

O direito à privacidade em suas mais exclusivas esferas: a intimidade e a vida privada na era informacional

*Letícia Antunes Tavares*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo (ARENDDT, 2014, p. 84).

Considerações iniciais

Hannah Arendt (2014, p. 46-56) leciona que o surgimento da sociedade alterou profundamente o significado da dicotomia existente entre as esferas pública e privada, reduzindo a intensidade da antiga fronteira entre elas existente. Com a introdução do elemento social, em razão de suas tendências niveladoras de comportamento, que excluem a ação espontânea, iniciou-se um movimento de reação, que culminou no surgimento da ideia de intimidade. E, mais recentemente, com a sociedade de massa, referidas tendências conformistas atingiram tal força que passaram a controlar igualmente todos os membros de uma comunidade, minando o domínio do privado.

Tratar de privacidade, portanto, é assunto de extrema pertinência, não só porque a noção de social modificou profundamente os limites da esfera privada, mas especialmente porque, hodiernamente, está-se

¹ Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cursou “Master in Comparative Law” pela Samford University/EUA. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura.

diante de uma estrutura social diferenciada decorrente de um novel modelo de desenvolvimento, o informacionismo, que tem como fonte de produtividade a tecnologia de processamento de informações (CASTELLS, 1999, p. 51-54), cuja base organizacional é a Internet. E, “a influência das redes baseadas na Internet vai além do número de seus usuários [...] atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores.[...]” (CASTELLS, 2003, p. 7-8).

Conhecimento e informação, portanto, são essenciais para a sociedade informacional, em especial, com o advento da Internet, que, hoje em dia, permeia todo o tipo de atividade, em especial a econômica e social, com seus prós e contras. E a sociedade em rede, que incrementa o aspecto nivelador do social, torna ainda mais desafiante não apenas estudo do direito à privacidade, mas também de outros direitos de extrema relevância para a convivência democrática, como é o caso da liberdade de expressão. Num momento em que o exibicionismo em redes sociais, por exemplo, se torna prática comum, faz-se imprescindível a discussão do direito à privacidade, que não perde valor em razão da alteração dos aspectos comportamentais imposta pela sociedade informacional; pelo contrário, o direito à privacidade, hoje, passa a ser centro de inúmeros debates jurídicos, galgando posição de maior importância.

Ora, o uso da Internet, na era informacional tem constantemente impactado os interesses dos indivíduos “pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, pelos diferentes sistemas de registro e de informação postos à disposição do mundo negocial” (BITTAR, 2015).

Hoje, então, é possível asseverar que a sociedade da informação impõe uma nova realidade percebível pelo pensamento jurídico, de modo que o conceito de privacidade, que é um direito fundamental expresso, comporta uma releitura.

E para tratarmos do assunto, iniciaremos este estudo com uma breve análise do contexto histórico que permeou o surgimento do direito à privacidade, para então analisarmos seu conceito, bem como o tratamento que lhe é conferido pela legislação brasileira.

1. Do direito à privacidade

1.1. Breve contexto histórico

A ideia de privacidade é fruto da Era Moderna, a partir do surgimento dos estados nacionais, com a concentração do poder na figura do

soberano. Nesse momento, constatou-se o reaparecimento da distinção entre público e privado, que havia se esvaído durante a Idade Média. Referida dicotomia, contudo, foi retomada com conotação distinta daquela existente na época dos gregos e romanos, que relacionavam a ideia de público com o político e a de privado com aquilo que era próprio ao indivíduo, às suas exigências vitais e que não se inseria no mundo do que é comum².

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior (1993, p. 441) a Era Moderna, com a afirmação generalizada da “sociabilidade”, trouxe o problema da distinção entre o social público e o social privado, dando ensejo ao aparecimento de duas novas dicotomias, para além da tradicional distinção entre esfera pública e privada: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo³. E, para o autor, foi justamente nesse contexto que nasceu a ideia de privacidade.

“O fato histórico decisivo é que a privacidade moderna, em sua função mais relevante, a de abrigar o que é íntimo, foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada” (ARENDDT, 2014, p.47).

Portanto, o nascimento da privacidade, no sentido moderno, coincidiu com o fim das poliarquias feudais e com a ascensão da burguesia⁴, a partir do momento em que as relações econômicas ultrapassaram a esfera doméstica e local e passaram a ser de interesse geral, nos termos da ideia de social trazida por Hannah Arendt. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos foi justamente nessa “retração do espaço e do papel familiar que surgiu o privativo. É na esfera íntima da pequena família o local em que historicamente se origina a privacidade, a intimidade, no sentido moderno de uma interioridade livre e satisfeita”. Tal

² Cf. Arendt, 2014, p. 46 e Ferraz Junior, 1993, p. 441-442.

³ A fim de elucidar a diferença entre cada uma destas esferas, Tércio Sampaio Ferraz Junior (1993, p. 441-442) indica-nos os princípios que as regem. Assim, para o autor o público (área da política) é dominado pelo princípio da transparência e da igualdade; o social-privado (área do econômico, do mercado), pelo princípio da diferenciação; e o terreno da individualidade privativa, pelo princípio da exclusividade, o qual “visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político”. Assinalando a distinção entre os domínios do privado e social-privado (mercado), Passos (1989, p. 63) destaca que na “intimidade de cada família as pessoas se consideram independentes em relação à esfera privada de suas relações econômicas – exatamente como pessoas que podem estabelecer relações ‘puramente humanas’”.

⁴ Sobreleva anotar que o nascimento da privacidade, de acordo com Rodotá (2008, p. 27), não se deu em decorrência de uma exigência natural, mas, sim, como uma forma de aquisição de um privilégio da burguesia.

retração se refletia, inclusive, na arquitetura da época, em que o espaço comum, e.g., o pátio, tornou-se cada vez menor. (PASSOS, 1989, p. 62).

É possível concluir, portanto, que a noção de privacidade não é recente, mas foi somente com o advento da Era Moderna, com uma conotação de cunho individualista, que se consolidou nos termos hoje concebidos.

Todavia, o reconhecimento da privacidade como um direito é fato relativamente novo.

Foi o juiz norte-americano Thomas Cooley que, em 1879, identificou a privacidade com o direito de ser deixado sozinho (“the right to be let alone”). Contudo, nessa época, o foco desse direito estava na limitação de interferências governamentais na esfera privada do indivíduo⁵.

Em verdade, foi um trabalho de muita repercussão que iria, de fato, cunhar a expressão “direito à privacidade”, nos termos ainda hoje concebidos. Assim, no final do ano de 1890, Warren e Brandeis publicaram um artigo intitulado “O direito à privacidade” (“the right to privacy”), considerado a grande referência no tratamento jurídico do direito ora em estudo.

Para os autores, o direito à privacidade seria uma espécie do gênero do “direito a ser deixado sozinho” (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205). No passado, para proteger esse gênero de direito, os tribunais valeram-se de uma combinação de diferentes doutrinas da “common law”, o que, todavia, não seria suficiente para as novas demandas criadas por novas tecnologias, que, na época, equivaleriam a jornais, fotografias instantâneas, aparelhos mecânicos (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195). E, para fazer frente às novas tecnologias do momento, haveria a necessidade de se conceber um novo direito, intitulado pelos autores de “direito à privacidade”, que seria o direito de cada indivíduo de determinar a extensão em que seus pensamentos, sentimentos e emoções são compartilhados com outros (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 198).

Como se nota, a principal preocupação de Warren e Brandeis, naquele momento, era o risco de que informações a respeito da vida privada de alguém fossem levadas ao conhecimento geral do público por meio da imprensa (ROOS, 1990, p. 267-268).

⁵ Segundo Dorothy J. Glancy (1979, p. 30), a análise de Thomas Cooley focou especialmente nas terceira, quarta e quinta Emendas à Constituição Norte-Americana. E, em 1888, dois anos antes da publicação de Warren e Brandeis, a Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente adotou a lição de Cooley, garantindo ao indivíduo a necessária proteção contra invasões governamentais à privacidade.

Hoje, porém, a evolução da sociedade, incrementada pelo grande avanço tecnológico e dos meios de comunicação, que foi potencializado pelo advento da Internet, impõe uma nova interpretação do direito à privacidade.

Ora, o crescente desenvolvimento de novas tecnologias, em especial a criação dos computadores pessoais e sua interligação por meio da rede mundial de computadores, passou a demonstrar que o direito à privacidade, como anteriormente concebido, não era, por si só, suficiente para responder às novas demandas. Não se trata apenas da publicação da informação a um público geral, como era a preocupação de Warren e Brandeis no final do século XIX com a imprensa, mas, sim, uma preocupação mais ampla. Uma proteção à privacidade pensada em um momento histórico pré-internet dificilmente poderia fazer frente a todos os desafios crescentemente trazidos por desenvolvimentos tecnológicos jamais cogitados nas décadas que os antecederam (ROOS, 1990, p. 267-268).

Carlos Alberto Bittar (2015) destaca que o direito à privacidade “tem sofrido estreitamento contínuo em razão da noticiada ampliação do espectro da vida moderna”. Trata-se da esfera do social agindo no sentido de restringir mais e mais o domínio do privado, como já nos alertava Hannah Arendt.

E, tendo em vista as novas demandas decorrentes da era informacional, com o conseqüente estreitamento do conceito de vida privada e de intimidade e com a ampliação de atentados aos direitos da personalidade, o direito à privacidade (em sentido amplo) torna-se assunto de extrema relevância na contemporaneidade.

“Na atualidade, ressalta-se, esse direito vem ganhando notoriedade dada a evolução das comunicações e à própria globalização, que impõe ao homem uma maior exposição perante uma plateia mais distinta e desconhecida, na qual a informação alcança uma trajetória de repercussão social, negocial, relacional, outra inimaginável” (MALUF; MALUF, 2017, p. 229).

De acordo com as lições de Stefano Rodotà (2008, p. 144), a Internet, o alargamento do ciberespaço e a expansão do comércio eletrônico contribuíram para a fragilização da privacidade que, neste contexto, acaba por se tornar mais necessária, projetando-se para além da sua definição tradicional (“o direito de ser deixado só”) e apresentando-se como parte indispensável da liberdade existencial. Não se trata apenas do direito de excluir de outrem a possibilidade de acesso a informações privadas, mas sim, do direito de controlar o uso destas informações em

qualquer momento ou lugar, como um verdadeiro “direito à autodeterminação informativa”.

A clássica noção de privacidade foi construída sob três pilares, “pessoa-informação-sigilo”; hoje, porém, as bases daquele conceito mudaram e podem ser sintetizadas na seguinte fórmula: “pessoa-informação-circulação-controle” (RODOTÁ, 2008, p. 93).

Portanto, desde a Era Moderna até a atualidade, a ideia de privacidade vem acompanhando a evolução da humanidade, fortemente influenciada pela esfera do social. Do mesmo modo, o direito à privacidade, a partir do seu reconhecimento no fim do século XIX, vem apresentando transformações, potencializadas pelas novas tecnologias. E, se de um lado a privacidade se vê fragilizada, de outro, sua importância nunca foi tanto reforçada.

1.2. Da importância do tema

Vale destacar que a privacidade ou privacidade, nas palavras de Paulo José da Costa Junior (1970, p. 23), tem grande relevância para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, possibilitando a reflexão crítica sobre as relações sociais. Para o autor, a inexistência de privacidade poderia causar a destruição do convívio familiar e íntimo das pessoas, com a banalização da confiança e do respeito das relações individuais. Stefano Rodotá (2008, p. 144) vai além, afirmando que a privacidade constitui pré-condição da cidadania na era informacional e que o fim da privacidade conduziria ao fim da democracia⁶.

Segundo J. J. Calmon de Passos “a privacidade é hoje o reduto último da resistência do indivíduo às forças que operam no sentido de seu aniquilamento – econômicas, políticas, culturais [...]. Quando tanto se fala de direitos humanos fundamentais e se batalha tanto para defini-los e garanti-los, nenhum se me afigura mais fundamental que a proteção da privacidade, da intimidade. Protegê-la é a forma mais segura de preservar a liberdade. E a liberdade é o essencial do homem, porque sem ela a humanização do animal homem se frustra, aprisionada no mundo da necessidade, nele se aniquilando” (PASSOS, 1989, p. 63).

Essa estreita relação entre privacidade e liberdade tem inspiração nas lições de Immanuel Kant, no sentido de que liberdade, para além

⁶ Para Rodotá somente uma forte tutela das informações pessoais poderia assegurar a participação do cidadão nos processos democráticos, sendo a privacidade uma condição essencial para inclusão do cidadão na sociedade da participação (RODOTÁ, 2008, p. 233).

de uma determinação negativa, equivaleria a uma faculdade (positiva), ou seja, à autonomia da vontade. “À ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos” (KANT, 2011, p. 102).

É esse o sentido concebido por Warren e Brandeis, que tratam da privacidade como o direito do indivíduo de controlar as informações pessoais⁷ (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 198).

E, “afirmar que o homem é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os *inputs* e *outputs* de informação” (SAMPAIO, 2013, p. 282).

Não à toa que o direito à privacidade, que possui relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, foi expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸, considerada o grande marco na história dos direitos fundamentais, o que sacramenta sua importância para o indivíduo.

Feita esta sintética contextualização histórica e apresentada a importância do tema, cumpre tratarmos do conceito do direito à privacidade.

1.3. Conceito do direito à privacidade

Para Stefano Rodotà, na sociedade informacional, assiste-se “a uma redefinição do conceito de privacidade, que além do tradicional poder de exclusão, atribui relevância cada vez mais ampla ao poder de controle. Por outro lado, o objeto do direito à privacidade amplia-se, como efeito do enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes” (RODOTÁ, 2008, p. 93).

Por essa razão, a conceituação do direito à privacidade não é tarefa fácil, já que envolve uma variedade de atividades danosas e problemáticas. A privacidade, assim, não pode ser considerada como um conceito unitário, com valor uniforme (SOLOVE, 2006, p. 480).

Nesse sentido, Marcel Leonardi, apontando a necessidade de um conceito plural e não taxativo de privacidade, assevera que “o método

⁷ De acordo com o artigo 4º, inciso IV, da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), a informação pessoal é “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

⁸ Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

tradicional de conceituar a privacidade [...] dificulta a compreensão do que está ou não incluído no seu âmbito de proteção, prejudicando a valoração da dimensão de seu peso, em caso de colisão com outros direitos ou interesses” (LEONARDI, 2011, p. 78).

De qualquer modo, a despeito dessas conclusões, é pertinente a tentativa de definir o direito à privacidade, sem embargo da possibilidade de reinterpretação e alargamento de seu escopo ao longo da evolução da sociedade, até para facilitar a compreensão do conceito.

E, para tanto, cumpre citar a definição trazida por André de Carvalho Ramos, por ser bastante abrangente e, assim, capaz de se subsumir à variedade de atividades danosas que podem atingir o direito à privacidade na era informacional. Para o autor “o direito à privacidade consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros” (RAMOS, 2016, p. 565).

Tal definição demonstra que o direito à privacidade é amplo, encampando, por exemplo, o direito de não interferência, de estar só, o direito de autodeterminação informativa, de fazer escolhas de caráter pessoal, a inviolabilidade do domicílio, das comunicações, para além da proteção da vida privada e da intimidade, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de vir a abranger novos tipos de violações que eventualmente ocorram no decorrer da evolução da sociedade.

Não por outra razão que Silva (2017, p. 208) prefere utilizar a expressão direito à privacidade, “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

É esse o sentido adotado pelo Constituinte de 1988, que, inovando, garantiu à privacidade o caráter de direito fundamental, nos seguintes termos: “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 (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal)”.

Portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, o direito à privacidade, engloba a proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X), sendo considerado direito conexo ao direito à vida (SILVA, 2017, p. 208).

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, que se aplica diferentemente aos seus

objetos (intimidade, vida privada, honra e imagem), sempre com o objetivo de garantir a integridade moral do indivíduo, preservando sua individualidade e, também permitindo inserir-se na vida social e na vida pública. Assim, com base na noção de exclusividade, o autor identifica certa gradação entre os direitos da privacidade, partindo-se da intimidade (o mais exclusivo dos seus direitos, cujo atributo básico é o estar-só), passando pela ideia de vida privada (envolve a proteção de formas exclusivas de convivência), e, enfim, chegando naqueles objetos que pressupõem comunicação e envolvem situações personalíssimas, mas perante terceiros: a honra e a imagem (FERRAZ JUNIOR, 1993, p. 442-443).

Assim, analisada a definição do direito à privacidade, bem como a necessidade de uma interpretação ampla e dinâmica de seu objeto para facilitar a interpretação daquilo que se encontra sob seu âmbito de proteção, estudemos especificamente a distinção entre intimidade e vida privada, com base na ideia de exclusividade ora exposta, tendo em vista o escopo deste estudo.

1.4. Vida privada x intimidade

Como salientado anteriormente, há uma gradação entre os direitos da privacidade, em razão do grau de exclusividade (FERRAZ JUNIOR, 1993, p. 442). Assim, para Tércio Sampaio Ferraz Junior, há distinção entre vida privada e intimidade, muito embora alguns doutrinadores tratem os termos como sinônimos. Pela clareza com que trata do tema, vale citar a definição exposta pelo autor para os termos intimidade e vida privada:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia [...]. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.

Ainda, corroborando essa distinção, de rigor trazer à baila a lição de Paulo José da Costa Júnior, quando trata da teoria dos círculos con-

cêntricos. Costa Junior (1970, p. 31-32) assevera que a privacidade poderia ser subdividida, de forma não rígida⁹, em círculos concêntricos: o círculo externo da esfera privada “*stricto sensu*” (abrange todos os fatos que o indivíduo não deseja que se tornem do domínio público), o círculo intermediário da intimidade ou da confiança (engloba os fatos íntimos, disponíveis somente a pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e familiaridade) e o círculo menor do segredo (compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo titular, do qual compartilham apenas alguns amigos, nem sequer as pessoas da intimidade do indivíduo).

No que toca à esfera do segredo (donde a exigência de sigilo), cumpre citar que Ferraz Junior (1993, p. 442) reconhece-a, ao lado da solidão (donde o desejo de estar só) e da autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações), mas como um dos atributos do princípio da exclusividade, que, consoante apontado, rege o direito da privacidade, em todas suas facetas.

Tanto são direitos distintos que Hannah Arendt afirma que a intimidade foi instituída mais recentemente e foi descoberta na forma de uma reação contra a sociedade, no século XVIII, sendo que seu grande teórico foi Jean-Jacques Rousseau. Tratou-se de uma rebelião contra a intrusão da sociedade numa região recôndita do homem que, até então, não necessitava de proteção: “a intimidade do coração, ao contrário do lar privado, não tem lugar objetivo e tangível no mundo, e a sociedade contra a qual ela protesta e se afirma não pode ser localizada com a mesma certeza que o espaço público” (ARENDDT, 2014, p. 47 e p. 56).

Referidas abordagens nos permitem uma melhor compreensão do conteúdo do direito à privacidade, valendo destacar que para Sampaio (2013, p. 277), a despeito das posições em sentido contrário, há radical distinção entre intimidade e vida privada, a partir das lições de direito comparado, da matriz etimológica das expressões e da diferenciação feita pela própria Constituição Federal de 1988, que recentemente completou trinta anos.

Segundo Moraes (2011, p.138), a Constituição de 1988 faz distinção entre intimidade e vida privada: a primeira estaria ligada às relações subjetivas da pessoa, no âmbito familiar e de amizades; a segunda abarcaria todos os relacionamentos objetivos (e.g., relações comerciais etc.).

⁹ Para o autor as barras divisórias da privacidade são flexíveis, de forma que sua maior ou menor amplitude irá depender da categoria social do indivíduo e também do fato de se tratar ou não de pessoa notória (COSTA JUNIOR, 1970, p. 34).

Vale mencionar que o Código Civil, em seu artigo 21, também protege a vida privada, elencando-a dentre os direitos à personalidade¹⁰, sendo que esta regra decorre justamente da previsão constitucional ora citada. E, para os civilistas, a lei também faz distinção entre vida privada e intimidade, sendo esta relacionada ao mundo interior do indivíduo e aquela, ao mundo exterior (DUARTE, 2017, p. 41).

Essas distinções são relevantes, por exemplo, para fixação do “quantum” indenizatório em caso de ilícito, levando-se em conta o grau de ofensividade da conduta com base em lesão à vida privada ou intimidade, sem se descuidar de outros fatores que possam influenciar nesta quantificação.

Tendo por base essas considerações, trataremos a seguir do direito à privacidade no Brasil, valendo observar que a expressão “privacidade” será por vezes utilizada como gênero para se referir tanto à intimidade quanto à vida privada indistintamente.

2. A proteção do direito à intimidade e à vida privada no Brasil

Considerando a contextualização histórica anteriormente analisada, pode-se afirmar que a preocupação com a proteção da privacidade, no Brasil, também não é recente.

Em 1967, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250)¹¹ já dispunha a respeito da impossibilidade de se utilizar a exceção da verdade, em casos de calúnia e difamação, quando o fato imputado dizia respeito à vida privada do ofendido (artigo 49, § 1º).

Dois anos depois, o Professor Paulo José da Costa Junior, em sua tese de titularidade, alertava-nos sobre a necessidade da tutela penal da intimidade na era tecnológica: “o processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica” (COSTA JUNIOR, 1970, p. 14).

¹⁰ O Código Civil de 2002, na esteira da Constituição Federal de 1988, passou a tratar dos direitos da personalidade em capítulo próprio, em seus artigos 11 a 21. Com tal previsão, a legislação civil, de caráter eminentemente privado, priorizou a pessoa e a sua dignidade, em observância ao artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, que trata de um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para Morato (2011-2012, p. 122-123), o Código Civil de 2002 “veio apenas para sedimentar o que já era admitido implicitamente pelo sistema, assim como pelos doutrinadores e pela jurisprudência”.

¹¹ Vale destacar que a Lei de Imprensa foi julgada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 130, em 2009.

Na década de 1980, com a promulgação da Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984, que tratava a política nacional de informática, também já se notava a preocupação com o assunto quando, o artigo 2º, inciso VIII, do referido diploma legal, dispunha a respeito da necessidade de “estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”.

No plano constitucional, foi a Lei Maior de 1988 a primeira a tratar do direito à privacidade, nos moldes previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 12) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 17), ratificado pelo Brasil em 1992 (Decreto n. 592).

Posteriormente, com a sanção do Código Civil de 2002, introduziu-se no direito privado a proteção expressa aos direitos da personalidade, que encampam a vida privada e a intimidade, como exposto no capítulo anterior.

Como se nota, o legislador brasileiro, em especial porque equipara o direito à privacidade em sentido amplo a um direito fundamental, incluindo-o no rol dos direitos à personalidade, não desampara o cidadão em casos de dano à sua vida privada ou intimidade.

Contudo, não se pode negar que a era informacional, com o estreitamento da esfera privada, em decorrência da tentativa de sobreposição da esfera social, acelerada pelas novas tecnologias, impõe novos desafios à proteção da privacidade.

“No mundo contemporâneo a questão da privacidade alcança outros patamares oriundos da divulgação de dados nas redes sociais e na internet. Assim, criam-se inúmeras situações de potencial dano à personalidade [...]” (MALUF; MALUF, 2017, p. 230).

Já em 1969, Paulo José da Costa Junior (1970, p. 17) afirmava que, “realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas”. Tal afirmação é surpreendentemente atual ainda nos dias de hoje.

Segundo assevera José Afonso da Silva (2017, p. 211), “o intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas”.

Assim, a complexidade da sociedade atual somada ao desenvolvimento de novas tecnologias provocou uma tentativa de resgate da privacidade, o que gerou a necessidade de estabelecimento de um marco regulatório sobre o assunto, o que veio a se concretizar por meio do Marco Civil da Internet.

No Brasil, muito embora a Lei n. 7.232 (art. 43), que trata da política nacional de informática, tenha sido promulgada em 1984, é certo que até a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), quase vinte anos depois, nenhum outro instrumento legal tratou especificamente do tema informática e privacidade¹².

A finalidade do Marco Civil da Internet, regulamentado por meio do Decreto n. 8.771 de 2016, foi estabelecer princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no Brasil (artigo 1º).

O Marco Civil, em seu artigo 3º, inciso II, prevê expressamente que a disciplina do uso da internet no Brasil tem por princípio a proteção da privacidade.

Ainda, o artigo 7º do citado diploma legal elenca os direitos dos usuários de internet, sendo que o inciso I assegura aos usuários de internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo expressamente direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O artigo 8º estabelece em seu *caput* que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Todavia, a despeito do avanço decorrente da elaboração do Marco Civil da Internet, é possível afirmar que a lei não é suficiente à ampla proteção do direito fundamental à privacidade, pois evolução tecnológica ocorre numa velocidade inalcançável pelo legislador pátrio e porquanto a lei tal como editada não resolveu todas as questões, sendo lacunosa por não tratar da requisição de registros eletrônicos de provedores sediados fora do País, por exemplo.

Insta salientar, conforme estudado anteriormente, que o direito à privacidade comporta interpretação ampla, abrangendo, também, a proteção de dados pessoais, em especial os dados sensíveis, em razão

¹² Insta salientar, também que, quase simultaneamente, o Brasil obteve êxito na aprovação de uma resolução proposta em conjunto com a Alemanha, no âmbito das Nações Unidas, ganhando relevante repercussão internacional, conclamando os Estados a criarem e incrementarem legislação com vistas à proteção da privacidade na era digital. Trata-se da Resolução 68/167, aprovada em 2013, posteriormente atualizada, em novembro de 2014, por meio da Resolução 69/166.

da ideia de autodeterminação informativa, que se inclui em seu núcleo conceitual: “o direito à privacidade é hoje mais amplo do que o direito à intimidade, transcendendo pois a intimidade da vida particular ou doméstica, para abranger o lugar onde se situam ou circulam os dados pessoais do indivíduo” (MALUF; MALUF, 2017, p. 230).

E, recentemente, o Brasil, na esteira da Europa¹³ e de alguns países da América Latina (Argentina e Uruguai)¹⁴, aprovou lei específica para tratar do assunto. As discussões sobre esta legislação se iniciaram em 2010, quando o Ministério da Justiça promoveu debate público a respeito da proteção de dados pessoais, visando à regulamentação do tema, sendo que a versão final do anteprojeto de lei somente foi apresentada em outubro de 2015¹⁵.

Paralelamente, em 2012, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Federal n. 4060/12¹⁶, recentemente sancionado pelo Presidente da República, dando origem à Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que entrará em vigor dentro de dezoito meses da data de sua publicação.

Vale destacar que o citado projeto de lei teve a ele apensados os demais textos sobre o assunto, incluindo o projeto do Ministério da Justiça, sendo certo que, após o Substitutivo proposto pelo Deputado relator, o texto principal passou a aglutinar as ideias e conceitos discutidos em todos os projetos analisados pela Câmara dos Deputados, na linha da legislação europeia.

Segundo o relator “as propostas se inserem em um contexto mundial, portanto, maior, em que legislações nacionais são introduzidas em cada país, de forma a tratar da questão dos dados pessoais e garantir a proteção das pessoas de maneira harmônica. Ao mesmo tempo, a construção de um arcabouço similar entre os países gera um ambiente propício aos negócios, principalmente globais, oriundos do manuseio de dados” (BRASIL, 2018).

¹³ No direito europeu, o direito à vida privada possui caráter de direito fundamental e, além de estar disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo 12) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (artigo 8º), também está expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 7º), que, ainda, prevê, especificamente, o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8º), o qual passou, então, ante o caráter de fundamentalidade, a gozar de hierarquia normativa privilegiada no ordenamento jurídico da União Europeia.

¹⁴ DATA PROTECTION LAWS OF THE WORLD. Disponível em: <<http://dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹⁶ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

A proteção dos dados pessoais¹⁷ é tema caro ao brasileiro, em especial porque está diretamente ligado à salvaguarda de seus direitos da personalidade, pois relacionados a aspectos da própria pessoa, do indivíduo.

Nesse sentido é que o artigo 5º da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais define “dado pessoal” como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, tratando ainda de “dados pessoais sensíveis” como uma subespécie daquela primeira categoria: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Contudo, a despeito dessa previsão, a adequada implementação e fiscalização dos ditames legais somente será possível com a criação da autoridade nacional competente, o que deverá ocorrer por meio de norma de iniciativa do Poder Executivo.

Enfim, no âmbito penal, vale acrescentar que a tese de Costa Junior não foi acolhida pelo legislador (salvo pelo Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor), de forma que nosso Código Penal atual não tipifica crime específico para tutela da intimidade, como se dá nos casos dos delitos contra a honra, a inviolabilidade do domicílio, correspondência e segredo. De qualquer modo, podem-se citar dois crimes, frutos de alterações legislativas recentes, que, dentre seus objetos, acabam por indiretamente tutelar penalmente a intimidade e a vida privada do lesado: a) a divulgação de informação privada em decorrência de invasão de dispositivo informático alheio (artigo 154-A, § 3º e 4º do Código Penal); b) a divulgação de cenas de sexo, pornografia ou nudez, sem o consentimento da vítima, inclusive por meio de comunicação de massa (artigo 218-C do Código Penal).

Como se nota, são diversos os instrumentos legais que têm por escopo direto ou indireto a proteção da privacidade do indivíduo. Porém, ao propor a “taxonomia da privacidade”, Solove (2006, p. 481) aponta a inabilidade das leis para tratar e proteger a privacidade hoje em dia,

¹⁷ Como ensina José Afonso da Silva (2017, p. 212), “o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de enquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento”. E Marcel Leonardi (2011, p. 69), ao tratar dos conceitos unitários de privacidade, inclui dentre eles o controle sobre informações e dados pessoais: “[...] o atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito”.

destacando, ainda, a necessidade de se distinguir os diversos tipos de lesão à privacidade, para o tratamento adequado de cada problema por parte dos operadores do direito, em especial considerada a enorme dificuldade em se conceituar privacidade do ponto de vista legal.

Considerações finais

Na sociedade informacional, as novas tecnologias de comunicação têm estreitado os limites da vida privada e intimidade do indivíduo, aumentando o potencial de eventual dano a direitos da personalidade deste.

O ordenamento jurídico brasileiro ampara o cidadão por meio de garantias legais e constitucionais, porém a evolução dos problemas da sociedade, incrementados pelo uso indevido da Internet e pela constante retração da esfera privada, não é acompanhada pela evolução equânime dos mecanismos legais de que necessita o indivíduo para proteção plena de seus direitos da personalidade.

Assim, muitas vezes, cabe a intervenção do Judiciário na tentativa de mitigar ou reparar o dano, devendo-se levar em conta, hoje em dia, que a violação de direitos da personalidade, quando propagada por meio da Internet tem consequências muito mais deletérias ao indivíduo, o que deve ser sopesado na fixação de eventuais danos decorrentes do ato ilícito.

E o direito à privacidade, conforme estudado, não é estático, estando em constante evolução. Tendo em vista as peculiaridades da era informacional, não restam dúvidas de que referido direito comporta uma releitura, para abarcar as diversas situações de vulneração da privacidade do indivíduo, em especial do usuário da internet. Assim, ao se tratar do direito à privacidade deve-se ter em mente a ideia de autodeterminação informativa, de controle sobre informações pessoais, para além da noção de sigilo, de secreto.

Por fim, as questões tratadas no segundo capítulo deste estudo nos indicam não só a necessidade de se adotar esta visão, mas em especial, a imprescindibilidade da criação e aprimoramento dos mecanismos legais e regulatórios que verdadeiramente amparem o indivíduo e lhe garantam proteção adequada à sua privacidade, em especial nas suas esferas mais exclusivas: a intimidade e a vida privada.

Referências bibliográficas

ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Paginação irregular.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial Destinada a Preferir Parecer ao Projeto de Lei n. 4060 de 2012. Parecer de 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=Tramitacao-PR-L+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8771.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.232, de 25 de junho de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e, dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7232.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípio,

garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I.

_____. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL - CERT. Br. *Cartilha de segurança para internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2002.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

GLANCY, Dorothy J. *The invention of the right to privacy*. *Arizona Law Review*, v. 21, p. 2-39, 1979. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 29 set. 2018.

HESSE, Konrad. *Temas de direitos fundamentais do direito constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à governança da internet*. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor no Brasil, 2016.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/tutela-e-privacidade-na-internet/>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 121-158, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67941/70549>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

PASSOS, J. J. Calmon de. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. *Revista Forense*, v. 324, p. 61-67, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

ROOS, Anneliese. *Data privacy: the American experience*. J.S. Afr. L., p. 264-278, 1990. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOLOVE, Daniel J. *A taxonomy of privacy*. University of Pennsylvania Law Review, v. 154, p. 477-555, 2006.

TAVARES, Letícia Antunes e ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. In: BALDANI, Thiago Gomes de Fillipo; ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (Coord.). *Brasil e*

EUA: temas de direito comparado. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VANCIM, Adriano Roberto et. al. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, p. 193-220, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 16 jun. 2018.