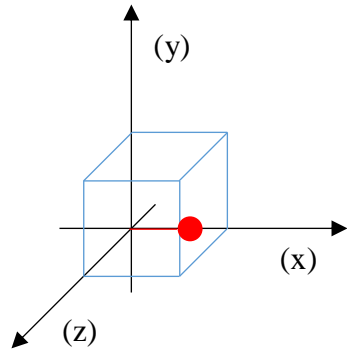


Em uma situação em que o assunto relativo à privacidade é puramente decisional apenas deslocará o valor de um eixo do gráfico (conforme propomos, o eixo x). Assim também ocorrerá

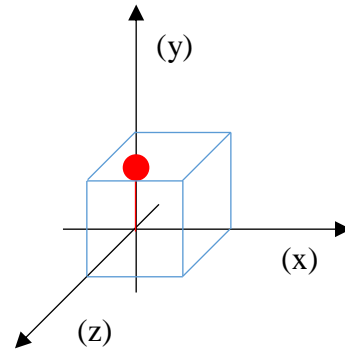
quando o assunto for puramente informacional ou puramente espacial, havendo no gráfico o deslocamento nos eixos y e z, respectivamente.

Situações puras (figuras 02, 03, 04 e 05):

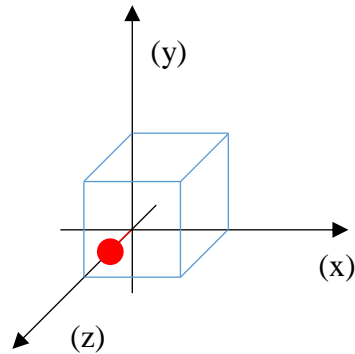
a) $x > 0; y = 0; z = 0$ (decisional)



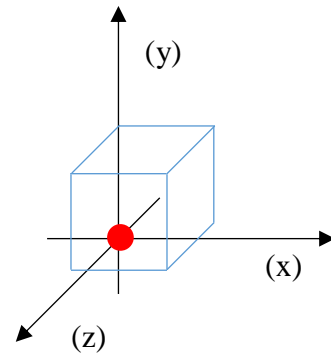
b) $x = 0; y > 0; z = 0$ (informacional)



c) $x = 0; y = 0; z > 0$ (espacial)



d) $x = 0; y = 0; z = 0$ (posição neutra)

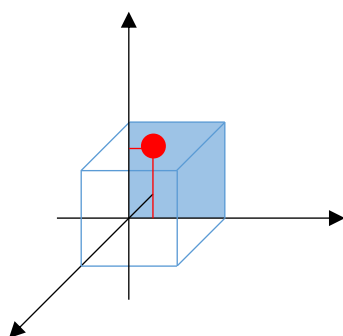


Podem ocorrer situações complexas em que se identifique mais de uma dimensão da privacidade, ou haja dúvida em qual dimensão determinado assunto se encaixa. Assim, mais de um eixo sofrerá alteração no gráfico, podendo até mesmo acontecer com os três eixos.

Situações impuras (figuras 06, 07, 08 e 09):

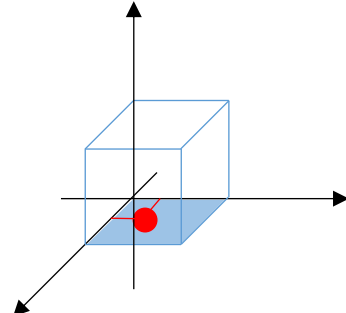
e) $x > 0; y > 0; z = 0$

(decisional e informacional)



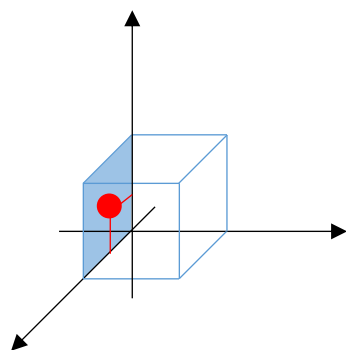
f) $x > 0; y = 0; z > 0$

(decisional e espacial)



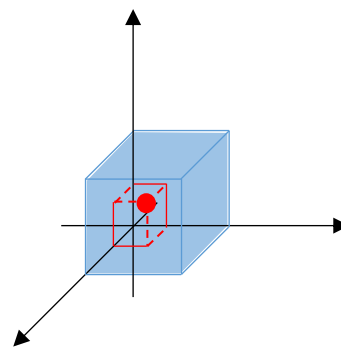
$$g) x = 0; y > 0; z > 0$$

(informacional e espacial)



$$h) x > 0; y > 0; z > 0$$

(decisional, informacional e espacial)



As três dimensões da privacidade formam no gráfico uma área semelhante a um cubo. Nesta área estarão todos os assuntos de privacidade, ficando nas arestas aqueles que estão puramente em uma dimensão da privacidade; em uma das faces do cubo, aqueles que dizem respeito a duas dimensões; e imersos dentro do cubo, aqueles relativos às três dimensões ou que não têm com clareza uma dimensão definida.

Agora que demonstrados graficamente o posicionamento das dimensões da privacidade, dar-se-á início à discussão de cada uma delas.

5.3 Dimensão Decisional

A privacidade em sua dimensão decisional é o tipo de proteção que se dá ao modo de vida do indivíduo, incluindo aí as suas escolhas, seus gostos, seus projetos, suas características. Tal proteção recobre certos tipos de comportamento em público, o estilo de vida e as decisões e ações mais fundamentais, como ir em determinada igreja ou o que estudar²⁰⁴. A estrutura desta dimensão da privacidade remonta a uma tradição da jurisprudência americana que fundamenta as liberdades reprodutivas, tais como o direito de usar métodos anticoncepcionais e o direito ao aborto, uma tradição que chega a confundir as chamadas liberdades civis com os direitos de privacidade.

É comum se ouvir que “política, futebol e religião não se discutem”. Essa expressão popular é geralmente invocada para cortar pela raiz uma possível discussão mais áspera, já que são assuntos que comumente colocam as pessoas em pontos diametralmente opostos.

²⁰⁴ RÖSSLER, Beate. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015, posição 2064.

Falar em política pode ser um passatempo comum a muitos, mas pode também trazer sérios problemas para o indivíduo. Por isso, muitos preferem deixar em segredo sua orientação política, a fim de evitar qualquer discriminação que seja.

A privacidade decisional estabelece um espaço de manobra no tráfico social que é necessário para a autonomia individual sem que haja interferência alheia. O indivíduo deve agir dentro da sua esfera de liberdade sem que se sinta intimidado pelos olhares indesejados. A pessoa não deve a ninguém explicação sobre suas decisões, sobre seu comportamento ou sobre o seu jeito de vida, muito pelo contrário, deve-se esperar moderação, reserva e indiferença dos outros em relação a tudo aquilo que não lhes disser respeito²⁰⁵.

A autodeterminação pessoal e a autonomia, neste ponto, significam o direito de ser o autor da própria história, ou seja, que a vida da pessoa não seja objeto de comentários, interpretações distintas da realidade por pessoas não autorizadas.

A privacidade em sua dimensão decisional nos protege de sermos mal interpretados ou julgados fora de contexto em um mundo em que as pessoas costumam prestar atenção superficialmente, um mundo no qual informação é confundida facilmente com conhecimento. O verdadeiro conhecimento sobre uma pessoa é produto de um processo lento de mútua relação²⁰⁶.

As relações sociais do indivíduo variam de grau, desde as mais próximas (família, amigos) às mais distantes (desconhecidos). Cada grau tem acesso a determinados aspectos da pessoa. A família conhece detalhes mais íntimos; colegas de faculdade conhecem um lado daquela pessoa, assim como os professores conhecerão outro. Um estranho olhará superficialmente, tendo na maioria das vezes a aparência da pessoa como única informação sobre ela. Cada relação destas é constituída através de diferentes aspectos da vida da pessoa e em cada uma dessas relações a privacidade protege aqueles aspectos que podem ser entendidos como não essenciais para a relação, e assim, irrelevantes. Se alguém contrata um advogado para que o represente em uma demanda contra um banco, pouco importará se o advogado é judeu, para que time torce ou se é homossexual. Na relação do cliente com o advogado, todos esses aspectos são dispensáveis, interessando apenas aqueles estritamente profissionais: qual a área de atuação do advogado, sua formação, reputação no meio profissional. Se este mesmo advogado saindo do fórum, atravessa a rua e vai comprar café na lanchonete, ao balconista só caberá saber qual o pedido e se tem dinheiro para pagar, nada mais. Aqui o advogado é apenas

²⁰⁵ RÖSSLER, Beate. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015, posição 2151.

²⁰⁶ ROSEN, Jeffrey. *The unwanted gaze: the destruction of privacy in America*. New York: Vintage Books, 2001, p. 8.

um freguês da lanchonete. Mas se ele, saindo dali, encontra-se com sua noiva para lhe propor casamento, certamente ela terá acesso aos aspectos mais reservados da vida deste advogado, que aqui será o noivo. Ainda assim, existirão determinados aspectos da personalidade que ficarão guardados somente para ele e com ele morrerão.

Religião é outro ponto polêmico, talvez o mais sensível desses três. O Brasil é um país reconhecidamente de maioria cristã, herança da colonização portuguesa. Mas há também presença de religiões de matriz africana, do islã, do judaísmo, das religiões de tradição indígena. Dentro do próprio cristianismo há uma maioria católica apostólica romana, ao lado do sempre crescente protestantismo, em suas mais variadas vertentes. Em suma, no Brasil se pode encontrar os mais variados tipos de confissões religiosas; há liberdade de culto, seja para escolher uma religião para si ou mesmo para não escolher nenhuma.

Ocorre que o indivíduo pode enfrentar problemas por conta da fé que professa. Alguns grupos religiosos não são bem visto por outros, outros grupos religiosos recriminam com veemência algumas atitudes individuais de forma até intolerante.

Desde os tempos mais remotos a religião tem sido um dos fatores utilizados para discriminação dos homens. A história bíblica confirma isso. Termos como o “povo escolhido” faziam uma distinção entre aqueles que seriam protegidos por Deus daqueles que seriam os inimigos, as nações que viviam em pecado. A prática religiosa estava entranhada em todos os aspectos da vida das pessoas, que eram marcadas por sinais distintivos de sua fé: os hebreus realizavam a circuncisão (retirada do prepúcio) como um sinal que os diferenciava dos gentios (os outros), não comiam certos alimentos e viviam sob regras rígidas de comportamento, como se pode observar no pentateuco.

Os judeus foram expulsos de suas terras pelos romanos (diásporas), muitos migrando para a Europa. Lá encontraram perseguição, acusados de serem os responsáveis pela morte de Jesus e de praticarem atividades condenadas pela igreja, como a usura. Houve uma perseguição sistemática durante a idade média, com a instauração da Santa Inquisição, que levou muitos à fogueira. Não apenas judeus, mas todos aqueles considerados “pecadores” indesejáveis, que colocariam em risco a fé dos crentes.

A reforma protestante questionou a autoridade papal, causando um novo cisma na igreja (o primeiro grande cisma ocorrera em 1054, que deu origem à Igreja Ortodoxa). O movimento iniciado por Martinho Lutero rapidamente ganhou adeptos, que numa época marcada pela intolerância severa, sofreram grande perseguição. O Massacre da Noite de São Bartolomeu, ocorrido em 24 de agosto de 1572 é um exemplo, em que a família real francesa, católica, ordenou a matança dos protestantes huguenotes.

As religiões de matriz africana sofreram repressão por parte do senhor, que não queria ver seu escravo envolvido com o que a igreja considerava “demoníaco”. Abolida a escravidão, as religiões dos ex-escravos continuaram enfrentando perseguição. Em Alagoas, aconteceu a Quebra do Xangô, ou a Quebra de 1912, evento marcado pela destruição de terreiros e perseguição dos seguidores das religiões afro-brasileiras. Os locais de culto foram devastados, objetos sagrados saqueados e queimados em praça pública e os pais e mães de santo espancados²⁰⁷.

Hoje, o extremismo islâmico é uma das maiores preocupações. Através de uma visão própria dos ensinamentos de Maomé (distorcida, segundo a grande maioria dos muçulmanos), grupos justificam atentados terroristas que ceifam a vida de milhares por ano. A Al-Quaeda foi responsável pelo atentado de 11 de setembro, nos Estados Unidos, deu origem ao grupo que se intitula Estado Islâmico, a mais temida organização terrorista que se tem notícia até hoje. Dentre as práticas do ISIS, sigla pela qual é conhecida, está a conversão forçada, em que as pessoas das cidades invadidas pelo seu aparato militar recebem a opção de se converter à corrente pregada pelos terroristas ou ir embora, abandonando todos os pertences para sempre. Isto quando não são executados sumariamente.

Grupos cristãos são feitos reféns, levados às praias e decapitados nas gravações dos vídeos que o ISIS usa como propaganda. Mulheres são feitas escravas sexuais, vítimas de estupro pelos jihadistas. Crianças são educadas para a guerra desde cedo. Ser descoberto cristão por este grupo é praticamente uma sentença de morte.

Falar do aspecto religioso leva a um outro tema, a homossexualidade. O ISIS aparece em vários vídeos arremessando para a morte pessoas que são apontadas como homossexuais do alto de construções. Consideram estas pessoas impuras, pecadoras e realizam esta “purificação”. Mas não só é o Estado Islâmico que persegue estas pessoas.

A homossexualidade sempre foi um assunto controverso, uma prática considerada pecaminosa, imoral e contrária à natureza por muitas religiões ao longo da história, como por exemplo a lei mosaica, na bíblia. Já em outras ocasiões, era considerada uma prática normal, como nos tempos dos gregos.

Na civilização contemporânea ocidental, em muitos ordenamentos a prática homossexual já foi ou ainda é considerada crime. A figura da extorsão surgiu a partir da ameaça de divulgação das práticas sexuais das pessoas. Ser exposto à público como um homossexual seria uma verdadeira morte social, e por isso, muitos ocultavam suas atividades dos olhos do

²⁰⁷ RAFAEL, Ulisses Neves. **Muito barulho por nada ou o “xangô rezado baixo”**: uma etnografia do “Quebra de 1912” em Alagoas, Brasil. *In: Etnográfica*, vol. 14 n. 2, 2010, p. 289-310.

público, enquanto outros bisbilhotavam a vida alheia em busca de qualquer indício de algo constrangedor para usar contra aquela pessoa em busca de dinheiro fácil. Os tribunais então, tiveram que criar um meio defender o interesse das pessoas contra este tipo de ameaça, nascendo assim o delito de extorsão.

Nos dias de hoje, é comum ver discussões nas mídias sobre questões entre religiosos conservadores *versus* homossexuais, ou melhor, o público LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros). Um grupo defende os valores mais conservadores, muitas vezes de forma que aparenta uma regressão nas conquistas já alcançadas em matéria de direitos humanos. O outro luta pela própria afirmação na sociedade, pela sua aceitação em paridade com os demais cidadãos. Apesar de que, às vezes o debate perde o foco, saindo do racional para o *nonsense*, resultando em episódios de intolerância de ambos os lados.

Tatuagens, piercings, penteados e cortes de cabelo. Todo tipo de característica própria da pessoa, resultado de suas escolhas de vida – sem sempre “escolhas”, às vezes são imposições mesmo – se revela como pontos sensíveis que podem ter repercussões diversas. Até mesmo o que a pessoa come pode vir a ser instrumento de discriminação e causa de olhares indiscretos. O “gordo”, aquele que come frituras, frequentador do McDonald’s e viciado em Coca-cola; o “magro”, comedor de alface e produtos orgânicos, adepto de todo tipo de dietas, o “chato natureba”; o vegano e o vegetariano; o intolerante à lactose; pessoas diabéticas; cultivadores do corpo perfeito nas academias de ginástica, consumidores de “whey”, a proteína do soro de leite. Tudo isso diz respeito à própria pessoa, seja através do exercício de sua autonomia (escolhas), seja de fatos alheios à sua vontade (v.g. doenças).

A privacidade pode ser violada não somente por comentários negativos, objeções e olhares indesejados, mas também pela interferência positiva, pela aprovação. Se alguém faz comentários sobre a roupa de outrem, ou se alguém elogia um pai que corrige seu filho na fila de um supermercado, por mais que seja um ato positivo, será uma interferência no modo de agir daquela pessoa.

O núcleo da privacidade decisional é garantir que a pessoa em sua integralidade seja capaz de viver uma vida tranquila. Assim, a privacidade decisional acaba abrangendo uma privacidade corporal também, já que a privacidade de uma pessoa pode ser violada não só quando são levantados questionamentos sobre seu jeito de viver, mas também quando comentários indesejados são feitos sobre o seu corpo²⁰⁸.

²⁰⁸ RÖSSLER, Beate. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015, posição 2261.

As atitudes que se esperam para que seja respeitada a privacidade decisional são a moderação, a reserva e até a indiferença. A essas atitudes podemos juntar outra, a tolerância. Geralmente, usa-se a palavra tolerância para um contexto em que os costumes e as ações dos outros encontram na pessoa desaprovação e antipatia; uma ideia contrária à dela, seja um posicionamento político, religioso ou a opinião sobre uma estrela da música *pop*. Mas tolerância, no contexto da privacidade decisional, quer saber a se uma dada pessoa permite que outra tenha influência em suas decisões pessoais. E essa influência não quer dizer que se dá apenas em aspectos negativos, mas também positivos, como um encorajamento, um elogio. Se uma moça passa numa calçada com roupas curtas, espera-se do homem que ali esteja indiferença quanto à roupa da moça. Se pessoas se sentam na mesa ao lado em um restaurante, é cabível simplesmente não prestar atenção²⁰⁹.

A proteção da privacidade em sua dimensão decisional tem um ponto de encontro com a dimensão informacional. Muitos dos assuntos que dizem respeito ao modo de viver da pessoa acabam virando dados, os chamados dados sensíveis, cuja proteção é uma das principais preocupações na chamada sociedade da informação. No próximo tópico será abordada a dimensão informacional da privacidade.

5.4 Dimensão Informacional

Um ponto de partida interessante para se tratar a privacidade informacional foi elaborado por Solove, que defende que a privacidade deve ser concebida de baixo para cima, ao invés de cima para baixo. Isso quer dizer que a privacidade deve ser olhada a partir dos contextos particulares, e não apenas como algo abstrato²¹⁰.

Solove elaborou o que ele chama de taxonomia²¹¹ da privacidade (*taxonomy of privacy*), para, segundo ele, dar um entendimento mais pluralístico da privacidade, focando nas atividades que podem criar e que criam problemas de privacidade. Para o autor americano, uma violação de privacidade ocorre quando determinada atividade causa problemas que afetam uma matéria ou atividade privada²¹².

²⁰⁹ RÖSSLER, Beate. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015, posição 2294.

²¹⁰ SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008, posição 131.

²¹¹ Taxonomia, segundo o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, significa a teoria ou nomenclatura das descrições e classificações científicas.

²¹² SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008, posição 1280.

Nesta taxonomia, existem quatro grupos básicos que representam atividades danosas: coleta de informação; processamento de informação; disseminação de informação; e invasão.

O primeiro grupo de atividades que afetam a privacidade é a coleta de informação, subdividida em *surveillance* (vigilância, consistindo em observar, escutar, registrar a atividade de alguém) e *interrogation* (interrogação, que consiste em várias formas de questionamento ou investigação em busca de informação).

O segundo grupo de atividades envolve o modo como a informação é armazenada, manipulada e utilizada, ou seja, o processamento de informação, que subdivide-se em *aggregation* (combinação de várias partes de dados sobre uma pessoa); *identification* (ligar a informação a um particular); *insecurity* (envolve a falta de cuidado em proteger a informação de vazamentos e acesso indevido); *secondary use* (uso de uma informação para um propósito diferente daquele para qual ela foi coletada); *exclusion* (não permissão do titular dos dados de saber sobre os dados que os outros têm sobre ele e participar no manejo e uso dos mesmos).

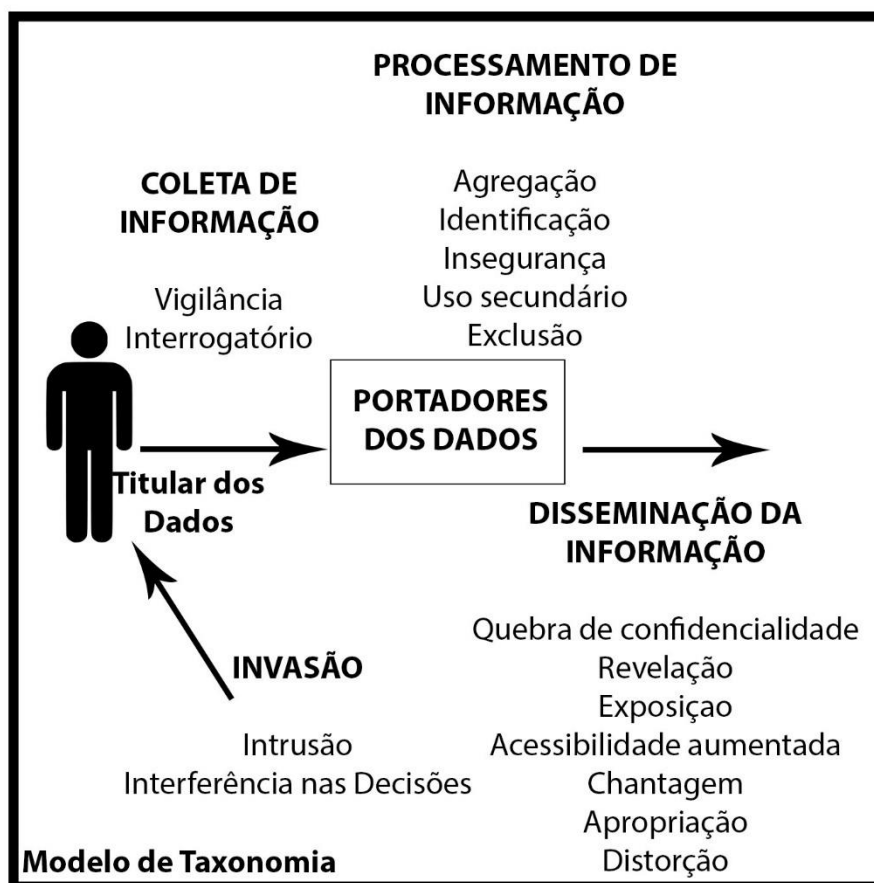
O terceiro grupo de atividades envolve a disseminação de informação: *breach of confidentiality* (quebra de promessa de manter uma informação pessoal em segredo); *disclosure* (revelação de uma informação verdadeira sobre uma pessoa que afeta o jeito com que os outros julgam sua reputação); *exposure* (envolve a revelação da nudez, do sofrimento ou de funções corporais de outrem); *increased accessibility* (forma de ampliar a acessibilidade à informação); *blackmail* (chantagem, ameaça em revelar informações pessoais); *appropriation* (envolve o uso da identidade do titular dos dados para servir a outros objetivos e interesses); *distortion* (consiste em disseminar informações falsas ou enganosas sobre indivíduos. Todas as formas de disseminação de informação envolvem a propagação, transferência de dados pessoais ou a ameaça de fazê-los).

No quarto e último grupo estão as atividades que envolvem as invasões nos assuntos particulares das pessoas: *intrusion* (envolve os atos invasivos que perturbam a tranquilidade ou solidão de alguém); *decisional interference* (é a incursão nas decisões do titular de dados em relação a seus assuntos particulares).

Solove apresenta o seguinte quadro²¹³:

Esquema 07.

²¹³ SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.



Solove organizou estes grupos em volta de um modelo que começa na pessoa a que se referem os dados, o indivíduo cuja vida é mais afetada diretamente pelas atividades classificadas na taxonomia. Desse indivíduo, várias entidades coletam informação, sejam elas outras pessoas, empresas ou o governo. A coleta de informação, por si só, pode configurar uma atividade danosa, apesar que nem toda atividade de coleta é perigosa ou cause danos à pessoa.

Os chamados “*data holders*”, aqueles que coletam os dados, fazem o processamento destes, ou seja, armazenamento, combinação, manipulação, busca e uso dos dados coletados, fase esta que Solove chama de processamento de informação.

Após o processamento, os *data holders* transferem para outros a informação ou a liberam, resultando na fase conhecida por disseminação de informação. Todo o caminho percorrido desde a coleta de informações até a disseminação da informação reflete o afastamento dos dados pessoais do controle do indivíduo. A cada fase, fica mais difícil exercer o controle sobre os mesmos.

O último grupo, referente às “invasões”, afasta-se dos grupos anteriores pelo fato que a informação aqui não é um elemento preponderante. A *intrusion* fica melhor inserida no contexto da privacidade espacial, enquanto que a *decisional interference* é a própria dimensão decisional da privacidade.

O autor tenta colocar num mesmo plano diferentes dimensões da privacidade para tentar de uma forma organizada, explicar a própria privacidade através dos problemas concernentes a ela. Discorda-se, aqui, desse tipo de organização apenas por colocar num mesmo lugar coisas diferentes. A teoria tridimensional da privacidade situa cada dimensão em seu devido lugar, e os problemas relativos à privacidade podem ser trabalhados nestas dimensões assim como Solove propõe, apenas sendo adaptadas algumas coisas. O modelo de Solove pula a fase em que se reconhece em qual dimensão da privacidade se situa o problema, muito em razão de o perfil de privacidade abordado pelo autor é basicamente o informacional, sendo os demais matices diluídos nele, como, por exemplo, ao citar os problemas agrupados sob o título de “invasão”, o autor insere a “interferência nas decisões”, que neste trabalho faz parte da privacidade decisional.

Na maioria das vezes, quando se diz que um indivíduo sofreu uma violação da privacidade, na verdade, o que se está querendo dizer é que ocorreram várias violações em vários direitos da privacidade, e até em dimensões diferentes desta. Uma pequena postagem em uma rede social pode facilmente ferir o direito à honra, à imagem, à proteção de dados pessoais, à intimidade etc. O que importa é que além daquilo que se protege enquanto se fala de privacidade na Internet, num contexto da dimensão informacional, a partir do momento em que se interfere na vida da pessoa com alguma daquelas violações, de modo a alterar seu modo de vida, essa interferência se passa na dimensão decisional. Tendo determinada violação à privacidade alcançado mais de uma dimensão, a resposta do Direito deve levar em conta isso.

Os problemas da privacidade se situariam nos pontos, nas interseções das dimensões da privacidade, o que dá liberdade para se trabalhar determinado assunto de modo muito mais organizado e eficiente que o proposto por Solove. É muito mais apropriado examinar um caso de violação de privacidade, primeiro, a partir do próprio caso (por exemplo, se houve vazamento de dados, se uma foto foi publicada sem autorização, se alguém foi acusado injustamente de um crime numa postagem de rede social etc), segundo, localizando o problema dentro das dimensões da privacidade que lhe são pertinentes (se vazamento de dados, na dimensão informacional; se calúnia, dimensão decisional), de forma a encontrar se houve de fato violação e qual o direito violado (honra, imagem, intimidade etc), para então advir a consequência jurídica adequada.

5.5 Dimensão Espacial

Quando se fala da dimensão espacial da privacidade, volta-se àquela que é a mais tradicional dimensão da privacidade de todas, aquela dimensão original, de onde todo assunto relativo à privacidade se originou. É a privacidade do lar, a privacidade de um cômodo da casa, de um determinado lugar físico.

A vida privada dentro de espaços protegidos segue uma dinâmica diferente da vida que se leva exposta a olhares de qualquer um que se cruza o caminho. A proteção do lar dá a liberdade necessária para se viver uma vida digna, permitindo que cada um desenvolva sua personalidade como bem lhe aprouver.

O oposto dessa liberdade é a casa do teto de vidro dos regimes totalitários. É uma expressão que mostra como nesses regimes o homem era tratado: se não praticava nada de errado, não tinha motivo para se esconder e por isso sua privacidade era facilmente deixada de lado pelo interesse do Estado em se imiscuir na vida privada de seus cidadãos. Saber o que cada um pensa, o que faz no seu recinto é uma forma de poder, de dominação.

Saber que o indivíduo presta culto doméstico para determinada religião foi muito útil aos nazistas para o seu plano de extermínio dos judeus. O indivíduo poderia andar na rua normalmente, como qualquer outro cidadão, fazer negócios, pagar seus impostos, isso tudo sem revelar qual sua crença, ou seu povo de origem. Já dentro de seu lar, toda a tradição religiosa se manifestava, suas orações, o respeito ao *sabat*. Por mais que tudo se passasse dentro do lar e não afetasse a terceiros, aos olhos do *Führer* aquilo era a maior ofensa ao povo alemão. E assim milhões de judeus foram mortos sistematicamente pelo aparelho nazista.

Entender que a casa do homem é o seu castelo é admitir que deve haver um espaço físico que seja um ambiente de proteção à personalidade, onde o homem exercitará sua liberdade como forma de autorrealização.

O termo “privacidade espacial” acaba não revelando toda a riqueza desta dimensão da privacidade. A vida doméstica vai além de um mero espaço. Aqui há o encontro das dimensões espacial e decisional. O espaço doméstico é onde podemos, por excelência, praticar livremente nosso modo de viver.

No ordenamento jurídico brasileiro, como acontece com outras dimensões, a dimensão espacial não ganha a importância devida, sendo muitas vezes reduzida à “intimidade”. Talvez onde seja mais estimada seja na seara penal, principalmente no que diz respeito ao ingresso em domicílio pela autoridade policial, tema que causou polêmica pela recente decisão do Supremo

Tribunal Federal no RE 603.616²¹⁴, com repercussão geral, de 5 de outubro do 2015 em que a questão era se os policiais poderiam adentrar domicílios para apreender drogas sem mandado judicial e quando o poderiam. Fixou o plenário do STF o seguinte ao negar o recurso:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

Sem aprofundar no assunto tratado pelo Supremo Tribunal Federal, fica clara a relevância do tema, pois, embora a situação que desencadeou o processo seja a de uma apreensão de drogas, discute-se um direito fundamental, presente na Constituição como inviolabilidade da casa do indivíduo. Se um policial entra na casa de uma pessoa sem mandado e não comprovar fundadas razões que indiquem o flagrante delito, nos termos da decisão do STF, restará violado, é claro, o direito de privacidade do indivíduo em sua dimensão espacial (a entrada sem consentimento já o viola, mas sem consequências quando nos termos do Supremo), que irá apontar para o direito previsto no inciso XI do artigo 5º da Constituição, além de a violação poder perfeitamente avançar a outras dimensões da privacidade, violando outros direitos da personalidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XI, diz que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Durante sua gênese, a Constituição chegou a possuir nos textos dos seus anteprojetos uma parte reservada à privacidade, dentro da qual continha a previsão à proteção da casa, que posteriormente ficou em um inciso solto no artigo 5º em sua redação final.

A proteção à casa prevista no inciso XI não é a mesma dada pelo direito de propriedade. São duas coisas completamente diferentes. A inviolabilidade da casa é direito de privacidade, protege o ambiente privado do lar, as relações que ali se desenvolvem livres do julgamento social. Não se trata do direito ao bem que é o imóvel, mas do reino de liberdade que representa para aqueles que ali vivem, que ali se realizam dignamente.

Não é à toa que o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos menciona em seu artigo 17, que trata de vários direitos da privacidade, que ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em seu domicílio; e o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 11, sobre a proteção da honra e da dignidade, diz que ninguém pode ser objeto de

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616 Rondônia. Reclamante: Paulo Roberto de Lima. Reclamado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator Min. Gilmar Mendes. Acórdão 5/11/2015. Vencido Min. Marco Aurélio.

ingerências arbitrárias ou abusivas no seu domicílio, dentre outros direitos da privacidade também mencionados.

Aliás, já abordado no item 4.2.2, o caso *Masacres de Ituango Vs. Colombia* da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de suma importância para o reconhecimento de uma dimensão espacial da privacidade. A Corte assentou naquele caso, que não se pode afastar da ideia de domicílio a ideia de vida privada, já que estão intrinsecamente ligadas. A casa é o ambiente vital para o desenvolvimento da vida privada

Algumas normas do direito interno visam a proteção da privacidade em sua dimensão espacial, como nos limites impostos ao direito de construir, no Código Civil:

Art. 1.301. É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

§ 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros.

§ 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

A proibição do artigo 1.301 estabelece uma distância mínima para a construção de janelas, varandas etc em relação ao terreno vizinho. Assim, busca-se uma convivência harmoniosa entre os moradores de cada casa, evitando o intrometimento na vida alheia através da diminuição do contato físico entre cada lar, bem como os olhares indiscretos. De modo semelhante, o artigo 1.303 trata do tema em relação à zona rural: “Na zona rural, não será permitido levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho.”

5.6 A Quantificação do Dano por Violação a Direito da Privacidade

Uma vez conhecido o que é privacidade, faz-se necessário trazer agora a discussão sobre as consequências que uma ofensa pode trazer, tanto para o ofensor quanto para o ofendido. O que a responsabilidade civil terá a oferecer como resposta à violação de privacidade? Poderá ser cogitada de modo preventivo?

Foram traçados, ao longo dos capítulos que antecederam, linhas sobre o que é a privacidade e quais suas possíveis formas de ofensas. Diz-se linhas, porque não se espera ter formado um conceito sólido, ou estanque, mas sim líquido, fluido. Como apresentado, a privacidade é uma das palavras mais multifacetadas que se pode trazer ao debate, com seus vários sentidos atribuídos em vários tempos e por várias culturas.

A privacidade pode ser entendida melhor quando dividida em três dimensões distintas, porém complementares (decisional, informacional e espacial). Em cada uma dessas dimensões se pode identificar os problemas a elas relativos e, a partir daí, localizar o direito lesado.

Esse modelo tridimensional da privacidade tem outra utilidade, que é permitir um melhor detalhamento de cada problema relativo à privacidade e assim chegar, de forma mais precisa, à extensão do dano. Assim, feito este caminho, descobrir como reparar o dano à privacidade passa a ser uma atividade mais próxima do caso concreto, atenta às várias peculiaridades deste. Evita-se, desse modo, que a busca da reparação seja lastreada em ilações generalistas e que ocorra um tabelamento informal do *quantum* indenizatório.

O primeiro filtro a ser utilizado na aferição da extensão do dano será o das dimensões da privacidade. Quando se diz que a privacidade foi violada, procura-se o problema a ela relativo: uso indevido da imagem, divulgação não autorizada de dados, intromissão no modo de vida da pessoa etc. A partir daí, verifica-se em quais dimensões este problema estará localizado. Toma-se o exemplo do uso indevido da imagem.

Desde os tempos de Warren e Brandeis que este problema vem sendo levantado, sendo, inclusive, o grande motivo pelo qual o seu artigo fora escrito. Uma imagem publicada sem o consentimento da pessoa é, inicialmente, um problema situado na dimensão informacional. Analisando puramente a fotografia, reprodução gráfica da constituição física da pessoa, verifica-se que ela, a fotografia, pode ser um dado. Este registro da pessoa também pode, naturalmente, se dar através de um vídeo ou áudio, dentre várias outras formas mais modernas, como GIFs²¹⁵, hologramas e realidade virtual (RV, ou VR em inglês). Todas estas formas compõem aquilo que o direito trata por imagem no contexto dos direitos da personalidade (representação da figura do ser humano), e não se confundem com aquela noção usada coloquialmente de imagem-atributo, que é nada mais que a imagem que o indivíduo passa para a sociedade, sua honra, seu bom nome.

Essa mesma imagem pode, além de uma mera representação da pessoa, revelar informações que afetem o modo de vida daquela, constrangendo-a, limitando sua liberdade, causando intenso sofrimento. Isso pode acontecer caso a imagem revele aquilo que a pessoa costuma manter para si, dados sensíveis como orientação sexual, credo religioso, preferência política etc. Quando houver qualquer agitação que afete o modo de vida da pessoa, está se falando da dimensão decisional.

No primeiro caso, vista de forma isolada, a publicação de imagem sem o consentimento da pessoa, por si só, já é apta a configurar dano. Aqui, estaria localizado o problema apenas em uma dimensão da privacidade, a dimensão informacional. Identificado o problema e a dimensão

²¹⁵ *Graphics Interchange Format*, formato para intercâmbio de gráficos, muito usado para imagens animadas e bastante popular entre usuários de redes sociais.

onde se situa, pode-se apontar os direitos violados: o direito à imagem e, possivelmente, o direito à proteção de dados, a depender do meio utilizado.

Se a imagem, além de ser publicada de forma indevida, carregar em si informações que, quando divulgadas, possam afetar a dignidade da pessoa, ou seja, que possam identificar a pessoa como pertencente a determinado grupo, ou como praticante de determinada religião, ou nos afazeres de sua vida doméstica, de modo que a pessoa sofra uma interferência externa no seu modo de agir, decorrente dessa identificação, estamos falando em privacidade decisional. Nesta dimensão, é possível ligar os problemas de privacidade a outros direitos da personalidade, como o direito à honra, o direito à intimidade, o direito à vida privada.

5.6.1 O problema da generalização da violação a direito da personalidade: consequências para os direitos de privacidade

A partir da ideia de que o dano moral é aquele decorrente da violação a direito da personalidade, a aferição da extensão do dano ocorrido nos direitos de privacidade começa pela dimensão afetada. Um dano que está presente em mais de uma dimensão deve ser tratado diferente daquele que atingiu somente uma.

Um dos grandes problemas que o judiciário brasileiro enfrenta é a dificuldade no arbitramento das indenizações para os danos morais. O que acontece, na prática, é tudo aquilo que não representa a busca pela dignidade da pessoa humana. Muito mais fácil para o magistrado arbitrar, *v.g.*, uma indenização por dano moral em cinco mil reais por uma “violação a direito da personalidade”, “violação à intimidade” (usada aqui de modo genérico), “ato ilícito”, do que especificar aquilo que realmente sofreu uma lesão.

A proteção da pessoa humana deve levar em conta que a pecúnia não é o elemento mais eficaz para reparar aquilo que não tem aspecto patrimonial. Fala a doutrina em compensação, uma palavra mais bonita usada justamente porque aquilo que não têm valor econômico não pode ser reparado pelo dinheiro. Algumas coisas na vida não se compram, mas podem ser perdidas e, uma vez perdidas, não há como recuperá-las. Mas podem, para consolo de quem as perdeu, ser compensadas por outras coisas.

O modelo atual de compensação lembra aquele pai, que focado quase que inteiramente no trabalho, deixa a família em segundo plano e, para compensar sua ausência, dá presentes suntuosos aos filhos, que infelizmente, não disfarçarão da convivência paterna. Tal qual este pai, o Estado-juiz vem procedendo na tutela dos direitos da privacidade. Se a pessoa tem sua

intimidade ferida, na melhor das hipóteses terá um “presente suntuoso” para compensar o dano sofrido.

A indenização deveria acompanhar a (re)personalização do direito civil. Se a pessoa agora é o centro do Direito Civil e não mais o patrimônio, a tutela dos direitos da personalidade parece incompleta quando reconhece estes direitos, garante a indenização quando violados, porém, esta indenização ressuscita o espírito patrimonialista do código de 1916.

Isso não quer dizer que a indenização em forma de pecúnia deva ser abandonada *in totum*. Haverá situações onde será mais adequada uma indenização em dinheiro, outras situações em que uma obrigação específica trará melhores efeitos para o ofendido, e outras ainda em que uma indenização pecuniária poderá perfeitamente ser cabível ao lado de uma indenização não pecuniária.

Não se pode deixar de considerar também que a cultura jurídica brasileira, por mais que se incentive os métodos alternativos de resolução de conflitos, preza o litígio, e que falar em indenização não pecuniária talvez soe como um sonho utópico para a grande maioria dos profissionais. Essa cultura do litígio faz com que as pessoas vejam a indenização não como uma forma de retorno a um estado anterior, mas como uma forma de vingança para com o ofensor, a satisfação em ver o patrimônio daquele sendo diminuído.

Se para a pessoa, enquanto parte em uma ação de indenização por danos morais em decorrência da violação de direitos da privacidade, é difícil pensar em algum modo que não seja o dinheiro a resolver seu problema, para o advogado que a patrocina e para o juiz da causa, que estão atarefados não somente com aquele determinado processo, fica muito mais fácil resolver a questão por uma indenização pecuniária. O dinheiro é tátil, mercadoria por excelência, que por qualquer outro bem que tenha preço pode ser trocada. Mas a privacidade, enquanto direito da personalidade, não tem preço.

5.6.2 A extensão do dano a direito da privacidade

Um procedimento semelhante ao demonstrado nos tópicos anteriores sobre as dimensões da privacidade poderá revelar com melhor precisão a extensão do dano a direito da privacidade, auxiliando assim na fixação da indenização.

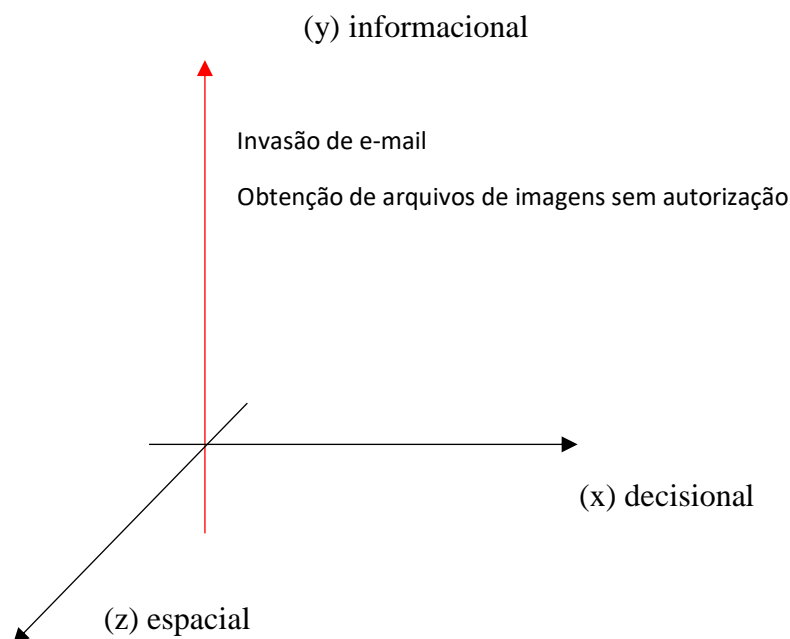
A partir do gráfico cartesiano de três eixos (x, y, z), cada qual representando uma das dimensões da privacidade, demonstrar-se-á cada passo que o operador jurídico deve tomar, desde a localização do problema relativo à privacidade em uma dimensão até chegar nos direitos da privacidade lesionados no caso concreto.

a) Primeira Fase:

Na primeira fase, identifica-se o problema relativo à privacidade:

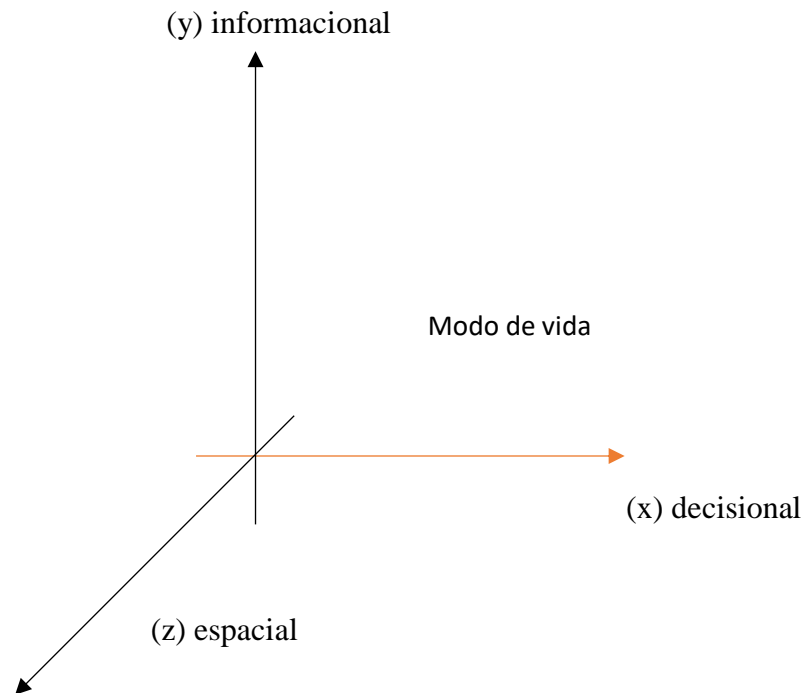
Exemplo: uma mulher tem o e-mail invadido e fotos íntimas são divulgadas na internet.

Figura 10.



No gráfico acima, os dois problemas apresentados no caso são afeitos à dimensão informacional da privacidade. Alguém invade a conta de e-mail de outra pessoa, tem acesso a dados sem autorização, faz cópia desses dados, mas não contente, divulga tais dados. Acontece que esses dados correspondem a arquivos de imagens de uma moça (personagem fictícia) em poses sensuais. Não é difícil imaginar a situação. Na atualidade, é muito comum se fazer ensaios fotográficos, profissionais ou não, exaltando a beleza do corpo. O nu artístico está presente na humanidade há séculos. Mas neste caso, a moça tinha as fotos de seu ensaio sensual armazenadas digitalmente na “nuvem”, como acontece com serviços como o Google Drive, Onedrive ou Dropbox, ou até mesmo salvo em mensagens de e-mail, à moda “antiga”. As fotos não eram públicas, eram para contemplação própria, a moça se sentia bem naquelas fotos, era um desejo seu, no máximo compartilhado com um companheiro ou uma amiga íntima. Mas agora suas fotos estão nas mãos de alguém que as copiou ilegalmente e que as divulgou. O conteúdo das fotos pode afetar o seu modo de viver daqui para frente, tendo que conviver com a exposição, podendo se sentir humilhada, ultrajada com o que aconteceu. Pode ser alvo de gracejos, cair nas redes sociais e virar um meme. Sua vida pode se tornar um inferno. Ao afetar o modo de viver da moça da nossa história, sua capacidade de decidir sobre sua própria vida fica comprometida. Tem-se aqui a dimensão decisional da privacidade:

Figura 11.



b) Segunda fase.

Duas dimensões da privacidade foram identificadas: a decisional e a informacional.

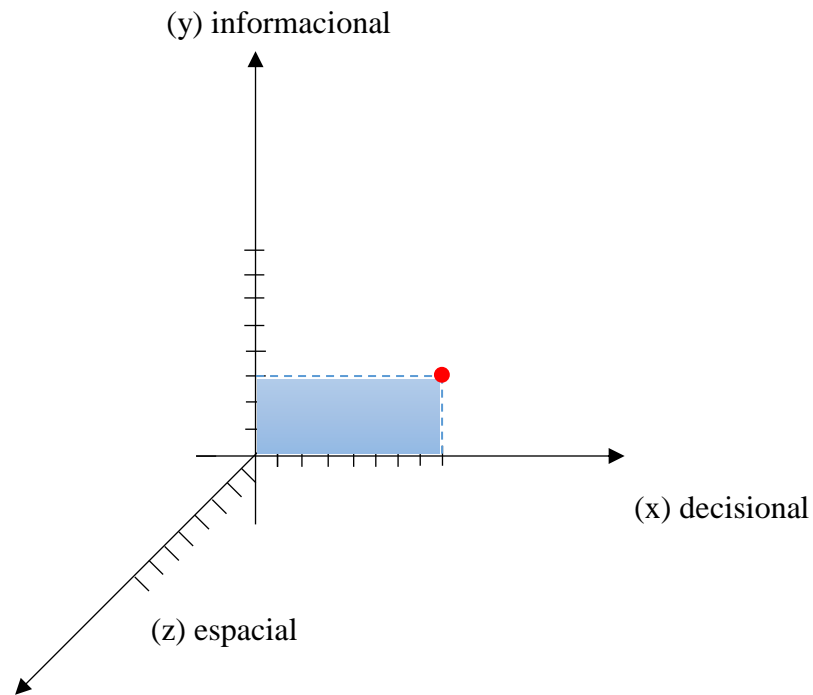
Localizados os problemas em suas devidas dimensões, importa notar que, apesar de ser possível, nem sempre estes problemas irão fazer a exata correspondência com algum dos direitos de privacidade. O que pode ocorrer com frequência no caso concreto é que uma conduta descrita como parte do problema corresponda a mais de um direito da privacidade e até mesmo tenha uma certa fluidez entre as dimensões.

Exemplo claro é a divulgação de dados sensíveis, que pode se referir à violação de direito à honra, à imagem, à intimidade, à inviolabilidade dos dados, além de transitar entre as dimensões decisional e informacional.

No gráfico, a presença de problemas que afetam duas dimensões resulta numa coordenada do tipo “ $x > 0$; $y > 0$; $z = 0$ ”. A coordenada encontrada no exemplo acima, o valor zero se refere ao eixo “z”, privacidade espacial, que não foi afetada neste caso.

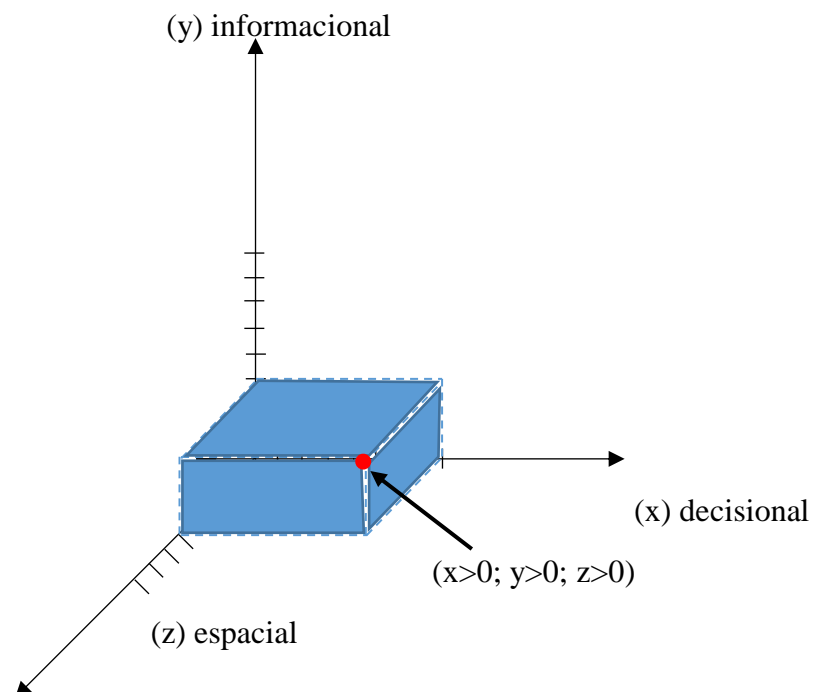
Esta coordenada resulta no gráfico em um polígono, figura geométrica plana, neste caso um quadrilátero, cuja área reflete a possível extensão do dano causado na privacidade:

Figura 12.



Se, no caso em comento, pudéssemos verificar a existência de algum problema relativo à dimensão espacial, o gráfico ficaria um pouco diferente, já que assumiria também o eixo “z”, que deixaria de ter valor igual a zero, sendo representado por uma coordenada do tipo “ $x > 0; y > 0; z > 0$ ”. Supondo que a violação da privacidade física se deu a partir da entrada do ofensor sem autorização na residência da ofendida, onde realizou os atos anteriormente descritos, e mais, captando imagens “in loco”, por exemplo, o gráfico ficaria assim:

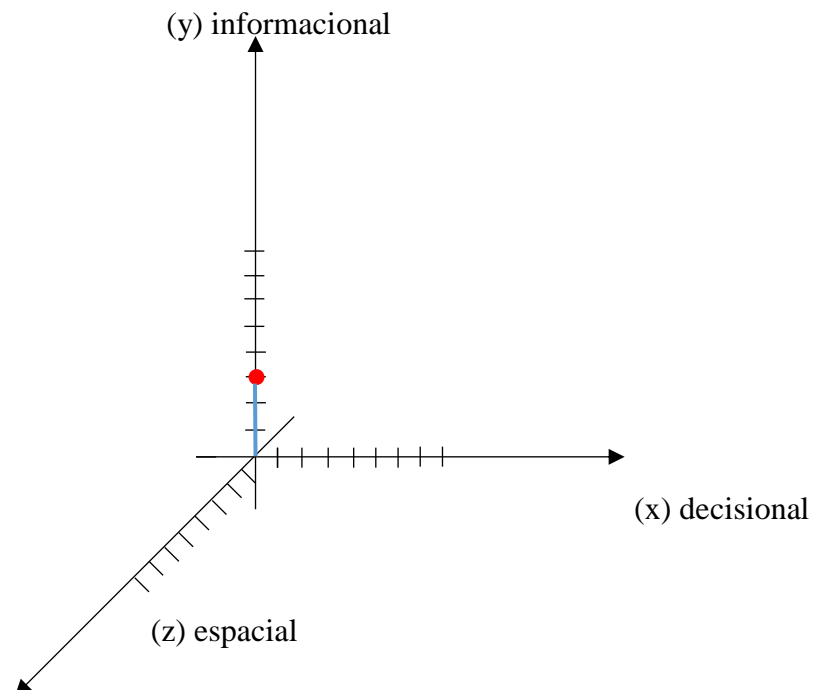
Figura 13.



A figura formada no gráfico quando se incluiu a dimensão espacial, utilizando o eixo “z” é a de um poliedro, sólido geométrico, tridimensional. A figura mostra que o acréscimo de um eixo no gráfico (pelo acréscimo de um problema de mais uma dimensão) aumenta consideravelmente a gravidade da situação como um todo, o que deverá refletir na indenização.

Da mesma forma que foi acrescentado o eixo “z” para representar uma violação nas três dimensões, conforme o exemplo, pode-se retirar dois eixos para representar uma situação onde houve um problema apenas em uma das dimensões, uma situação pura. Para simplificar, será usado o mesmo exemplo, mas agora imaginando que apenas tenha ocorrido um acesso não autorizado a dados hospedados na “nuvem” e a cópia ilegal dos mesmos:

Figura 14.



O problema aqui se localiza numa única dimensão, a dimensão informacional, representada pelo eixo “y”. A representação no gráfico está a cargo de uma reta, uma linha. Caso ocorresse uma situação pura como esta em qualquer das dimensões, a representação no gráfico seria similar a esta, alterando-se somente o eixo conforme a dimensão da privacidade.

Há, ainda, de se levar em conta outras circunstâncias do caso concreto, como o abuso de confiança (se quem teve acesso aos dados era alguém próximo da vítima); se a conduta foi reiterada; se o material obtido ilegalmente resultou em algum proveito econômico ao ofensor, como ocorre muitas vezes no mercado negro a venda de imagens e vídeos íntimos obtidos por meios escusos; se o material foi obtido por meio de violência, ameaça ou algum outro artifício,

como o uso de engenharia social. Existem tipos de golpe aplicados através da Internet em que se “sequestra” o conteúdo do disco rígido da vítima, exigindo dinheiro ou outros favores como resgate. Pessoas caem nas armadilhas dos encontros virtuais falsos, expondo sua intimidade para quem achavam ser um par romântico, o que muitas vezes acaba se revelando ser uma outra pessoa totalmente diferente, que pode se utilizar das imagens obtidas para obrigar a pessoa a se expor mais ainda. É comum a venda desse tipo de material absurdo em lojas da Deep Web, a parte da Internet onde estão os segredos inacessíveis ao usuário comum, que requer conhecimento específico para a navegação, chegando a ser considerada até mesmo um “território” sem lei.

c) Terceira fase.

Os desenhos nos gráficos são úteis para ilustrar o problema da extensão do dano em decorrência de violação a direito da privacidade. São representações visuais da gravidade de cada situação, representam aquilo que é o mais lógico: cada problema relacionado à privacidade deve ser analisado individualmente antes de qualquer análise em conjunto. Cada conduta em cada situação importa e deverá ser levada em consideração no momento da quantificação do dano.

Verificados os problemas somente em uma dimensão, podemos dizer, pela configuração do gráfico, que o dano foi linear (é representado por uma reta), ou unidimensional. Sua extensão encontra limites na sua própria dimensão. É o mais simples de se visualizar e encontrar o direito violado correspondente.

Quando a situação levar à duas dimensões da privacidade, o dano neste caso será superficial, no sentido de que no gráfico se apresenta em forma de superfície, em um plano (representado por um polígono); é bidimensional. As condutas descritas na situação podem se enquadrar nas duas dimensões, ou, havendo mais de uma conduta (ou mais de um problema, para ser mais genérico), cada uma fazer referência a uma dimensão específica.

Se a situação envolver as três dimensões da privacidade, teremos a representação de um dano volumétrico (representado no gráfico por um poliedro), tridimensional. Da mesma forma que na situação bidimensional, os problemas descritos aqui poderão se referir à todas as dimensões ou cada um à sua específica. Esta é a situação mais complexa das três, onde as condutas de cada problema da privacidade, ainda que não tão graves isoladamente, devem ter a gravidade aumentada em virtude da ubiquidade nas três dimensões.

6 CONCLUSÃO

No capítulo 2, foi vista a evolução do Direito Civil até o movimento de repersonalização e a constitucionalização, culminando no reconhecimento dos direitos da personalidade. Dentre tais direitos, pode-se destacar um subgrupo que reúne vários outros direitos unidos por laços familiares. São os direitos da privacidade.

Tais direitos, enquanto direitos da personalidade, receberam tratamento diverso pela doutrina e jurisprudência desde o seu aparecimento na Constituição de 1988, gerando conflitos conceituais e terminológicos. Uma das confusões mais comuns ocorre entre os termos “privacidade”, “intimidade” e “vida privada”. Privacidade representa o gênero, enquanto intimidade e vida privada, a espécie.

Embora haja certa tendência na doutrina em tratar sem distinção a intimidade e a vida privada, há de se ressaltar a necessidade de localizar estes termos em âmbitos diferentes da privacidade. Para isso, a teoria das esferas de Hubmann fornece um suporte inicial: Hubmann dividia a personalidade em três âmbitos distintos (esfera do segredo, esfera privada e esfera individual). No centro, a esfera do segredo gozava de mais proteção que as camadas mais externas.

Apesar da crítica sobre a obsolescência da teoria de Hubmann por ser inadequada aos problemas modernos da privacidade, como a proteção de dados pessoais, ela fornece uma base sólida para a diferenciação das esferas da privacidade, podendo ser adaptada às necessidades do Século XXI. Assim, a primeira modificação nesta teoria é em relação aos limites de cada âmbito da privacidade, que, ao invés de serem fixos e impenetráveis, são flexíveis e permeáveis. Os assuntos que dizem respeito à privacidade podem fluir entre os âmbitos de proteção de acordo com o caso concreto, aumentando ou diminuindo o nível de proteção à privacidade.

A questão da intimidade tem uma íntima relação com a fluidez dos assuntos de privacidade nos seus âmbitos, transformando aquilo que é íntimo, ou seja, do âmbito de proteção maior, em algo que é compartilhável, sem perder por isso, a proteção da privacidade. O que pode ocorrer é uma mudança no âmbito de proteção, de um mais rígido a um mais flexível, que pode ser entendida como uma disponibilidade relativa de um direito da personalidade, em função da realização da própria pessoa enquanto ser humano.

A honra também é considerada como um dos direitos da privacidade, inclusive mantendo uma relação estreita com o a intimidade e com a vida privada. Através da honra se protege a verdade, o decoro e a reputação das pessoas. Na sociedade da informação, uma palavra ganha destaque, mantendo uma relação com a honra: a pós-verdade. Em nome de paixões e crenças pessoais, as pessoas começaram a se deixar levar por meias verdades e mesmo

as mentiras, em detrimento dos fatos objetivos. Essa “verdade” em que cada um acredita piamente ser o único a ter razão acaba por fragilizar o direito à honra das pessoas pela limitação do direito à verdade, corolário do direito à honra. Mas isso não quer dizer que está aberta uma brecha para se lesionar a honra das pessoas, pois, independentemente do direito à verdade, o direito à reputação permanece inabalado. Não interessa se o que se alega de uma pessoa é verdade ou não (ou mesmo uma pós-verdade), a reputação pode ser ofendida independente disto, a depender do contexto.

No capítulo três, discute-se o que é a privacidade, desde seu conceito original, lá dos Estados Unidos do século XIX, enquanto direito de ser deixado em paz ou direito de estar só, até o modelo de privacidade europeu surgido na segunda metade do século XX, num contexto do avanço da informação através do computador, em que a proteção dos dados pessoais foi o principal destaque. Aqui surge o conceito de autodeterminação informativa, que é o controle que a pessoa exerce sobre seus dados pessoais e sobre quem pode acessá-los, conceito este decorrente de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, mas que tem suas raízes nos autores americanos, como Alan Westin.

No capítulo 4, trata-se do conteúdo do direito da privacidade. Aborda-se, de início, como a privacidade foi sistematizada ao longo do tempo e em que essa sistematização influenciou o atual conteúdo deste direito. Primeiramente, trata-se do processo de formação da Constituição de 1988 e suas implicações na privacidade. Os vários anteprojetos e projetos que passaram nas subcomissões e comissões da Assembleia Nacional Constituinte carregaram muitas novidades que infelizmente foram deixadas de lado, o que poderia já ter resolvido problemas de hoje a vinte anos atrás.

A privacidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos vem em seguida, onde se debateu casos importantes envolvendo a intimidade e vida privada, a inviolabilidade da casa e também a honra e o sigilo.

Quando se fala em privacidade na Internet, há todo um contexto por trás: a sociedade da informação. Cada vez mais integrando as novas tecnologias, flexibilizando as distâncias físicas ao ponto de transformar o mundo numa aldeia global, a sociedade da informação também traz consigo os seus problemas. Excesso de informação, vigilância, e o medo de ser excluído no mundo virtual são grandes problemas para o ser humano no seu novo *habitat* virtual. A privacidade, a partir desta perspectiva informacional, pode ser violada desde o momento da coleta de dados, passando pelo armazenamento e durante a distribuição deles, de diversas formas diferentes.

A mais importante legislação que apareceu nos últimos anos no Brasil a tratar da privacidade foi o Marco Civil da Internet, lei aprovada em 2014 depois de um longo processo de tramitação, aprovada de supetão depois de um escândalo de espionagem internacional. A lei deixou a desejar com suas lacunas em relação à privacidade, carecendo de inúmeras alterações, mas também abraçou vários princípios desenvolvidos nas diretrizes sobre privacidade, como a da OCDE, por exemplo.

No quinto e último capítulo, a privacidade é tratada em suas três dimensões: a decisional, a informacional e a espacial. A primeira diz respeito à proteção que a privacidade dá ao indivíduo para que este exerça sua autonomia, ficando livre de interferências na tomada de suas decisões. A informacional diz respeito a todos os dados que se relacionem com o indivíduo, os quais devem permanecer no controle dele, principalmente sobre quem tem acesso a estes dados, além das limitações de uso, poder de alterar ou apagar estes dados, dentre outras possibilidades. Na dimensão espacial, a privacidade se apresenta como algo mais concreto, tangível, guardando um ambiente onde o indivíduo se sinta seguro, livre e longe dos olhares curiosos. A privacidade espacial tem uma ligação estreita com o a inviolabilidade do indivíduo. A casa, além da proteção dada pelo direito de propriedade, goza da proteção da privacidade, pois é o âmbito físico onde o indivíduo e sua família podem desenvolver sua personalidade do modo que melhor lhes aprouverem.

A privacidade guarda um conteúdo riquíssimo, porém ainda subexplorado no Brasil. As abordagens até então tendem a negligenciar inúmeros aspectos que são protegidos pelo manto da privacidade no direito estrangeiro há décadas. O atraso é inegável, mesmo ao se considerar as diferenças nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Europa. Problemas que começaram a ser resolvidos na década de 1970 no exterior (principalmente os que envolvem a proteção de dados pessoais) estão sendo tratados agora por aqui.

No direito contemporâneo brasileiro, a privacidade deve ser vista como uma categoria, a dos “direitos da privacidade”. Essa é uma das principais conclusões deste trabalho. Assim se entende como a forma mais adequada e também uma solução mais abrangente, no lugar de se restringir o conceito a um mero “direito de ser deixado em paz” ou ainda a um direito à intimidade somente. Como direitos da privacidade, tem-se, *v.g.*, a intimidade, a vida privada ou vida familiar (cuja diferença entre um e outro está no grau maior ou menor de restrição em cada uma das esferas da personalidade); a honra, inclusive, enquanto espécies desta, a reputação, a verdade e o decoro; a imagem; o sigilo; a inviolabilidade do lar; a proteção de dados pessoais, dentre outros que porventura possam surgir, não sendo uma lista fechada de direitos.

A teoria da tridimensionalidade da privacidade tem uma função útil para a aferição do dano. Permite, de forma analítica, verificar cada faceta dos problemas da privacidade, evitando que o dano seja subavaliado. Embora mais fácil falar que determinada conduta violou a privacidade, ou a direito de personalidade etc, é através de um detalhamento mais profundo que melhor se fará justiça ao ofendido. Aferir a extensão do dano não é um processo simples e deve-se ter em mente que quase nunca o dano recairá somente em algum direito da privacidade. De um só problema ligado à privacidade pode-se lesionar vários direitos. Além disso, a gravidade do dano pode ser tal que ultrapasse a dimensão da privacidade onde se encontra. A real extensão do dano deve ser medida levando em conta isso. Procurar quais as dimensões em que houve violação é um passo para se identificar cada violação em separado.

A privacidade decisional estabelece um espaço de manobra no tráfico social que é necessário para a autonomia individual sem que haja interferência alheia. O indivíduo deve agir dentro da sua esfera de liberdade sem que se sinta intimidado pelos olhares indesejados. A autodeterminação pessoal e a autonomia, neste ponto, significam o direito de ser o autor da própria história, ou seja, que a vida da pessoa não seja objeto de comentários, interpretações distintas da realidade por pessoas não autorizadas.

Quando se quer proteger os dados pessoais, de forma a evitar que as informações sensíveis sejam motivos de qualquer tipo de discriminação ou diminuição da pessoa, a dimensão informacional da privacidade acaba se encontrando com a dimensão decisional. Esta é uma das razões para que aqui não se defenda uma autonomia do direito à proteção de dados pessoais, como pregam alguns autores. Tal direito é, na concepção aqui esboçada, corolário da privacidade.

As novas formas de se olhar a privacidade aqui apresentadas são apenas uma tentativa de se traçar novos contornos ao direito da privacidade no Brasil, através de uma abordagem ampla, adaptada aos problemas que surgem com as novas tecnologias, mas sem deixar de lado os problemas mais antigos. Não se pretende aqui esgotar definitivamente o tema. A privacidade estará sempre em constante mudança. Novas formas de organização na sociedade, seja na família, no trabalho, na relação do Estado com o indivíduo, além das novidades tecnológicas que aparecem a cada dia irão provocar sempre uma remodelagem no conteúdo da privacidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- APEC. *APEC privacy framework*. In: **APEC**. Disponível em: <http://www.apec.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- ASHMAN, Charles R. *The Assault on Privacy by Arthur R. Miller*. In: **DePaul Law Review**, v. 20, n. 4, p. 1062, 1971.
- BARLOW, John Perry. A declaration of the Independence of cyberspace. In: **Electronic Frontier Foundation**. Disponível em: https://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration. Acesso em 16 de abril de 2014.
- BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BARRETO, Wanderley de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, nº 41. São Cristóvão: Padma, jan./mar. 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- _____. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n.29, p 233 a 258, jul/dez 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bodin_n29.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.
- _____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à privacidade e lixo: abandono de coisa e irrenunciabilidade a direitos de personalidade. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97419>. Acesso em: 17 fev. 2014.
- _____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: crítica. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRANDEIS, Louis Dembitz; WARREN, Samuel Dennis. O direito à privacidade. *In*: SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet**: um enfoque jurídico. Bauru: Edipro, 2001.

BRANDEIS, Louis Dembitz; WARREN, Samuel Dennis. *The right to privacy*. *In*: **Harvard Law Review**, vol. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. *In*: **Revista de Direito Privado – RDPRIV**, nº 42. São Paulo: RT, p. 9-29, 2010.

BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Suplemento especial ao nº 185. Sexta-feira, 26 de setembro de 1986. Brasília, DF.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas de comissões. Comissão da Soberania e Garantias do Homem e da Mulher. *In*: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Comissões. Comissão de Sistematização. *In*: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Anais da Assembleia Constituinte. Atas das Subcomissões. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. *In*: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (suplemento “B”). Atas da Comissão de Redação. *In*: **Senado**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 3 de outubro de 2016.

_____. Bases históricas. Base da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. *In*: **Senado**. Disponível em <http://www6g.senado.gov.br/apem/search>, acesso em 3 de outubro de 2016.

_____. Decreto nº 70, de 26 de março de 1991. Promulga a Convenção Internacional de Telecomunicações. *In*: **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0070.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

_____. EMI nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC de 25 de abril de 2011. *In*: **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

_____. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *In: Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 27 de abril de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616 Rondônia. Reclamante: Paulo Roberto de Lima. Reclamado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator Min. Gilmar Mendes. Acórdão 5/11/2015. Vencido Min. Marco Aurélio.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Quarta Vara Cível de Brasília. Processo n.º 2016.01.1.062108-0. Requerente: Gilmar Ferreira Mendes. Requerido: Monica Iozzi de Castro. Sentença em 21 de setembro de 2016. *In: TJDF*. Disponível em: www.tjdft.jus.br, acesso em 20 de março de 2017.

BRENNAN, T. Corey. *The praetorship in the roman republic*. New York: Oxford University Press, 2000, v. 1.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. HESSEN. *Datenschutzgesetz von 7. Oktober 1970*. *In: Datenschutz*. Disponível em: https://www.datenschutz.rlp.de/downloads/hist/ldsg_hessen_1970.pdf. Acesso em julho de 2016.

BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection – a German/European perspective*. *In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (ed.). Governance of global networks in the light of differing local values*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 54.

CABRAL FILHO, Adilson Vaz; COUTINHO, Guttemberg. Web 2.0: caminhos e desafios no desenvolvimento da internet. *In: FRAGOSO, Suely; MALDONADO, Alberto Efenedy. A internet na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos; Porto Alegre: Sulinas, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol. I. trad. Roneide Venâncio Majer. 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Paz e Terra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Privacy-Two episodes: Princess Diana's death and Les Editions Vice-Versa Inc. v. Aubry*. *International Journal of Communication Law and Policy*, n. 7, winter 2002/2003.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independent of contract*. Chicago: Callaghan and company, 1879, p. 29. *In: HathiTrust*. Disponível em: <http://www.hathitrust.org/>. Acesso em 03 de janeiro de 2016.

CORREIA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção europeia dos direitos do homem. *In: ECHR*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/>. Acesso em 28 de novembro de 2016.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Resolution (73) 22 on the protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the private sector. Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 1973 at 224th meeting of the Ministers' Deputies.* In: **Council of Europe Portal**. Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/cm/home>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A conquista do valor dignidade nas relações privadas. In: **Marcos Ehrhardt Jr.** Disponível em: www.marcosehrhardt.adv.br, acesso em 10 de set. de 2016.

_____. **Direito civil: LINDB e parte geral**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: **Marcos Ehrhardt Jr.** Disponível em: <http://marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2014/03/12/em-busca-de-uma-teoria-geral-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____. Sociedade da informação e o direito na era digital. In: **Marcos Ehrhardt Jr.** Disponível em: <http://marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2010/06/06/sociedade-da-informacao-e-o-direito-na-era-digital>. Acesso em 09 de maio de 2014.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; PEIXOTO, Erick Lucena Campos. Os novos paradigmas da responsabilidade civil na internet. In: GODINHO, Adriano Marteleto [et. Al.] (orgs.). **Temas de direito civil: da constitucionalização à humanização**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

FÁBIO, André Cabette. O que é 'pós-verdade', a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford. In: **NEXO**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98pós-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>. Acesso em 20 de março de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAGOSO, Suely; MALDONADO, Alberto Efenedy. **A internet na América Latina**. São Leopoldo: Unisinos; Porto Alegre: Sulinas, 2009.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos (orgs.). **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social**. Curitiba: Juruá, 2012. Vol. 2.

FREITAS, Augusto Teixeira. **A consolidação das leis civis**. 2 ed. aum. pelo dr. Augusto Teixeira de Freitas. Observações do advogado conselheiro Antonio Pereira Rebouças, confirmando e ampliando as da primeira ed. Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1867.

_____. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1.

_____. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 2.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding life's dark secrets: legal and social controls over reputation, propriety, and privacy*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

FRIEDMAN, Sandra de Castro. **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

GERSTEIN, Robert S. *Intimacy and privacy*. In: **Ethics**, v. 89, n. 1, p. 76-81, 1978.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a Internet. Limites constitucionais e processuais. In: **Revista de Direito Privado - RDPRIV**, ano 12, nº 48. São Paulo: RT, p. 299-340, out./dez. 2011.

GLANCY, Dorothy J. *The invention of the right to privacy*. In: **Arizona Law Review**. Vol. 21, n. 1, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOODHART, Arthur L. *Restatement of the Law of Torts, Volume IV: a comparison between American and English Law*. In: **University of Pennsylvania Law Review**. N. 6, vol. 91, march, 1943.

HOLVAST, Jan. *History of privacy*. In: **IFIP Summer School on the Future of Identity in the Information Society**. Springer Berlin Heidelberg, 2008. p. 13-42.

HOOFNAGLE, Chris Jay; URBAN, Jennifer M. *Alan Westin's privacy homo economicus*. In: **Wake Forest Law Review**, v. 49, n. 261, 2014.

HUBMANN, Heinrich. *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*. **Juristenzeitung**, v. 12, n. 17, p. 521-528, 1957.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO. Contribuição técnica: CPI de crimes cibernéticos. In: **ITS Rio**. Acesso em 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://itsrio.org/projects/contribuicao-atualizado-ao-relatorio-da-cpi-ciber/>.

JOHNSON, David R.; POST, David. *Law and borders - the rise of law in Cyberspace*. In: **First Monday**, maio de 1996. Disponível em: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/468/389>. Acesso em 15 de abril de 2014.

LACAN, Jacques. **Seminário, livro 7: a ética da psicanálise, 1959-1960**; texto estabelecido por Jacques-Alain Miller; [versão brasileira Antônio Quinet]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMOS, André. LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

_____. **Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. Trama, 2005.

LEVER, Annabelle. *Privacy rights and democracy: a contradiction in terms?*. **Contemporary Political Theory**, v. 5, n. 2, p. 142-162, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. Ed. São Paulo: 34, 2010.

LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1.

LITAN, Robert E. *Law and policy in the age of the internet*. In: *Duke Law Journal*, v. 50, n. 4, p. 1045–1085, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, nº 34. São Cristóvão: Padma, abr./jun. 2008.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99–109, /mar., 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. Direito civil constitucional. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, nº 13, v. 1, p. 1-31. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/414/337>.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). In: **Revista de Processo – RePro**, ano 40, n. 245. São Paulo: RT, jul. de 2015, p. 313-329.

_____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. In: **Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 28 de dezembro de 2015.

MATEUS, Samuel. A Psico-morfologia da Experiência Social: da atomização da privacidade à intimidade pública. In: **Animus. Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, Santa Maria, v. 14, n. 27, 2015. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/animus/article/view/14735>. Acesso em: 28 de dezembro de 2015.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks, and dossiers*. University of Michigan Press, 1971.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (coleção tratado de direito privado: parte especial, tomo VII).

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 44. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUMFORD, Lewis. *The culture of cities*. London: Secker & Warbug, 1938.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OECD. *OECD Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

_____. *OECD Recommendation on cross-border co-operation in the enforcement of laws protecting privacy*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

_____. *Report on the cross-border enforcement of privacy laws*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

_____. *Report on the implementation of the OECD recommendation on cross-border co-operation in the enforcement of laws protecting privacy*. OECD Digital Economy Papers, n. 178. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

_____. *The OECD privacy framework*. In: **OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAISSAN, Mauro. *Privacy e giornalismo: libertà di informazione e dignità dela persona*. 3. ed. Itália: Garante per la Protezione dei Dati Personali, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POST, Robert C. *Three concepts of privacy*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers. Acesso em junho de 2016.

PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**, n. 3, vol 48, agosto de 1960.

RAFAEL, Ulisses Neves. **Muito barulho por nada ou o “xangô rezado baixo”**: uma etnografia do “Quebra de 1912” em Alagoas, Brasil. In: *Etnográfica*, vol. 14 n. 2, 2010, p. 289-310.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulinas, 2009.

REIS, Antonio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. In: **Civilística.com**. Ano 2, nº 3. Disponível em: <http://civilistica.com/novas-perspectivas-sobre-o-direito-a-honra/>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBERTO, Wilson Furtado. **Dano transnacional e internet**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

_____. *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*. GLF Laterza, 2014.

_____. *Intervista su privacy e libertà*. Roma-Bari: GLF Laterza, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSEN, Jeffrey. *Free speech, privacy, and the web that never forgets*. **J. on Telecomm. & High Tech. L.**, v. 9, p. 345, 2011.

_____. *The unwanted gaze: the destruction of privacy in America*. New York: Vintage Books, 2001.

RÖSSLER, Beate. *Der wert des privaten*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2001.

_____. *The value of privacy*. Cambridge: Polity, 2015.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed. Rio de Janeiro: Atântica Editora, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWARTZ, Paul M. *Internet privacy and the state*. **Connecticut Law Rev.**, v. 32, p. 815, 1999.

SEGANFREDO, Gabriela de Freitas Chediak; CHATELARD, Daniela Scheinkman. *Das Ding*: o mais primitivo dos êxtimos. In: **Cadernos de Psicanálise - CPRJ**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 30, p. 61-70, jan./jun. 2014. Disponível em <http://cprj.com.br/>. Acesso em 04 de janeiro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael; PASSOS, Edilenice. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet: um enfoque jurídico**. Bauru: Edipro, 2001.

SIMMEL, Arnold. *Privacy is not an isolated freedom*. In: CHAPMAN, John W.; PENNOCK, J. Roland (ed.). **Privacy & personality**. New Brunswick, London: AldineTransaction, 1971.

SLAVOV, Bárbara. Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias. In: **Revista de Direito Privado – RDPRIV**, nº 40. São Paulo: RT, p. 60-83, 2009.

SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. New Haven, London: Yale University Press, 2007.

_____. *Understanding privacy*. Kindle edition. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In: **Revista de Direito da Faculdade de Campos**, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5, 2003-2004, p. 167-175.

TISSERON, Serge. *Intimité et extimité*. In: **Communications**, 88, 2011. *Cultures du numérique sous la direction de Antonio A. Casilli*. pp. 83-91. Disponível em: www.persee.fr/doc/comm_0588-8018_2011_num_88_1_2588. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

_____. *L'intimité surexposée*. Paris: Ramsay, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade de Brasília, 2007.

WACKS, Raymond. *Privacy: a very short introduction*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. O direito à privacidade. In: SILVA NETO, Amaro Moraes. *Privacidade na internet: um enfoque jurídico*. Bauru: Edipro, 2001.

WEBSTER, Frank (ed.). *Culture and politics in the information age: a new politics?* London and New York: Routledge, 2001.

WEBSTER, Frank. *Theories of the information society*. 3. ed. London and New York: Routledge, 2006.

WENDT, Emerson; WENDT, Valquiria P. Cirolini. A nova pele que “eu” habito: percepções desde a internet em face do direito à intimidade. In: **Anais do 3º Congresso Internacional**

de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-23.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2015.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *In: Ciência da informação, Brasília*, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, (1967) 2015.

_____. *Social and political dimensions of privacy*. *In: Journal of Social Issues*, v. 59, n. 2, p. 431-453, 2003.

WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.