

MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA

SILVANO GHISI

# Série

**Direitos Fundamentais Civis**

*Sociedade da Informação e o Ciberespaço*



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro  
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P522s Pezzella, Maria Cristina Cereser.  
Sociedade da informação e o ciberespaço / Maria  
Cristina Cereser Pezzella, Silvano Ghisi. - Joaçaba:  
Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais  
Civis)  
92 p. ; il. ; 30 cm.  
  
ISBN 978-85-8422-065-6  
  
1. Direitos fundamentais. 2. Sociedade da  
informação. 3. Direito à privacidade. I. Ghisi,  
Silvano. II. Título. III. Série.  
  
Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Antonio Carlos de Souza  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria  
Alciomar Marin

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salete Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Comissão Científica**

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)  
Guido Smorto (Palermo, Italia)  
Simone Pajno (Palermo, Italia)  
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)  
Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)  
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)  
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

## SUMÁRIO

PREFÁCIO.....5

APRESENTAÇÃO.....7

### CAPÍTULO I

Privacidade na sociedade da informação e o direito à “invisibilidade” nos espaços públicos ..... 9

### CAPÍTULO II

Biografias não autorizadas: um exame a partir da tensão entre os direitos à liberdade de expressão e à privacidade na sociedade da informação..... 29

### CAPÍTULO III

O direito fundamental à intimidade como limite à manipulação de dados pessoais na sociedade da informação ..... 49

### CAPÍTULO IV

Privacidade e liberdade de expressão na sociedade da informação ..... 67

### CAPÍTULO V

A normatização do Mercosul para a proteção dos dados pessoais no cenário de integração regional ..... 79



## PREFÁCIO

### SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Muito honrado em apresentar esta obra, quer pela parceria, já antiga, com a Professora Maria Cristina Cereser Pezzella, e por ter tido o privilégio de haver examinado a dissertação de mestrado do Professor Silvano Ghisi, por ela orientado, quer pela própria temática da obra, sobretudo considerando que testemunhei o período em que se sustentava que “os direitos civis e políticos é que seriam os verdadeiros direitos, porque decorrentes da própria natureza, os demais, seriam direitos artificiais”, enquanto cada um dos textos que se seguem mostram exatamente os impactos que sobre os direitos civis e políticos têm provocado as tecnologias de comunicação.

Os estudos que se seguem têm todos uma premissa como inarredável: o desenvolvimento da tecnologia de comunicações molda uma sociedade, que seria “da informação”, e que vai desenhando os contornos de relações sociais de um modo distinto daquele que, tradicionalmente, seriam entendidas, em que os espaços público e privado teriam um esmaecimento das respectivas fronteiras, embora sempre a possibilidade de acessar as informações seja distribuído de modo assimétrico.

A quem tenha “olhos para ver”, temas como o conflito entre “liberdade de expressão e manifestação do pensamento” e direitos da personalidade, a possibilidade de se devassarem os momentos de maior intimidade pela utilização de aparelhos eletrônicos, como no caso de famosa modelo internacional de nacionalidade brasileira, vão se tornando cada vez mais uma prova de que nem mesmo estes direitos passam a ser considerados como “expressão da ordem natural”, passam, antes, a sofrer tais abalos em razão da própria ação da tecnologia que a intervenção heterônoma da ordem jurídica passa a ser imperativa, esfumando-se, assim, o sonho dos que pretendiam substituir por completo o ordenamento estatal pela flexibilidade e espontaneidade da *lex mercatoria*.

Não é casual, pois, que esta mesma temática venha a ser versada na produção cinematográfica desta década, em películas como *Snowden* (Dir. Oliver Stone, EUA, 2016) e *The circle* (Dir. James Ponsoldt, EUA, 2017), despertando a atenção do público para a ampla redução da esfera privada das respectivas vidas e da própria conversão da informação em instrumento de poder sobre outros indivíduos, praticamente renovando o lema que se encontrava nos selos da Alemanha nacional-socialista: “tu não és nada; teu povo é tudo” (“du bist nichts, dein Volk ist alles”).

Ainda não há elementos para se poder dizer, com segurança, que a “sociedade da informação” traduziria um novo sistema econômico ou se seria mais uma das manifestações do fundamentalismo de mercado a que se denominou “neoliberalismo”; há mister esperar e refletir um pouco mais, quanto a isto.

O que é incontroverso - e os estudos que tenho o privilégio de apresentar exprimem bem este dado de realidade - é que a tecnologia de comunicações, protagonista da “sociedade da informação”, promove, quase cem anos depois da publicação da célebre obra de Gaston Morin, nova “revolte des faits contre le Code”.

Boa leitura!

Ricardo Antonio Lucas Camargo

Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Graduação e Pós-Graduação



## APRESENTAÇÃO

Nós, autores deste livro, agradecemos ao Conselho Editorial que aprovou nossa publicação, a Editora na sua excepcional capacidade de efetivar nosso sonho, a Coordenação do PPGD pelo apoio incondicional e a motivação, além do suporte ofertado pela Reitoria da UNOESC todos estes esforços foram essenciais para concretizar o e-book que se lança ao público leitor. Desejamos esta singela obra que interesse aos membros das academias, assim como toda a população que curiosa queira ler os títulos aqui publicados.

O livro que temos a alegria de oferecer aos leitores foi construído pela reunião dos estudos que em conjunto nós desenvolvemos no período no curso de Mestrado do PPGD da Unoesc de Chapecó/SC, entre os anos de 2013 e 2014. Na escrita almejamos desconstituir a opinião comum despida de fundamento, permitindo-se repensar e se aferir novos rumos para enfrentar a apatia ao qual muitos permanecem imersos.

Neste primeiro livro nosso objetivo foi reunir artigos que discutem as questões que envolvem a Sociedade da Informação e o Ciberespaço, e os direitos fundamentais à privacidade e intimidade.

Publicamos em conjunto mais de dez artigos desde 2013 até hoje, são exemplos os seguintes: Legítimas Expectativas de Privacidade na Sociedade da Informação. Dissertação de Mestrado na UNOESC, defendida em dezembro/2014. A manipulação de dados pessoais nas relações de consumo e o sistema 'crediscoré'. Revista Civilística, v. 4, 2015. A constitucionalização do direito ao segredo no ordenamento jurídico brasileiro. Unoesc International Legal Seminar - Autumn 2014. Privacidade e Liberdade de Expressão na Sociedade da Informação. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 8, 2014. Presença e Influência do Direito ao Segredo na Constituição Federal de 1988. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 15, 2014. Privacidade na Sociedade da Informação: Controle e Direito ao Esquecimento em Espaços Públicos. Revista da Ajuris, 2013. Privacidade na Sociedade da Informação e o Direito à 'Invisibilidade' nos espaços públicos. Unoesc International Legal Seminar - Spring Brasil Alemanha, 2013. Análise dos limites à manipulação de dados pessoais nas relações consumeristas ante o caso Crediscoré. In: Roseli Teresinha Michaloski Alves; Salette Casali Rocha; Daniela Elizabeth Urió Mujahed. (Org.). Direitos Humanos e Diversidade, 2015. O Direito Fundamental à Intimidade como Limite à Manipulação de Dados Pessoais na Sociedade da Informação. CONPEDI. (Org.). XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC, 2014. Os Direitos Humanos na Sociedade da Informação e a Classificação de Indivíduos. In: Carlos Luis Strapasson; Eduardo Biacchi Gomes; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Coleção Direitos Fundamentais e Sociais na Visão Constitucional Brasileira, 2014. Privacidade na Sociedade da Informação e o Direito à 'Invisibilidade' nos espaços públicos. CONPEDI/Unicuritiba, 2013. Direitos Humanos na Sociedade da Informação Multicultural e a Classificação de Indivíduos. Conpedi/Uninove. 1 ed. Florinaópolis/SC, 2013. Vinculação interprivada do direito fundamental à privacidade. In: I Jornada Sul-americana de Direitos Fundamentais, 2015, Chapecó/SC. I Jornada Sul-americana de Direitos Fundamentais: Brasil, Argentina, Chile e Peru, 2015.

Apresentamos, pois, para a comunidade esta obra articulada com a alma de pessoas sensíveis ao mundo ao qual vivemos. Não se trata de repetir artigos de lei, nem de

escritas ingênuas pautadas em sonhos ancorados nas nuvens. Trata-se da ânsia de, movidos pela força da inquietude, tentar criar, inovar e fazer ver o que estava invisível ou adormecido.

Desejamos uma boa leitura!

Chapecó, inverno de 2015

Maria Cristina Cereser<sup>1</sup> Pezzella e Silvano Ghisi<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora no Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Unoesc, Professor em Direito e Advogado em Francisco Beltrão, no Paraná.

## **CAPÍTULO I**

*Privacidade na sociedade da informação e o direito à "invisibilidade" nos espaços públicos<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.



## 1 INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação, lastreada no primado do conhecimento, na criação, circulação e oneração da informação, consubstancia-se na atual forma de fomento das inter-relações pessoais, e no direcionamento dos aspectos econômicos, políticos, jurídicos e sociais, provocando alterações significativas no cotidiano. Nesse processo, a pessoa humana, em todo seu conjunto físico, moral e espiritual, também se transmuda em ser dependente de informações, onde dados e signos são sua vivificação em um novo plano de existência.

Com efeito, na Sociedade da Informação a pessoa é primeiramente representada por informações, ou seja, conhecida por dados, números, rotinas de compras e gastos, na forma de textos, imagens, sons e dados registrados. Esta nova percepção do indivíduo, como um ser informacional, passa a reclamar a proteção da privacidade, notadamente por se tratar de um direito fundamental de primeira grandeza, reconhecido como direito de personalidade, com caracteres de indisponibilidade, intransmissibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

A privacidade, entretanto, tradicionalmente é vista como o direito de estar só e a salvo da percepção alheia, o que é atingido pelo recolhimento do indivíduo ao um recôndito de preservação e ocultamento, como se operasse um escudo à intromissão ou curiosidade alheias. Tal feito é obtido pelo retorno do indivíduo a um espaço próprio e individual, exclusivamente privado, no mais das vezes refletido na residência inacessível e no sigilo das informações a seu respeito. Mas é no espaço público onde a presença das pessoas se faz descoberta, e é neste *momento* que a privacidade vem reclamar luz. A toda evidência, onde a princípio se mostraria incompatível a ideia de recato e ocultação, necessário se faz preservar o ser humano da percepção alheia, num sentido de garantir um direito à invisibilidade, ou melhor, um direito de não ser notado, de não ter sua presença detectada e divulgada aos demais. O problema se amplia diante do instrumental existente na Sociedade da Informação, e em virtude destas inúmeras inovações tecnológicas permitem que qualquer indivíduo possa ser vigilante dos que o cercam, quando munido de dispositivo e equipamentos cada vez mais potentes e invasivos, a exemplo: dos celulares, dos *tablets*, das câmeras e de gravadores de sons.

O presente estudo tem como objetivo conciliar o direito à informação e o livre acesso aos inventos tecnológicos, disponíveis na Sociedade da Informação, e como estes inventos podem demonstrar verdadeiros elementos de inclusão, com também o direito de que a presença pessoal nos espaços públicos não possa ser alvo indiscriminado e *desautorizado* do registro alheio, da conservação, da reprodução e da divulgação indevida.

## 2 PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à privacidade fulgura no conjunto dos direitos fundamentais, e como tal é também componente dos direitos humanos, admitidos como direitos que cabem ao ser humano pelo simples fato de assim se constituir (BOBBIO, 1992, p. 17), pois se trata de um *Ser* dotado de dignidade.

Em escorço histórico, explica Farias (2000, p. 70) que os direitos humanos “*inicialmente foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam, essencialmente, direitos de defesa contra o Estado*”. Evoluindo no tem-

po, novos direitos com mesma carga de relevância e necessidade passaram a ser reconhecidos, agora exigindo postura ativa do Estado para sua realização, como ocorreu com os direitos sociais, de acordo com Lucas (2010, p. 37-38),

No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século 18. Sob esse ângulo, é possível afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do Estado Moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do Estado de Direito.

A toda evidência, os direitos humanos despontam com intuito universalista, com ares de transnacionalidade, reclamando sua validade em qualquer parcela de tempo e espaço, justificados em que são direitos humanos pelo só e simples fato do seu destinatário, o ser humano, resultando na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Nesse passo, a ideia de transnacionalidade e validade universal dos direitos humanos, como concepção política, exige sua internalização nos ordenamentos jurídicos e sociais de cada país, por meio de normas jurídicas explícitas. Sarlet (2008, p. 31-32) compreende que os direitos humanos transmudaram-se para direitos fundamentais, assim:

embora sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Traçadas tais proposições, é certo que no processo de positivação dos direitos humanos para dentro das cercanias territoriais de cada país há um ato de escolha, cuja preocupação é trazida por Lucas (2010, p. 38-19):

A positivação dos direitos humanos, entretanto, não explica, por exemplo, o porquê da definição e da escolha de determinados direitos e não de outros; não explica por que diferentes sociedades ocidentais, com histórias política e econômica diversas, adotaram, em regra, uma mesma orientação valorativa na definição de suas cartas políticas de direitos humanos; não explica, ainda, o fato de sociedades não ocidentais concordarem, ao menos em parte, com um conjunto desses direitos mesmo antes das revoluções do século 18.

Nesta raia, se os direitos humanos que se pretendem universais e transnacionais, quando no processo de positivação sofrem opções, a positivação não deixa de ser a própria derrocada do intento universalista.

No caso do direito à privacidade, está assim reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XII: “*Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*” (grifou-se). E no processo de positivação, propriamente no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se pela Constituição Federal brasileira de 1988 esse mesmo direito contido no art. 5º, inciso X: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*” (grifou-se).

Pela dicção constitucional supratranscrita vê-se que o constituinte originário contemplou direitos à intimidade e vida privada, sendo que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 acolhe apenas a vida privada. O constituinte pátrio, porém, desdobrou a vida privada em uma faceta ainda mais específica, sob o caráter de um direito à intimidade, como defende Silva (2012, p. 206):

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputada, como outros, manifestação daquela.

[...]

Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas, [...]

Mendes e Branco (2011, p. 315), por seu turno, ainda que não percam de vista que privacidade e intimidade possuem arestas de contato, traçam a seguinte distinção:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizadas mais próximas.

Inegável, que ambos os autores acima citados, visam proteger a pessoa da interferência e intromissão alheia, por isso o foco consiste em almejar por a salvo de qualquer curiosidade e expectativa desautorizada. Verifica-se aqui a representação de forma nítida da preservação do princípio constitucional positivado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988), e de seus reflexos. Nessa toada, um tempero de concretidade aos direitos fundamentais da índole da privacidade e da intimidade adveio com o reconhecimento de pertença aos direitos de personalidade, como pontua Canotilho (2003, p. 396):

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, *direito à privacidade*), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo

e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (grifo nosso).

Como se nota, o direito de privacidade está inserido em uma categoria especialíssima de direitos do ser humano denominados de direitos de personalidade, estes que, segundo Farias (2000, p. 131), são classe

composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existente desde o seu nascimento. Em sua, os direitos de personalidade ‘concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades’.

Proveitoso atestar que os direitos de personalidade formam o plexo de valores existenciais da pessoa humana, nas mais variadas nuanças, envolvendo matizes materiais (integridade física), imateriais (nome, imagem, privacidade) e espirituais (honra), e como prefere Diniz (2008, p. 118),

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

A privacidade, portanto, é inegavelmente um direito humano, um direito fundamental, e enfim um direito de personalidade, de forma que para Doneda (2000, p. 128),

A proteção da privacidade, elemento indissociável da personalidade, merece esta tutela integrada, sendo provavelmente um dos casos em que ela é mais necessária. A cotidiana redefinição de forças e meios que possibilitam a intromissão na esfera privada dos indivíduos demanda uma tutela de caráter incessantemente mutável. [...]

Os autores que abordam os direitos de personalidade são unânimes em reconhecer neles integrada à proteção da privacidade. Há variações de amplitude e mesmo de nomenclatura com as locuções direito à intimidade, direito ao segredo, direito ao recato, direito à vida privada, direito ao respeito da vida privada, direito ao sigilo, entre outras. Passando ao largo do exame das características individuais de cada uma, é indiscutível, que estão superadas as discussões sobre a existência ou não da privacidade pelo ordenamento jurídico e, especificamente, pelo direito civil.

Inquestionável ser fundamental a proteção da privacidade na perspectiva do direito humano, como também sua essencialidade imprescindível à realização da dignidade da pessoa humana. Nesta trilha revela a privacidade o seu *status* no panorama atual de necessidade de proteção e com o objetivo de tornar eficazes os direitos fundamentais. O temor justificável consiste na falta de controle em barrar o uso indevido e indiscriminado dos aparatos tecnológicos que captam a presença humana de modo a causar lesão irreparável nos direitos atinentes a personalidade. Assim

como a Sociedade da Informação cria novas formas de relações interpessoais, também reclama novas formas de controle e de proteção diante dos riscos trazidos pelos meios tecnológicos, em virtude de seu uso indiscriminado e invasivo.

### 3 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Toffler (1998, *passim*) refere-se à Sociedade da Informação como um estado em que co-existiriam dois relógios, um analógico e outro digital. O primeiro a regular a vida humana presa a limites temporais e físicos, e o segundo como o que transcenderia estes limites exigindo acesso e ações simultâneas em torno e em razão da informação, como se presente um tempo e espaço paralelos. Este descompasso entre vivência e regulação das relações sociais, e o virtuoso processo de inovação tecnológica é sentido de outro modo por Rodotà apud Doneda (2000, p. 120):

Tem-se a sensação que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológicas e o mundo lentíssimo da proteção sócio-constitucional. Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência das soluções reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas à solução de um problema apenas.

A aparente desarmonia entre universo tecnológico-informacional e vida cotidiana, e a visão de que tecnologias determinam os rumos sociais, entretanto não sobrevive à crítica mais acautelada feita por Castells (2003, p. 43),

É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade descreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo. Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, dado que a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.

Na perspectiva dialética, a tecnologia incorpora a sociedade, e esta, por sua vez, faz uso da tecnologia. Não há se falar propriamente em “impacto” das novas tecnologias da informação sobre a sociedade, porque se assim ocorresse, o ambiente social deveria ser tomado como um recipiente vazio, não reativo, despido de dinamicidade, e que apenas suportasse as punções projetadas pelas tecnologias. Segundo Lévy (2003, p. 21), “não somente as técnicas são imaginadas, fabricadas e reintegradas durante seu uso pelos homens, como também é o próprio uso intensivo de ferramentas que constitui a humanidade como tal (junto com a linguagem e as instituições sociais complexas).”

No traçado dessa inescusável interdependência, continua o autor que “é impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo.” (LÉVY, 2003, p. 22). Nesse aspecto da Sociedade da Informação, não existe um simples impacto das tecnologias na sociedade, na medida em que o surgimento de tecnologias e sua infiltração no meio social é um processo dialógico intermitente, dependente de fatores multifacetados, por vezes inidentificáveis com precisão. Assim, não há uma

mera resposta à provocação instada pelas tecnologias, mas sim uma maneira autoconstrutiva do sistema social. Na visão sistêmica pode se ponderar, da seguinte forma:

Um sistema é constituído por elementos autoproduzidos e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade - mesmo que seja um último elemento não mais passível de ser decomposto - é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. (LUHMANN apud NEVES; SAMIOS, 1997, p. 25).

O comportamento apresentado pela Sociedade da Informação ante o contágio por novas tecnologias não se mostra como um revide, refulgindo como um reflexo já comprometido pela integração daquelas tecnologias. Na Sociedade da Informação a tecnologia implantada ganha existência própria e irradia influxos ao corpo social, tornando impossível regredir ao estágio anterior, diante das ramificações e interdependências que estendeu com a nova tecnologia integrada. Pelo mesmo fundamento, tudo que a partir de então passar a autoproduzir levará características da integração tecnológica experimentada. É este o sentido autopoietico ventilado por Luhmann, na direção da incorporação, internalização, revelação das tecnologias e o seu uso (ou não uso) pelas sociedades, como um sistema fechado, onde “informações são sempre constructos internos.” (LUHMANN apud NEVES; SAMIOS, 1997, p. 25).

Em esteira análoga, Lévy (2003, p. 25) afirma que a tecnologia tem papel, quando muito, condicionante, mas nunca determinante da sociedade e da cultura. Fenômenos sociais jamais são operados unidirecionalmente por relações de causa e efeito, pois “a multiplicidade de fatores e agentes proíbe qualquer cálculo de efeitos determinantes.” (LÉVY, 2003, p. 26).

Existem pontos de irreversibilidade das sociedades diante da incorporação das tecnologias, onde considerado o contato da sociedade com a tecnologia, no instante seguinte nem a tecnologia é a mesma, tampouco a sociedade, já tendo internalizado seu uso e despontada na produção de novas rotinas e técnicas com base naquela tecnologia implantada. Vislumbra-se que a informação, em sentido bastante geral e amplo, é que dá suporte às relações humanas; e a informação lapidada é a que confere sólidos sustentáculos à nova e complexa Sociedade da Informação, e que tem na infraestrutura de tecnologias de informática e comunicação a propulsão de uma inescondível e veloz dinamicidade.

A Sociedade da Informação, ou sociedade informacional como prefere Castells (2003, p. 57-60), apresenta características específicas que permitem sua identificação e percepção como formação autônoma. A primeira destas facetas é a de que a informação é sua matéria-prima, posto que as tecnologias evoluem adrede a propiciar a apropriação e uso da informação pelo ser humano. Como segunda característica está a profícua e elevada penetrabilidade, visto que a informação é elemento indissociável de toda ação humana, de sorte que são autopoieticamente afetadas por cada nova tecnologia.

Outra característica da Sociedade da Informação é sua flexibilidade, já que torna facilitada a reorganização, e a factível capacidade de redefinição, ressignificação. A interação de tecnologias é outra característica luzente da Sociedade da Informação, pois se observa o contínuo processo de diálogo entre áreas do conhecimento e tecnologias, com integração de elementos de eletrônica, telecomunicações, biologia e robótica.

Por fim, não há se falar em Sociedade da Informação, com a vertiginosidade que a se experimenta, sem reconhecer a característica sobranceira da lógica de redes, isto é, aparato essencial que permite a produção, compartilhamento e disseminação da informação, e ao mesmo tempo, no despertar de tecnologias para o trato e uso da informação. A propósito, essa conformação é reconhecida na Diretiva 2002/58 da Comunidade Europeia:

[...] O desenvolvimento da sociedade da informação caracteriza-se pela introdução de novos serviços de comunicações electrónicas. O acesso a redes móveis digitais está disponível a custos razoáveis para um vasto público. Essas redes digitais têm grandes capacidades e possibilidades de tratamento de dados pessoais.

Diante destas características, a Sociedade da Informação desconhece, *a priori*, limitações espaciais e temporais, negligenciando espaços públicos e privados, conferindo-se a si próprio cunho universal e incombátível.

#### 4 ESPAÇOS PÚBLICOS E ESPAÇOS PRIVADOS

A vivência na sociedade moderna perpassa diuturnamente pela oscilação da presença do ser humano entre espaços públicos e privados. A cisão entre recônditos privados e aberturas de espaços públicos é fruto da modernidade, numa clara associação ao reconhecimento do direito de propriedade, e daquilo se possa garantir de exclusivo aos indivíduos, pressuposto para em contraponto se poder falar em espaços não-privados, isto é, públicos e compartilháveis com uma coletividade. Rousseau (2006, p. 23) apresenta uma relação de integração do indivíduo que, pelo contrato social, submete-se reciprocamente a espaços públicos e privados, ressaltando que “cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do Estado em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano”. Na visão rousseauniana, a vontade geral reflete-se na coletividade, o espaço público, sobrepondo-se ao privado.

Habermas (2003, p. 92), porém, ao investigar a modernidade, à luz da burguesia, identifica uma vital conformação do espaço público, chamado de esfera pública, em cotejo com o espaço privado, tomando-o como um fenômeno social de interação e diálogo, expondo o jusfilósofo que:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeitadas em temas específicos. (HABERMAS, 2003, p. 92).

Essa concepção permite inferir que na sociedade existem os espaços privados (íntimos), notadamente representados pela família e sociedade civil, ao passo que também existem os espaços públicos (esfera públicas) nos quais, por meio do agir comunicativo, se propiciaria a intermediação entres sociedade e Estado. Entremeando esta inter-relação atuariam os direitos fundamentais, para de um lado assegurar o princípio da autonomia privada e propriedade, e de outro o exercício das liberdades públicas. Entretanto, *a participação ou mesmo a simples estada da*

*pessoa em espaço público é apreendida com Arendt (2007, p. 59-60), que vislumbra um locus temporal-espacial de aparecimento e visibilidade, quando assim descreve:*

a aparência - aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima ... vivem uma espécie de vida incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a tornar-se adequadas à aparição pública.

[...]

A realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado.

Martins (2005, p. 157), por sua vez, pressupõe um aspecto diferenciado dos espaços públicos, altercando que “em termos sociais, todavia, o espaço público designa a constituição de uma intersubjectividade prática, do reconhecimento recíproco como sujeitos, da ligação das pessoas e do encadeamento das suas acções na cooperação social.” E nesse propósito, Habermas (2003, p. 93), prospecta que

[...] as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual dos leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.

A par dos espaços públicos, os espaços privados apresentam-se como aqueles destinados ao exercício das faculdades privativas do ser humano que se quer deixar a salvo do conhecimento alheio, sobremodo entrelaçados com os ideais de privacidade, intimidade e sigilo. Nesse aspecto, Arendt (2007, p. 61) pondera que a “esfera pública só tolera o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante torna-se automaticamente assunto privado.”

A toda evidência, a dicotomia entre espaços públicos e privados identifica-se, num primeiro momento, sob o aspecto físico e espacial, tomando por base espaços físicos. Não se pode olvidar que o reconhecimento de um ambiente ser espaço privado ou público também está condicionado a um determinado momento histórico, e até mesmo no contingente cultural de determinada comunidade, pois quanto mais individualista for o pensamento cultural, mais espaços privados existirão, e do contrário, quando mais coletivo e transcendente ao indivíduo for determinada cultura, avolumar-se-ão os espaços públicos.

Ao presente estudo importa, pois, a qualificação dos espaços públicos e privados por seu cunho institucional e jurídico, na linha prelecionada por Martins (2005, p. 158):

Por sua vez, pelo critério institucional ou jurídico, são qualificados como públicos os lugares ou os problemas que relevam de uma instituição pública. Neste caso, o privado opõe-se ao público e o segredo ou a inacessibilidade constituem a condição da sua protecção. Podemos falar então do domicílio ou da empresa, que relevam

de uma autoridade privada, e das ruas ou das praças, que relevam da ordem pública. Dada esta incerteza, fica claro que não existe um espaço público natural e que a nossa atenção deve recair não apenas na evolução e na porosidade da fronteira entre público e privado, mas também na evolução das significações que estas noções revestem, por exemplo, nas deslocções entre uma acepção física concreta e uma acepção imaterial do espaço público.

De toda forma, a fronteira entre espaços públicos e privados nem sempre é pressentida e facilmente identificada, dado que experimentam um latente processo de imbricação, pela própria dinâmica dos sujeitos neles insertos e por meio deles reciprocamente envolvidos. Nesse contexto, a mediação tecnológica, característica da Sociedade da Informação, que propicia o trânsito entre tais espaços e fomenta o esmaecimento de barreiras entre eles, merece urgente atenção.

## 5 DIREITO À “INVISIBILIDADE” NOS ESPAÇOS PÚBLICOS

Como alhures visto, entre direitos fundamentais essenciais do ser humano está a privacidade, um verdadeiro direito proprietário de se ver a salvo de toda e qualquer intromissão alheia, nos moldes tencionados por Doneda (2000, p. 113):

O surgimento da doutrina do *right to privacy*, em matiz fortemente identificado com o direito ao isolamento, corresponde justamente a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa norte-americana, o final de século passado.

[...]

Tomado como garante do isolamento e da solidão, o direito à privacidade não se aprestava exatamente como uma realização de exigências naturais do homem, mas sim de uma classe.

Se a privacidade representa o direito de ser deixado em paz, traduzido da célebre fórmula do direito de estar só construída pelo magistrado norte-americano Cooley (DONEDA, 2000, p. 113), instiga saber se há campo e possibilidade de sua incidência nos espaços públicos, onde pairam a visibilidade tratada por Arendt (2007, p. 59-60) e os processos comunicativos enfocados por Habermas (2003, p. 92-93).

*O simples fato de o indivíduo apresentar-se em espaços públicos não permite concluir que se despiu de toda a proteção natural oriunda da privacidade.* Ainda que fora de seu reduzido universo particular, é certo que conserva escudo contra a intromissão alheia. Tal concepção engloba todo o universo de pessoas da comunidade, tenha alguma delas ou não qualquer participação pública de maior expressão. Mesmo nestes casos, quando em mira pessoas públicas, a doutrina reconhece que não abandonam por completo os obstáculos da privacidade em face das investidas alheias. Mendes e Branco (2011, p. 321-322) dedilham a questão:

Por vezes, diz-se que o homem público, i. é, aquele que se pôs sob a luz da observação do público, abre mão da sua privacidade pelo só fato do seu modo de viver. Essa impressão é incorreta. O que ocorre é que, vivendo ele do crédito público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria com reação ao pacato cidadão comum.

[...]

Fatos desvinculados do papel social da figura pública não podem ser considerados de interesse público, não ensejando que a imprensa invada a privacidade do indivíduo.

Como se nota, a doutrina supracitada admite um arrefecimento da proteção à privacidade da pessoa pública (políticos, artistas, celebridades em geral), tão-somente quanto a fatos relevantes ao papel social, que despertem a importância para o interesse público, sendo que os mesmos autores advertem que “decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse *do público*.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 321, grifo nosso).

Logo, se nem mesmo a figura pública é desnudada de toda sua privacidade nos espaços públicos, menos ainda o será o cidadão comum, o *homo medius*, cuja existência e presença é desimportante para o interesse público. Porém, ainda que a assertiva afigure-se lógica e razoável, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão datada do ano de 2004, externou posição em sentido diverso:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. *Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.* Recurso especial não conhecido. (STJ - 4ª Turma - REsp 595.600/SC - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - j. 18.03.2004 - DJ 13.09.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013). (grifo nosso).

Em que pese os argumentos do julgado acima, não se pode confiar numa suposta cláusula tácita de consentimento à exposição e apropriação da presença pessoal pelo simples fato de o indivíduo apresentar-se em determinado espaço público. Considerando que a privacidade visa à proteção de direitos de personalidades preciosos como à honra e imagem, indisponíveis que são (art. 11, Código Civil), *não há como supor que ao adentrar a um espaço público a pessoa tacitamente aceita ser alvo de toda e qualquer espécie de intervenção alheia.*

Na Sociedade da Informação a questão desponta mais espinhosa preocupação, uma vez que as tecnologias de comunicação, cada vez mais rápidas e vorazes, mais acessíveis e integradas aos afazeres cotidianos da vida comum, a exemplo de celulares, *tablets*, redes de comunicação de alta velocidade, transmissão eletrônica em tempo real, criam um ambiente em que cada indivíduo é ao mesmo tempo vigilante e vigiado de todos e por todos. Martins (2005, p. 158) expõe esta evidência:

Esta questão da fronteira entre espaço público e espaço privado abre caminho à reflexão sobre a mediação técnica, sobre o modo como as novas tecnologias da informação, que incluem os media, participam da redefinição da fronteira entre público e privado, ao misturarem em permanência lugares e actividades públicas e privadas. O exemplo-tipo desta realidade é a publicitação da intimidade nos media audiovisuais e na Internet, assim como, de um modo geral, a comunicação electrónica.

Silva (2012, p. 209-210) também se debruça sobre a questão, analisando que:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento 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.

A questão relevante é que nos espaços públicos da Sociedade da Informação cada sujeito que esteja dotado de um dispositivo tecnológico capaz de captar a presença de outros, pode registrar e reproduzi-la de forma instantânea, e para um contingente indeterminado de pessoas, sem qualquer autorização prévia de tal divulgação. Em outras palavras, em poucos comandos intuitivos de um dispositivo tecnológico (celular, *smartphone*, *tablets*) registra-se uma pessoa lendo jornal em uma praça, e no instante seguinte este registro está disponível em alguma rede social para livre consulta uma infinidade indeterminável de pessoas. Ocorrência desta natureza representa ofensa ao direito de privacidade, que no espaço público pode ser entendida como um possível direito à invisibilidade, um direito de não se notado e de não ter a presença registrada. A rigor, *apenas o consentimento expreso, inadmitindo-se consentimento tácito pela simples exposição, pode afastar a ofensa à privacidade nos espaços públicos*. Neste sentido já decidiu o STJ - Superior Tribunal de Justiça em histórica construção *juscultural* no ano de 2011, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.

1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos.

2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.

3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente.

[...]

10. *Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo*

*o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. [...] (STJ - 4ª Turma - REsp 1168547/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão j. 11.05.2010 - DJe 07/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2013). (grifo nosso).*

Emblemático nesse campo de discussão é o caso da modelo brasileira Daniella Cicarelli, que em 2006, numa praia de Ibiza, Espanha, foi flagrada em atos lascivos e sexuais com o namorado. Em instantes o vídeo ali captado foi lançado na Internet, espalhando-se tal qual um vírus de alta capacidade de replicação. A modelo ingressou com pedido judicial pretendendo que fosse vetada a exibição e circulação nos meios midiáticos da Internet, obtendo êxito no intento por força da decisão proferida no recurso de Agravo de Instrumento n. 472.738-4, julgado pela 4ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. A discussão empreendida centrou-se justamente da aferição da manutenção ou não do direito a privacidade por atos - no caso eróticos - praticados em espaço público, prevalecendo a tese de que:

Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e 'desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis' [...]

Não há motivo público que justifique a continuidade do acesso.

[...]

Tendo em vista que o vídeo não contém matéria de interesse social ou público, há uma forte tendência de ser, no final, capitulada como grave a culpa daqueles que publicaram, sem consentimento dos retratados e filmados, as cenas íntimas e que são reservadas como patrimônio privado. Portanto e porque as pessoas envolvidas são conhecidas, a exploração da imagem poderá ter um sentido e uma conotação mercantilista, o que justifica mensurar a *astreinte* na mesma proporção das vantagens que as requeridas pretendem auferir com a divulgação, sob pena de se tornar inócua a providência judicial. (TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento 472.738-4 - Rel. Des Ênio Santarelli Zuliani - j. 28.09.2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013).

O pronunciamento judicial acima incorpora, em sua justificação, os postulados encetados por Mendes e Branco (2011, p. 320-321) no tocante às pessoas de fama expostas em espaços públicos, numa visível vinculação com a relevância pública da divulgação:

Verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo.

[...]

O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade.

Com efeito, o caso analisado continha dois fatores que o tornaram especial a ponto de suscitar elevada argúcia na busca da solução jurídica adequada. O primeiro por se tratar de pessoa famosa, e que assim naturalmente detém menor “pretensão de retraimento da mídia” (MENDES;

BRANCO, 2011, p. 321). O segundo fator consistiu em que as cenas captadas envolviam a prática de atos eróticos em local público, cuja reprovabilidade da conduta despertou a ideia de que, diante da prática consciente de ato impróprio, estariam os indivíduos envolvidos impedidos de reclamar contra a divulgação e exposição do fato.

Destaque-se as razões do voto divergente e vencido, nas palavras do Desembargador Maia da Cunha, *in verbis*:

Pessoas públicas, cuja popularidade atrai normalmente turistas e profissionais da imprensa em geral, particularmente os conhecidíssimos “paparazzi” da Europa, não podem se dar ao desfrute de aparecer em lugares públicos expondo abertamente suas sensualidades sem ter a consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, até porque ninguém ignora, como não ignoravam os autores, que hoje qualquer celular grava um filme de vários minutos com razoável qualidade.

[...]

Quem age assim em local absolutamente público, sendo pessoa pública, não pode reclamar da exposição que a mídia em geral dá pela natural curiosidade do ser humano em relação aos artistas e modelos famosos. Exposição que não passa daquela exposta pelos protagonistas, que, embalados pelo sucesso e pela paixão do momento e do lugar, não se preocuparam com a própria privacidade e intimidade. A veiculação do filme verdadeiro nada mais é do que a realidade no limite que os próprios autores explicitamente consideraram razoável quanto às suas privacidades e intimidades. (TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento 472.738-4 - Rel. Des Ênio Santarelli Zuliani - j. 28.09.2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013).

Com efeito, o fato de tratar-se de pessoa de notoriedade e fama a reclamar a tutela da privacidade em espaços públicos induz tônica peculiar e agudizante ao tema. Nada obstante isso, mostra-se extremamente relevante contemplar o trato à privacidade do cidadão “comum”, cuja vida cotidiana, profissional e social, não é ordinariamente alvo dos holofotes, não desperta a curiosidade e a ânsia da expectativa pelo público. Nesse contexto, duas ocorrências envolvendo pessoas comuns e os meios de captação da presença próprios da Sociedade da Informação servem de mote à discussão.

O primeiro, verificado em março/2009 na cidade de Londres, quando um homem fora flagrado pelo serviço *Google Street View*<sup>1</sup> com carro estacionado em frente a uma loja Sex Shop. A esposa surpreendeu-se ao ver pela Internet a imagem de seu marido captada pelo serviço, pois imaginava que o cônjuge estava em outra cidade. Segundo relata a notícia publicada no Jornal The Sun,<sup>2</sup> o fato desaguou no divórcio do casal.

O segundo caso, similar ao primeiro, é de uma mulher russa que ao buscar em serviço parecido com o *Goggle Street View* informações sobre determinada rua de sua cidade, acabou vi-

<sup>1</sup> O Google Street View é um serviço on-line que permite explorar lugares no mundo todo por meio de imagens em 360 graus no nível da rua, mediante acesso público via internet.

<sup>2</sup> Notícia disponível em: <<http://www.thesun.co.uk/sol/homepage/news/article2350771.ece>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

sualizando imagem de seu namorado na companhia de outra mulher. O fato também levou ao fim do relacionamento.<sup>3</sup>

Como se nota, nos dois casos acima as pessoas expostas não ostentavam caracteres de pessoa de notoriedade pública. Em comum apenas a presença em espaços públicos, captada por refinados mecanismos eletrônicos e reproduzidos na rede mundial de computadores. Tanto aqui, quando no anterior caso da modelo Daniela Cicarelli, detecta-se um ponto em comum: a disseminação na rede mundial de computadores (Internet) da imagem captada em espaço público, com os efeitos deletérios que então se viu.

Nesse contexto, a indagação que se deve fazer é se no espaço público a pessoa pode opor-se à captação de sua presença, a conservação desta sua representação e, num momento posterior, sua exibição a um auditório qualquer, que na era da Sociedade da Informação representa fortemente a disponibilização na Internet. O questionamento necessário consiste em desvelar se se pode reclamar um direito à “invisibilidade” nos espaços públicos, uma prerrogativa de não ser notado, de ter sua presença e passagem efêmera, vendando seu registro e o aprisionamento daquele passado de aparição nos meios eletrônicos e midiáticos. Trata-se aqui também do chamado *direito ao esquecimento*, que será objeto de discussão aprofundada num próximo estudo.

À circunstância, Diniz (2002, p. 101) discute que a restrição à tutela da privacidade em espaços públicos é válida sempre que a pessoa ali não é destacada com ênfase, na medida em que o objetivo da captura é de divulgar um determinado cenário no qual a pessoa afigura-se como mero elemento acidental, secundário e, assim, desimportante. Em outras palavras, a pessoa não é o foco daquela representação. Pensamento análogo é partilhado por Mendes e Branco (2011, p. 320), para quem:

Em princípio, se alguém se encontrar num lugar público está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento tácito na exposição. A pessoa não poderá objetar a aparecer, sem proeminência, numa reportagem, se se encontra em lugar aberto ao público e é retratada como parte da cena como um todo.

Na Sociedade da Informação, porém, os mecanismos de captação e registro de informações conduzem a que a imagem pessoal possa ser aprisionada para a posteridade, *aniquilando o direito ao esquecimento*, uma vez que a divulgação pela Internet desconhece barreiras espaciais e temporais, sem se olvidar ainda da velocidade do fluxo das informações e da intercomunicação de equipamentos e dispositivos permite a qualquer pessoa armazenar e replicar cópia daquela representação pessoa captada. A toda evidência, é um cenário diferente daquele abrangido outrora por jornais, revistas, e mesmo pela televisão.

Nesse passo, a tese de consentimento tácito na exposição em espaços públicos merece temperamento, pois se deve rememorar que se está diante de direitos de personalidade cuja proteção à sua exposição injusta advém justamente da tutela da privacidade, pois como pontua Farias (2000, p. 152-153), “se o seu titular pode exercer atos de disposição sobre o direito à própria imagem livremente, não pode privar-se totalmente do mesmo, em razão de ser esse um

---

<sup>3</sup> Notícia disponível em: <<http://newspressrelease.wordpress.com>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

direito da personalidade (e portanto, inalienável, irrenunciável, inexpropriável, intransmissível e imprescritível).”

Por razões de legítimo interesse público, especialmente em casos de saúde e segurança pública, os espaços públicos poderão ser vigiados e funcionar como ambientes de recolhimento latente da presença das pessoas. Nesta perspectiva pode haver a instalação de equipamentos como câmeras de segurança em prédios públicos, nas ruas e nas praças, mas destaca-se que as imagens e cenas captadas serão mantidas em sigilo e contra terceiros, justamente porque falta interesse público na divulgação livre, aberta e incondicionada destes registros. Nessa perspectiva, a Diretiva 95/46 CE da Comunidade Europeia identifica:

Considerando que os dados susceptíveis, pela sua natureza, de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à vida privada só deverão ser tratados com o consentimento explícito da pessoa em causa; que, no entanto, devem ser expressamente previstas derrogações a esta proibição no que respeita a necessidades específicas, designadamente quando o tratamento desses dados for efectuado com certas finalidades ligadas à saúde por pessoas sujeitas por lei à obrigação de segredo profissional ou para as actividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por objectivo permitir o exercício das liberdades fundamentais;

Considerando que, sempre que um motivo de interesse público importante o justifique, os Estados-membros devem também ser autorizados a estabelecer derrogações à proibição de tratamento de categorias de dados sensíveis em domínios como a saúde pública e a segurança social - em especial para garantir a qualidade e a rentabilidade no que toca aos métodos utilizados para regularizar os pedidos de prestações e de serviços no regime de seguro de doença - e como a investigação científica e as estatísticas públicas; que lhes incumbe, todavia, estabelecer garantias adequadas e específicas para a protecção dos direitos fundamentais e da vida privada das pessoas.

Em outro plano, enfim, para os casos concretos acima analisados nota-se que o direito à privacidade merece prestígio. Porém, no primeiro caso, porque a captação da imagem teve como foco justamente as pessoas incluídas no cenário, é possível objetar-se tanto à captação e registro da imagem quanto à sua posterior divulgação e exposição. No segundo, por ser parte do cenário, mas apenas como elemento accidental, quer parecer inviável opor-se à captura, porém válido combater a exposição, divulgação e o armazenamento da representação pessoal para a posteridade, porque o direito de não ser notado reflete-se aqui na garantia de não ter sua aparição levada livremente a conhecimento de terceiros, sobretudo no universo infundável e incontrolável da rede mundial de computadores e similares.

Infere-se que na Sociedade da Informação o direito à privacidade recebe nova roupagem, descrita por Doneda (2000, p. 120) como “uma transformação na definição do direito à privacidade, do ‘direito de ser deixado em paz’ para o ‘direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito’”. No todo contextualizado, nos espaços públicos da Sociedade da Informação precisa ser defendida à pessoa, famosa ou não, o direito a uma passagem efêmera e delével, sem resquícios à posteridade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se ao longo deste estudo que o direito à privacidade faz parte do grande arcabouço dos Direitos Humanos, inclusive com expressa referência na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ali denominado de direito à vida privada. Na Constituição Federal brasileira de 1988 recebe o mesmo nome, acompanhado de um desdobramento na forma de direito à intimidade, um aspecto mais profundo e atinente a traços ainda mais íntimos e reservados da vivência humana. Privacidade e intimidade, de toda forma, são pressupostos para o exercício de direitos de personalidade, como a imagem e honra. Nos dias de hoje o estudo do direito à privacidade não pode ignorar a Sociedade da Informação, realidade permeada pelo imprescindível trânsito de informações imbricadas com a aplicação de tecnologias. A utilização de informações e tecnologias, assim como sua reprodução e replicação, é uma constante que caracteriza a Sociedade da Informação e as relações sociais que nela se estabelecem, de tal modo que corpo social e pessoas individualmente consideradas tornam-se dependentes da dinâmica tecnológica informacional continuamente auto-redefinadora.

A velocidade com que as práticas e transformações ocorrem na Sociedade da Informação acende questionamento sobre a proteção da privacidade em espaços públicos e privados, sendo aqueles reconhecidos como *locus* de amplo diálogo e auditório aberto, com franca exposição e visibilidade das pessoas, e os últimos recônditos de reserva, aptos a acondicionar aquilo que se quer proteger do conhecimento alheio. *Porque a Sociedade da Informação consubstancia-se numa realidade que desconhece barreiras físicas, o uso de tecnologias de captação da presença pessoal em espaços diversos traz à tona a discussão se, nos espaços públicos, de tradicional exposição e visibilidade pessoal, existiria proteção à privacidade, e se o indivíduo poderia invocar um pretensão direito de não ser notado, de não ter sua presença captada, registrada e reproduzida. Em outras palavras, coube perquirir se o indivíduo tem direito à “invisibilidade” nos espaços públicos, para pô-lo a salvo de toda e qualquer intromissão alheia.*

Analisando casos concretos bastante emblemáticos, um deles envolvendo a modelo brasileira Daniela Cicarelli, e outros dois sobre o serviço *Google Street View* e análogo, pode-se traçar distinções quando pessoa famosa cuja presença foi captada por instrumentos e tecnologias de informática e informação, e quando se tratar de cidadão comum, mas, sobretudo, com o adendo de que o fator de maior relevância é a posição da pessoa no cenário da captação da imagem, e quanto mais o foco for a pessoa que aquilo que a cerca, mais firme e defensável será a invocação do direito de não ter sua presença notada e divulgada.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. Organização do texto Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa, Portugal: Almedina, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ujuí: Unijuí, 2010.
- MARTINS, Moisés de Lemos. Espaço público e vida privada. *Revista Filosófica de Coimbra*, p. 172, 2005. Disponível em: <[www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/espaco\\_publico\\_e\\_vida\\_privada](http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/espaco_publico_e_vida_privada)>. Acesso em: 07 mar. 2013.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS: Goethe-Institut: ICBA, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 23. ed. São Paulo: Record, 1998.
- UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

UNIÃO EURPÉIA. Diretiva 2002/58 CE, de 12 de dezembro de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

## **CAPÍTULO II**

*Biografias não autorizadas: um exame a partir da  
tensão entre os direitos à liberdade de expressão e à  
privacidade na sociedade da informação*



## 1 INTRODUÇÃO

Das liberdades reconhecidas ao indivíduo, pode-se respigar aquela de se reservar da percepção alheia, e aquela de se por em evidência a todos pela expressão de pensamento, mediante opiniões, atitudes e criações intelectuais e artísticas. Na primeira está o direito à privacidade, decorrente da matriz da liberdade, representando a autonomia do indivíduo para pôr-se a salvo do contato e intromissão alheia, buscando refúgio, isolamento e solidão, de modo a impedir o conhecimento por terceiros de fatos relacionados à sua vida particular. Na segunda o direito à liberdade de expressão, também decorrente da matriz da liberdade geral, capaz de criar e de livremente levar ao conhecimento alheio os resultados do espírito sensível e inventivo humano, sem prévia censura ou limitações.

Na Sociedade da Informação, caracterizada pela efervescência e profusão de tecnologias de informática e comunicações, e por dispositivos tecnológicos variados que possibilitam a captura e divulgação de imagens e dados pessoais, e com isto avoluma as possibilidades de expressão artística, os direitos à privacidade e a liberdade de expressão recebem nova tônica e não raro põem-se em sentido antagônicos.

Com este ímpeto, o presente estudo almeja discutir a delicada questão das biografias não autorizadas e a tensão que estabelece entre privacidade e liberdade de expressão, e nesse exame investigar um caminho possível para a resolução do impasse daí surgido.

## 2 DIREITOS À PRIVACIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para certa celeuma nas discussões jurídicas em torno do que sejam direitos humanos e direitos fundamentais, ponderando Sarlet (2008, p. 31-32) que ambos os termos são frequentemente tratados como sinônimos, até porque direitos fundamentais em sua essência não deixam de ser direitos humanos. Contudo o constitucionalista evidencia diferença importante entre eles, atrelada ao um nível de objetivação e vinculação.

Assim, admitem-se como direitos humanos aqueles a princípio de intuito universalista, atribuíveis aos seres humanos pelo simples fatos de se tratarem de seres humanos, segundo proposta de Bobbio (2004), sendo válidos, aplicáveis e exigíveis além de qualquer fronteira espacial ou restrições de ordenamentos jurídicos, e presentes em instrumentos internacionais (Declaração, Convenções, Pactos), ainda que não exclusivamente. Nesse passo, o diploma internacionalista de maior expressão relacionado a direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Os direitos fundamentais, por seu turno, são aqueles *a priori* reconhecidos como direitos humanos, eleitos como valores fundantes de uma determinada ordem jurídico-política, e incorporados em ordenamentos jurídicos internos por uma matriz constitucional. Em outras palavras, os direitos fundamentais de um povo são os direitos humanos constitucionalmente assegurados, positivados em uma ordem jurídica e amiúde consignados nos textos das Constituições.

Sem se olvidar sobre as sérias discussões em torno da influência cultural e o relativismo no tocante aos direitos humanos, é a distinção acima discorrida entre direitos humanos e direitos fundamentais que se adota no presente estudo.

Fixadas estas premissas, cumpre investigar se a privacidade e a liberdade de expressão se enquadram como direitos fundamentais, sendo então pressuposto necessário buscar identificá-las entre os direitos humanos.

Analisando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, localiza-se o direito à privacidade no art. XII, ao dispor que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” Por outro lado, o direito à liberdade de expressão está contido no art. XIX da mesma Declaração, prevendo que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Na linha antes fixada, portanto, a privacidade e liberdade de expressão consistem em direitos humanos, e se não bastasse para tanto vê-las na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, será possível também identificá-las nos art. XXII e XII da Declaração Universal Islâmica de 1982, respectivamente, e no art. 21 e 32, 1, da Carta Árabe dos Direitos Humanos de 2004, o que revela razoável consenso dos povos pelo reconhecimento da importância dos mesmos direitos, reafirmando seu caráter universalista.

Firmada a compreensão de que privacidade e liberdade de expressão são direitos humanos, faz-se importante compreender o que sejam, principiando pela privacidade.

Dentre as várias concepções sobre o tema, em que pese algumas variações, a privacidade pode ser compreendida a partir da proposição de Mendes e Branco (2011, p. 315) como o direito que tem por objeto “os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público.” Em concepção ampla, a privacidade consiste naquele conjunto de informações do indivíduo sobre as quais ele próprio tem o poder de manter sob seu controle, confidenciais, até que resolva comunicar a alguém, e a quem levar o conhecimento destas informações e sob quais condições, sem ser obrigado a efetuar tal revelação por meios legais, consoante também explica Silva (2012, p. 206).

A toda e vidência, a privacidade tem importância se considerada com um direito de relação, na medida em que só se pode clamar por respeito à privacidade diante do estabelecimento de relações fáticas e jurídicas com outros indivíduos ou com uma determinada comunidade em que se esteja inserido.

Esta compreensão é referendada por Doneda (2006, p. 8-9) ante a constatação de que o direito à privacidade ganhou relevo a partir do momento em que a pessoa humana passou a ser o centro dos ordenamentos jurídicos. Isto lhe confere uma roupagem especial, porque passa a ser um direito essencial à autonomia pessoal, albergando proteção ao pensamento, às emoções e sentimentos, ou seja, expressões da vivência humana e do modo de ser e se realizar do indivíduo, tornando-se um direito de personalidade.<sup>1</sup>

A privacidade experimentou um importante processo evolutivo, passando de um direito totalmente individual, refletido na fórmula do “direito de ser deixado só”, para um novo aspecto

---

<sup>1</sup> O caráter de a privacidade ser um direito pertencente ao universo de direitos de personalidade pode ser apreendido, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, por sua explícita menção no art. 21 do Código Civil vigente.

de direito adrede à realização da pessoa e desenvolvimento de sua personalidade. Todavia, Done-da (2006, p. 9) não descarta que a privacidade mesmo hodiernamente continua ostentando traços individualistas oriundos de sua forma originária. De fato mantém tais nuances, e são importantes para seu fortalecimento.

Quase em simbiose com a privacidade está a intimidade, sendo na verdade um desdobramento da primeira, e assim merecendo distinção. Segundo Mendes e Branco (2011, p. 315), “o objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.” Vieira (2007, p. 36), vai além e afirma que a intimidade consiste em um aspecto mais profundo, pois “por corresponder à esfera mais interior do indivíduo, deve ser sempre mantida em segredo, inacessível e escondida, sendo de conhecimento apenas do próprio titular.”

De toda forma, é consenso doutrinário que a privacidade configura uma aura de proteção, tendente a barrar a intromissão alheia, mais ampla que a intimidade.

Já a liberdade de expressão tem raízes no direito geral de liberdade, consubstanciando-se em uma conquista das sociedades modernas, antecedendo à própria ideia de Estado. Para Constant (1985), a liberdade é “para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos.” Silva (2012, p. 233), por sua vez, discorre que a liberdade “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”

A toda evidência, a liberdade de expressão erige-se com um direito subjetivo dos indivíduos a partir da modernidade, ante a secularização e quebra característica da religião como única fonte legítima de conhecimento. A razão permitiu a cada indivíduo conhecer e produzir conhecimento, gerar e transmitir informações, dependendo da liberdade de expressão para o desenvolvimento dessa função. A ruptura com o discurso teológico estabelecido de dogmas deu origem a verdades questionáveis, segundo ilação de Fernandes (1990), o que permitiu o franco desenvolvimento da liberdade de expressão. Com efeito, Toller (2010, p. 26) mostra que entre as teorias justificadoras da liberdade expressão mais disseminadas e aceitas está a que toma como seu fundamento o descobrimento da verdade.

A liberdade, portanto, confere autonomia, faculdade, prerrogativas e escolhas. A liberdade de expressão é dotada destes mesmos aspectos, e de acordo com Meyer-Pflup (2009, p. 42), “é intrínseca à natureza do homem expor suas ideias, opiniões, pensamentos, sensações e sentimentos e tentar convencer os demais sobre a importância e veracidade deles.” Daí porque, a princípio, o direito de manifestar o pensamento, de exprimir ideias e criações, deve ocorrer de forma livre, sem ameaças ou limitações jurídicas prévias.

A liberdade de expressão, assim, segue a ideia geral de proibição de censura prévia, apresentada por Toller (2010, p. 23-25) sob a denominação de doutrina das restrições prévias, a *prior restraint doctrine* do direito anglo-saxão.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Esta doutrina é também conhecida por ideia blackstoniada ou princípio de Blackstone, em referência a William Blackstone que, no século XVIII, expôs em comentários a leis inglesas o que viria a ser condensado como as bases da liberdade de imprensa e, conseqüentemente, da liberdade de expressão.

Compõe o núcleo desta doutrina, primeiramente, a concepção de que nenhuma ideia, nenhum pensamento, nenhum tipo de manifestação está previamente vedado ou sujeito a algum filtro autorizativo, de modo que há um direito de que toda expressão seja difundida ao menos uma vez. A partir daí, a segunda concepção revela um sistema repressivo, fundando na sanção posterior à divulgação ou publicação da manifestação, quando já produzido um dano.

Preciosa ao pensamento liberal, a liberdade de expressão, na sua conotação mais pura, pode ser apreendida do pensamento de Mill (2004, p. 77), quando cogita que se toda a humanidade tivesse a mesma opinião sobre certa questão, menos uma pessoa, a humanidade seria tão injusta em impedir esta pessoa de expor seu ponto de vista, como seria injusta esta pessoa se tivesse poder de impedir que a humanidade toda opinasse. A peculiaridade do prejuízo resultante do cerceio da liberdade de expressão está em que comete um atentado à raça humana, tanto às gerações presentes quanto às futuras. A expressão da opinião não é um bem apenas pessoal cuja restrição pudesse acarretar algum prejuízo somente aos indivíduos impedidos de manifestá-la; o mal causado pelo impedimento à liberdade de expressão atingiria toda a humanidade.

Nessa conformação, a liberdade de expressão de pensamento e opinião encontraria rarefeitas restrições, e especialmente o Estado não poderia previamente determinar que opinião poderia ser manifestada e qual não poderia, sob pena de afronta à própria constituição do ser humano como sujeito autônomo e dotado de consciência livre. Segundo Mill (2004, p. 127), apenas o prejuízo aos demais membros da sociedade pode funcionar como fator legitimador de limitações à livre manifestação de pensamento.

A caracterização da liberdade de expressão como direito reconhecido sem limitações estatais *a priori* é destacada por Farias (2008, p. 143), para quem a liberdade de externalizar pensamentos, opiniões, criações, etc., é uma característica das sociedades democráticas, servindo de “termômetro do regime democrático”, ou seja, quando mais se garante a liberdade de expressão, mais democrática será a sociedade e seu sistema jurídico, pois representará menor tentativa de intromissão estatal no âmago dos indivíduos e em suas consciências. Nesta mesma direção Gonzales (1992, p. 14) argumenta que a gradação da liberdade de expressão, bem como sua flutuação, permite captar o estágio de progresso social atingido e as perspectivas de mudanças políticas.

A relevância jurídica e social da liberdade de expressão está na possibilidade de fazer com que outros conheçam o conteúdo dos pensamentos e opiniões do emissor, pois o pensamento enquanto involucrado no íntimo do indivíduo não acarreta maiores problemas e importância. Silva (2012, p. 241), reportando-se a Pimenta Bueno, alterca que o homem não vive concentrado só em seu espírito, pois não é isolado, e sim um ser social. Somente a vivência social, com atuação perante seus semelhantes é que dá tônica e importância à liberdade de expressão, pois ela pressupõe um interlocutor ou ao menos um ouvinte ou expectador.

Outrossim, quando a expressão do pensamento se traduz em arte, assume a forma de liberdade de expressão artística, vertente de garantia da exteriorização do espírito humano sensível e inventivo. A propósito, a importância da possibilidade de levar ao conhecimento alheio o resultado das criações intelectuais e artísticas humanas é ressaltada por Miranda (2006, p. 764), pois “não há liberdade de criação sem liberdade de expressão [...] E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções.”

Traçadas estas limitações conceituais sobre os direitos a privacidade e liberdade de expressão, é importante verificar, para o caso brasileiro, se também podem ser alocados na categoria dos direitos fundamentais. A conclusão é positiva, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 incluiu no rol de direitos fundamentais a privacidade sob a denominação de “vida privada” ao lado da intimidade (art. 5º, X), ao passo que a liberdade de expressão está contida na fórmula mais ampla da liberdade de pensamento (art. 5º, IV) e na previsão específica de serem livres a expressão de atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, que não dependerão de censura ou licença (art. 5º, IX).

Nesse plano, o reconhecimento do caráter de direito fundamental à privacidade e à liberdade de expressão, no ordenamento jurídico pátrio, ajusta-se a uma das propostas apresentadas por Alexy (2012, p. 66-69) no sentido de que normas de direitos fundamentais são aquelas que o próprio texto constitucional classifica como tal, isto é, insere em conjunto de disposições expressamente tituladas como direitos fundamentais.

### 3 BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

#### 3.1 INFORMAÇÃO E TECNOLOGIAS

A realização da privacidade opera uma barreira para o conhecimento e intromissão alheia quanto aos aspectos da vida pessoal privada, concedendo ao titular o direito de refúgio e isolamento, e o direito de oposição contra qualquer tentativa de expectativa ou auscultação alheia. Outrossim, a liberdade de expressão pressupõe ausência de limitações, a autodeterminação sem sujeição a controle e censura para se expor o que se pensa, o que se imagina, o que se cria, a respeito de coisas e também de pessoas.

Inevitável, assim, que estes dois direitos de peso por vezes sejam levados a colisão, ocorrência fortemente ascendida na Sociedade da Informação, ou Sociedade Informacional como prefere Castells (1999, p. 57-60), onde a informação é o pressuposto de existência, e o fluxo e transmissão dessa informação é o fator de sua sustentabilidade. As tecnologias, por sua vez, permitem armazenar este conhecimento e empregá-lo na transformação do mundo e na geração de outros conhecimentos.

Como descrevem Briggs e Burke (2002, p. 292), a Sociedade da Informação passou a unir um grupo de aspectos até então fragilmente ligados, isto é, conhecimento, notícias, literatura, entretenimento, que fluem, transitam e se compartilhar por diferentes meios e materiais midiáticos (papel, tinta, cine, rádio, televisão e computadores). Essa ocorrência se tornou possível pelas tecnologias de informática e comunicações cada vez mais rápidas e baratas, mais acessíveis e integralizadas aos afazeres cotidianos da vida comum, a exemplo de celulares, *tablets*, redes de comunicação de alta velocidade.

Nesse contexto, os mecanismos tecnológicos e comunicacionais da Sociedade da Informação tornam fértil o campo para o exercício da liberdade de expressão, inclusive para a expressão artística, já que conferem facilidades para a pesquisa, a criação e divulgação das obras e seus autores.

O aspecto diferencial consiste em que a manifestação de pensamento e opinião pode ser levado a um contingente indeterminado de pessoas em reduzido espaço de tempo (minutos ou segundos), sem gastos, não se dependendo de uma fonte de produção ou geração da informação formatada (gráfica, editora, produtora de áudio e vídeo, etc.). Antes do advento das tecnologias

de informática e comunicações, em especial da Internet, o exercício da liberdade de expressão se perfectibilizava *grosso modo* por escritos em papel, vídeos e áudios, ou pronunciamentos em tempo real pelo emissor a um determinado público, circunstâncias que geravam considerável custo e se alcançava gama bastante inferior de indivíduos atingidos pela comunicação. Daí porque sua ligação íntima com a liberdade de imprensa, o que inclusive está refletido na Constituição Federal brasileira ao dedicar regulação especial à Comunicação Social (art. 220 a 224).

Basta exemplificar que se existisse a intenção de divulgar um manifesto escrito contra determinada política governamental, o indivíduo interessado precisaria submeter a impressão a uma gráfica, ainda que artesanal, além de disseminar o impresso mediante distribuição pública, envio pelo correio, afixação em locais de visibilidade, etc. Além disso, o âmbito de indivíduos atingido ficaria sobremodo restrito à localidade do emissor e aos demais dele já conhecidos ou com quem tinha contato prévio, dependendo de eventuais ações destes na reprodução do conteúdo e transmissão ao outros grupos.

A união de tecnologias de informática e comunicações desfez estas barreiras, tornando cada indivíduo uma fonte de produção e distribuição de conteúdos, eliminando a necessidade de intermediários na geração e formatação de manifestações de pensamento e opinião, além de ampliar indefinidamente o contingente de pessoas receptoras destas comunicações. Essa conformação é retratada por Levy (1999, p. 193) ao discorrer sobre os novos modelos de comunicação e de acesso à informação que são definidos pelo caráter diferenciado e personalizável, pela reciprocidade e um estilo de navegação hipertextual, isto é, formado por nós interligados por inúmeras conexões.

Estes fatores tecnológicos permitiram que a geração, reprodução e transmissão de conteúdos, a partir de uma rede de participação global, resultaram numa tecnologia de massa, ampliando significativamente o número de atores e interlocutores neste ambiente, seja na produção de conteúdos (informações) seja como sujeitos receptores, entretanto aqui dotados da facilitada capacidade de armazenar e disseminar a outros a informação recebida, ante as habilitações permitidas pelos dispositivos tecnológicos e softwares.

Com efeito, a possibilidade de manifestação e de obter informações nesse aparato da Sociedade da Informação não ficou restrita a uma elite, já que, de acordo com Briggs e Burke (2002, p. 292), se consubstanciaram em um meio de massas, o que foi essencial para a pujança e lastreamento nos mais variados níveis da vivência humana e das relações interpessoais, sociais e jurídicas.

Em outras palavras, qualquer sujeito que esteja munido de um dispositivo tecnológico capaz de captar a presença de outros, pode registrar e reproduzi-la de forma instantânea para um contingente indeterminado de pessoas, sem qualquer autorização prévia de tal divulgação, assim com utilizar estas captações na criação de qualquer conteúdo, inclusive de cunho artístico, e posteriormente divulgá-lo, sem qualquer consentimento ou autorização da pessoa cuja imagem ou dados foram captados.

De fato, as tecnologias de informática e comunicação propiciam a captação da presença humana e sua reprodução pelos diversos ambientes, podendo recair em imagens, sons e dados pessoais, que são aspectos relevantes do direito à privacidade e merecem prudência. Por outro lado, a limitação prévia da possibilidade de coleta destes dados, e sua produção e disseminação como

forma de manifestação de pensamento, deve ser conduzida com cautela, ante o risco de constituir ação antidemocrática, censuradora e violadora de liberdades de expressão.

Nota-se que a publicidade é o aspecto determinante à liberdade de expressão, pois precisa ter visibilidade de modo a tornar-se apta ao conhecimento alheio, e a privacidade é o obstáculo mais firme contra a publicidade de fatos inerentes à vivência pessoal de cada indivíduo, o que justificou a proteção na forma de direito fundamental na Constituição Federal de 1988. De acordo com Pereira (2001, p. 73),

Ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o texto constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou constrangimentos, destarte garantindo-se, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via da publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos.

O fator que dá maior tom à preocupação em torno da tensão entre liberdade de expressão e privacidade, na Sociedade da Informação, consiste no fato de que as tecnologias permitem a eternização dos pensamentos e opiniões manifestados, sua posse por uma infinidade de pessoas, e a instantânea ou posterior reprodução e reverberação, ampliando significativamente o universo de pessoas que podem chegar ao conhecimento daquelas informações e, conseqüentemente, que passam a conhecer de fatos considerados secretos pelo indivíduo de quem as informações ou opiniões se referem.

### 3.2 A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

O embate entre privacidade e liberdade de expressão, nesta última incluída a expressão artística, é candente e corriqueiro na Sociedade da Informação, e o exame da questão atinente às biografias não autorizadas fornece subsídios valiosos ao tema posto em discussão.

Pode-se entender como biografia não autorizada certa obra literária que remonte e conte os fatos da vida pessoal e pública de determinada pessoa de notoriedade, seja esta visibilidade alcançada em virtude da profissão, da atuação política, de feitos esportivos, ou de algum fato especial que leve a pessoa a ser destinatária de atenções alheias. Legitimamente, segundo exposição de Tepedino (2012, p. 145), as biografias revelam fatos históricos a partir do ponto de vista do biografado ou dos demais protagonistas envolvidos, e se concretizam como relatos históricos, o que seria bastante para revelar o interesse público na espécie, sustentado pelos direitos de informar e ser informado, além de configurarem contributo importante para a memória e identidade cultural de um país.

Sobre quem sejam pessoas que alçam notoriedade<sup>3</sup> e despertam o interesse do público<sup>3</sup>, Barcellos (2014, p. 55-57) aponta a identificação de três grupos. Um primeiro formado por indivíduos com participação, voluntária ou não, em eventos de grande proporção, como por exemplo

<sup>3</sup> Utiliza-se a expressão “interesse do público” e não “interesse público”, por seguir-se o alerta de Mendes e Branco (2011, p. 321) de que “decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público.”

crimes, catástrofes, etc. Um segundo grupo consubstanciado por agentes públicos, cuja notoriedade é resultado de suas vinculações ao Estado, a exemplo de políticos. E um terceiro grupo no qual estariam as celebridades dos meios midiáticos, cuja posição de evidência decorre das suas atividades profissionais, em que estão artistas, esportistas, jornalistas.

À proposta acima é possível incluir um quarto grupo, em razão das transformações ocorridas nos últimos tempos nos meios de comunicação midiáticos, apoiados pelas condições da Sociedade da Informação, que levam ao estrelato pessoas que não se enquadram nos grupos anteriores - não se envolveram em eventos de expressão, não são agentes públicos e não se destacam por suas profissões. Tratam-se dos indivíduos participantes de *realitys shows*, e em um menor grau àqueles que voluntariamente exibem suas vidas na Internet, e que repentinamente se tornam famosos, equiparáveis a artistas de grandeza. Este também é um contingente de indivíduos que, na Sociedade da Informação, pode ser incluído no panteão das pessoas notórias.

São tais pessoas, que alçaram notoriedade pública, amiúde alvo de biografias, no intuito de levar ao mais amplo conhecimento geral, em regra pelas vias literárias, informações mais detalhadas sobre a trajetória de suas vidas, incluindo aspectos profissionais e também particulares.

A intranquilidade da questão reside, essencialmente, na dificuldade de se identificar limites claros ao que pode e o que não pode ser divulgado, além de se perquirir sobre uma possível renúncia ao direito à privacidade, diante na comezinha premissa da indisponibilidade dos direitos de personalidade. Seguindo a linha construída por Stancioli (2010, p. 97-99), em verdade é possível renunciar ao exercício de um direito de personalidade, o que exprime a atuação da autonomia da vontade, justamente um dos pilares formadores desta espécie de direito. Contudo, não se perde, não se renúncia por completo a estes direitos, segundo propõe referido estudioso, pois a perda, ou extinção, de um direito de personalidade, acarretaria a perda da personalidade, logo o desaparecimento da própria pessoa.

A toda evidência, admite-se, em muitos casos, a renúncia voluntária ao exercício de direitos de personalidade, o que evidentemente se dá na exposição voluntária da vida nos *reality shows*. Apropriadamente, Canotilho (2003, p. 56-57) discorre sobre o tema:

Do ponto de vista jurídico-constitucional, uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renunciar desse direito, mas sim a exercê-lo autonomamente de acordo com suas próprias preferências. O direito à intimidade é compatível com diferentes modos de utilização.

[...]

É que, numa sociedade composta por milhões de indivíduos portadores das mais diversas, incomensuráveis e antagônicas concepções multivencionais e valorativas, e frequentemente portadores de interesses e objetivos completamente diferentes, é impossível e indesejável impor a todos eles uma determinada concepção de privacidade e muito menos transformar unidimensionalmente o direito à privacidade num dever de privacidade.

A principal celeuma em torno da legitimidade e licitude da publicação de biografias não autorizadas envolve a exposição de fatos da vida particular do biografado, mesmo que se trate de pessoa de maior expressão pública, pessoa famosa, de notoriedade. De acordo com Schreiber (2013, p. 147), “fomentando por alguns setores da mídia e da indústria do *show business*, o culto

invasivo às celebridades acaba por gerar um inusitado subproduto: torna ‘preciosas’ aquelas estrelas que zelam pela sua privacidade.”

Instala-se na espécie uma forte tensão entre o direito à liberdade de expressão e direito à privacidade. O embate é agravado pelo risco de censura prévia à expressão e criação artística, de um lado, e de outro pela proteção à privacidade como direito de personalidade.

A propósito, um dos mais importantes empecilhos às biografias não autorizadas no sistema jurídico brasileiro está no Código Civil vigente, ao regular a funcionalização dos direitos de personalidade no tocante à divulgação de informações e da imagem das pessoas. O art. 20 do Código em tela assim dispõe:

Art. 20. *Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.* (grifo nosso).

A dicção do Código Civil, portanto, normatiza a necessidade de autorização para que se publique sobre a imagem de determinada pessoa, quando esta publicação ofender sua conotação pública. E em complemento a ele, o art. 21 do mesmo Código dispõe 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.”

Nesse passo, pende de julgamento do Supremo Tribunal Federal a ADI 4.815, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros, que busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil para afastar interpretação no sentido de que a publicação de obras biográficas necessitem de autorização prévia das pessoas nelas referidas.<sup>4</sup>

A propósito, caso emblemático a respeito das biografias não autorizadas envolveu o cantor Roberto Carlos, quando publicada obra deste gênero a ele relacionada. De acordo com Schreiber (2013, p. 147), esta obra, intitulada Roberto Carlos em Detalhes, “descreve minuciosamente adversidades enfrentadas pelo Rei ao longo de sua trajetória, incluindo o acidente que lhe tolheu a perna e o falecimento da sua mulher, Maria Rita, [...]”

Em 2007 o cantor ingressou com ação judicial em face dos autores da obra, buscando impedir a distribuição e venda do material, sob a alegação de invasão de privacidade, pedido que foi acolhido pelo Poder Judiciário, com confirmação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>5</sup>

Este mesmo Tribunal já havia julgado caso parecido no ano de 2002, quando entendeu que a biografia de uma pessoa congrega aspectos ligados a seu nome, imagem e intimidade, ou seja, nítidos direitos de personalidade. O caso apreciado consistiu em ação ajuizada pelos herdeiros

<sup>4</sup> Nestes autos foram realizadas audiências públicas para discussão do tema, e até a data de conclusão deste estudo (junho/2014) não há decisão daquele Tribunal. Em junho/2015, aproximadamente um ano após o fechamento deste artigo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inexigibilidade de prévia autorização de qualquer interessado para publicação de biografias não autorizadas, entendimento com o qual os aqui Autores não assentem, em razão dos postulados científicos acima apresentados.

<sup>5</sup> Conforme informações da Revista Consultor Jurídico, 10 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/biografia-roberto-carlos-nao-publicada-decide-tj-rj>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

do biografado já falecido, tendo o Tribunal firmado o entendimento de que “o exercício da livre manifestação do pensamento, da expressão intelectual e da profissão não autorizam a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais e de lucro, por se encontrar isso fora do direito de informar.” (TJRJ - 2ª Câmara Cível - Processo 0000823-11.1996.8.19.0001 (2002.005.00058) - Des. Sérgio Cavalieri Filho - j. 15.05.2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014).

Em contraposição à criação jurisprudencial supracitada tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 393/2011,<sup>6</sup> cujo intuito geral é a de “ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura” por meio da permissão de “divulgação de imagens e informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública, cuja trajetória pessoal tenha dimensão pública ou cuja vida esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.” A justificativa do autor do projeto, Dep. Newton Lima, que pretende incluir um § 2º, ao art. 20 do Código Civil vigente, é a de que:

As personalidades públicas, entendidas como políticos, esportistas, artistas, entre outros, são pessoas cujas trajetórias profissionais e pessoais confundem-se e servem de paradigma para toda a sociedade. Por sua posição de destaque em relação aos demais cidadãos, as pessoas notoriamente conhecidas verificam que suas condutas, sejam pessoais, sejam decorrentes do exercício da profissão, são norteadoras das decisões de diversos seguimentos sociais, os quais valorizam as escolhas pessoais realizadas por tais personalidades públicas, muitas vezes até reproduzindo-as.

Novamente se depara, agora em nível de intenção legislativa, com um intenso embate entre o direito à liberdade de expressão artística e o direito à privacidade. Sua resolução faz-se a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em mente os fatores de necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito, apresentados por Alexy (2012, p. 117). A premissa, no ponto, é o sopesamento, ou seja, em cada caso concreto a qual direito envolvido pode e deve ser infligido um sacrifício maior que a outro, tendo em mente sua importância para o sistema jurídico abstratamente considerado e também, especialmente, para os indivíduos e os fatos envolvidos no caso concreto.

No tocante ao conflito entre liberdade de expressão e privacidade, o desafio é desvelar qual deve prevalecer e qual deve ser sacrificado de modo que, apenas no caso em exame, abra espaço para a vazão atuante do direito privilegiado. Todavia, o direito desprezado, que na análise mereceu menos valor, segue atuado como limite de desenvolvimento do direito prevalente, evitando, assim, o exercício abusivo de direito.

Mas para além a colisão entre estes dois importantes direitos fundamentais, os casos revelam a fragilidade da vida privada na Sociedade da Informação. Nesse plano, a consideração sobre o direito à informação oferece relevantes elementos ao embate entre privacidade e liberdade de expressão.

---

<sup>6</sup> Redação final aprovada em 06 de maio de 2014 encaminhado ao Senado Federal, segundo extrato de movimentação visualizado no website da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 13 jun. 2014.

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à informação vem primordialmente capitulado no art. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo ser “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

A partir das elaborações de Meyer-Pflup (2009, p. 42) e Farias (2004, p. 162-163), pode-se inferir que o direito à informação apresenta três nuances, quais sejam: o direito de se informar; o direito de informar; o direito de ser informado. O primeiro consiste no direito de produzir e levar informações às pessoas, o segundo no direito de buscar informações (acesso à informação), e o terceiro no direito de receber informações.

O cerne da questão, à luz do direito à informação, está em identificar a necessidade e utilidade de determinada informação para a vida das pessoas, e como estas justificativas atuam sobre a garantia da liberdade de expressão e a proteção à privacidade. Exsurge, portanto, a concepção utilitarista dos direitos em foco apta a contribuir para o desenrolar do problema e torno das biografias não autorizadas.

Como anotam Mendes e Branco (2011, p. 320-321), “verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo.” Ou seja, o conhecimento de determinada informação, como nos relatos das biografias não autorizadas, deve ser importante para decisões da vida dos espectadores que impliquem na fruição ou facilitação de fruição de direitos, que tragam efetiva vantagem à sua vida e aos seus destinos, sendo necessário mais que o mero deleite por saber da vida alheia.

A pergunta que se deve fazer é o que o conhecimento daqueles fatos *a priori* atinentes a aspectos particulares da vida de outras pessoas trará de legitimamente vantajoso, no sentido do exercício de direitos, da emancipação, e do empoderamento,<sup>7</sup> para quem vier a conhecer dessas informações.

Transparece que na mesma medida o direito de informar perpassa pelo filtro da utilidade e, ainda, da boa-fé, pois é essencial apreender o objetivo em divulgar determinada informação, sobretudo para buscar identificar se sob o manto do direito de informar não se escondem intenções fúteis ou torpes, como o mero intuito de expor e denegrir a imagem alheia, ou ainda interesses puramente econômicos ocultos sob o manto da expressão artística.

O caso das biografias não autorizadas dá azo à percepção do cunho estritamente econômico da produção “artística”, pois a menção de a obra não ter sido autorizada pelo sujeito de quem se fala desperta ávida curiosidade alheia, porque podem ali supostamente constar segredos que não seriam revelados espontaneamente caso se tratasse de uma biografia precedida de autorização da personagem sobre quem se escreve. O tino comercial no particular, do qual não escapa a ADI 4.815,<sup>8</sup> consiste no apelo de tratar-se de uma escrita não autorizada, e que por assim ser

<sup>7</sup> Adota-se empoderamento no sentido preconizado por Schiavo e Moreira (2005, p. 59) que “implica, essencialmente, a obtenção de informações adequadas, um processo de reflexão e tomada de consciência quando à sua condição atual, uma clara formulação de mudanças desejadas e da condição a ser construída. A estas variáveis deve somar-se uma mudança de atitude que impulse a pessoa, grupo ou instituição, para a ação prática, metódica e sistemática, no sentido dos objetivos e metas traçadas, abandonando-se a antiga postura meramente reativa ou receptiva.”

<sup>8</sup> Da petição inicial da ADIN 1.815, a autora (Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL) sustenta que: “i) ‘congrega a categoria econômica dos editores de livros’; ii) ‘congrega, em seus quadros sociais, editoras de livros de todo o Brasil, categoria econômica diretamente afetada pelas restrições à publicação e à veiculação de biografias não autorizadas pelos biografados ou por qualquer pessoa retratada nas obras’;

contém algo proibido e que quem se dispuser a ser leitor - e a pagar por um exemplar - saberá de segredos não divulgados publicamente, o que certamente funciona como chamariz à venda da obra literária da espécie.

Em defesa do supracitado Projeto de Lei n. 393/2011, seu autor alterca que o conhecimento da história é um direito de todos, o que certamente traduziria o direito de ser informado e de informar-se, e contá-la é um direito de cada um, refletindo o direito de informar. O exercício destes direitos, segundo o autor do projeto, não se sujeitaria à censura ou licença do Estado, tampouco dos personagens envolvidos na biografia relatada.

Todavia, retornando ao caso envolvendo o cantor Roberto Carlos, o interesse do público pela biografia não autorizada sobre si não esteve respaldado no direito de se informar a respeito das contribuições do artista para a música popular brasileira, para a cultura nacional, etc. O que tornou a biografia procurada foi o fato de nela constar o relato de que o cantor possui prótese em um dos membros inferiores, vindo a ser jocosamente chamada “perna-de-pau”, um aspecto íntimo e irrelevante para sua atuação profissional e pública, mas ainda assim o que despertou a curiosidade alheia, o que é comprovado pelo número de artigos e fóruns encontrados na Internet sobre o assunto.<sup>9</sup>

A questão se afina com a percepção de Lafer (1998, p. 269) no sentido de que as questões da vida privada levadas ao domínio público se transformam na “trivialidade do mexerico”. Nessa mesma medida é apropriada a observação feita por Moraes (2013, p. 2) de que admitir a publicação de biografias não autorizadas implica em

garantir um pretense ‘direito fundamental da sociedade’ a conhecer as fofocas e os detalhes picantes, incluindo, como é costumeiro, as bisbilhotices mais disparatadas sobre a vida privada das pessoas, sendo isso, como se saber, o influencia diretamente a quantidade de exemplares vendidos.

A partir da análise das situações acima se infere que a privacidade está sob severo risco na Sociedade da Informação, e muitas vezes o exercício da liberdade de expressão é o fator mais agressor e danoso, o que se constata no especial caso das biografias não autorizadas, justamente porque a fundo representam o desenvolvimento de outros interesses além dos direitos de informar, ser informado e se informar que compõe o núcleo do direito à informação. O desvirtuamento ou abuso da liberdade de expressão se traduzem, nos mais das vezes, como ações invasivas à privacidade dos indivíduos, pelo simples deleite pessoal em revelar o alheio e oculto, ou pelos interesses comerciais em torno da notícia e da arte.

Ante esta percepção, estudos têm levado a se reconhecer uma nova concepção de privacidade, sobremodo quando em foco as informações pessoais. Nessa raia, Doneda (2000, p. 120) defende “uma transformação na definição do direito à privacidade, do ‘direito de ser deixado em paz’ para o ‘direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito’.”

---

iii) a interpretação que ‘eleva a anuência do biografado ou de sua família à condição de verdadeiro direito potestativo - produz efeito devastador sobre o mercado editorial e audiovisual: escritórios de representação negociam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria’.”

<sup>9</sup> Cf., consulta realizada do sistema de buscas on-line Google.com (www.google.com), em 12 jun. 2014.

No mesmo sentido pondera Rodotà (2008, p. 24) que em um momento histórico em que os dados pessoais são facilmente circuláveis, a privacidade desloca-se da clássica fórmula do direito de estar só (de ser deixado em paz) para o direito de o próprio indivíduo controlar o uso e destinação das informações a seu respeito. A mudança do enfrentamento da privacidade passa do sigilo para o controle, especialmente porque hodiernamente é muito difícil separar aquelas informações que o indivíduo estaria disposto a revelar e quais não. E tanto decorre da percepção ressaltada por Rodotà (2008, p 36) de que “até informações aparentemente mais inócuas podem, se integradas a outras, provocar dano ao interessado.”

Esta nova dimensão conferida ao direito à privacidade, numa conotação ativa que dota o indivíduo do poder de exercer o controle sobre as informações que lhe digam respeito, fazendo frondosa a proteção aos dados pessoais, alcança também as biografias, em especial as biografias não autorizadas. Não se pode olvidar que os retratos históricos da vida individual, tanto no âmbito profissional quanto na esfera particular, constituem dados pessoais, e como tal, dignos de proteção.

E sobre os dados pessoais, é possível identificar aos menos três categorias importantes, segundo escorço feito por Vieira (2007, p. 256) que identifica dados não sensíveis, dados sensíveis e dados de tratamento proibido. Nesse quadrante, dados sensíveis são aqueles que podem ser coletados e divulgados sem expresse consentimento do titular, a exemplo do nome e estado civil. Já os dados sensíveis são os que, atinentes a aspecto mais íntimos, exigem prévia e expressa permissão do titular para captação e divulgação, nos quais estão origem étnica, convicções religiosas, filiações sindicais, entre outros. Por fim, os dados de tratamento proibido aproveitam de proteção absoluta, não podendo ser coletados e menos ainda divulgados, porque atinem a aspectos secretos do titular e vinculados à sua dignidade.

Assim, a coleta e reprodução desautorizadas de informações da vida privada, mesmo que sob o pretexto de criação artística ou relato histórico, fere o direito à privacidade daquele sobre quem se referem os dados, pois tais informações consistem em dados sensíveis ou impassíveis de tratamento. A vedação a esta prática, portanto, revela-se a solução mais afinada à proteção a sério dos direitos de personalidade, que deve ocorrer como regra pela prevenção do dano, e só como exceção pela reparação de um prejuízo já concretizado.

A admissão de que biografias são conjuntos de dados pessoais relativiza a portência da doutrina das restrições prévias inerente à liberdade de expressão (*prior restraints doctrine*), segundo traçado por Toller (2010, p. 25), que numa primeira atuação veda qualquer impedimento antecedente à manifestação ou publicação de uma expressão de pensamento, e num segundo averigua se esta publicação é ofensiva para dar vazão à possibilidade de indenização ao(s) ofendido(s).

Este é inclusive o ponto de vista arguido pela autora da ADI 4.815, antes referida, quando defende a desnecessidade de se exigir consentimento prévio do biografado para divulgar informações sobre ele, conquanto argumenta que o biógrafo poderá sofrer sanções decorrentes de responsabilização civil e penal em caso de abuso de direito, o que ocorreria no uso doloso de informação sabidamente falsa e ofensa à honra do biografado.

Entretanto, simples adoção de medidas paliativas e repressoras, a exemplo de imposição de indenizações, é ineficiente, insuficiente e incompatível com os recursos da Sociedade da Informação. Por primeiro, porque o autor da coleta e divulgação, portanto o agente ofensor, pode não possuir patrimônio para satisfazer a indenização.

Em segundo, porque uma vez disponibilizada a obra em ambientes de informática e telecomunicações, como a Internet, será praticamente impossível sua remoção completa posterior, como ocorreu no caso da biografia não autorizada do cantor Roberto Carlos que, apesar de ter obtido decisão judicial que mandara recolher todas as obras, o conteúdo pode ser encontrado livremente na Internet.<sup>10</sup>

Um terceiro aspecto está em que a necessidade de a vítima da lesão, ou mesmo da ameaça a lesão, provocada por uma manifestação de liberdade de expressão ilegítima, se ver obrigada a buscar a tutela jurisdicional, o que a fará se deparar, muitas vezes, com um Poder Judiciário congestionado<sup>11</sup> e não preparado para receber a demanda e fornecer a resposta em tempo de evitar a concretização do dano ou seu agravamento pela perpetuação da ofensa ao longo do tempo.

Logo, a doutrina das restrições prévias (*prior restraint doctrine*), merece análise cautelosa, tanto que Toller (2010, p. 34) reconhece dificuldades em sua aplicação em determinados casos, especialmente porque o titular de um direito ameaçado pela divulgação de uma informação se veja “compelido a assistir impassível à produção desse prejuízo, para só depois se ver facultado a solicitar ao juiz um ressarcimento civil ou uma sanção penal.”

Nesse contexto, é importante notar que as tutelas a direitos não se fazem apenas pela via repressiva à lesão já ocorrida, mas ao contrário, hodiernamente os ordenamentos jurídicos são precavidos das tutelas que visem o evitamento de danos, chamadas de tutelas preventivas ou inibitórias. Nesse exato sentido põe-se a Constituição Federal brasileira de 1988 ao prever que a simples ameaça a direito poderá provocar a atuação judiciária (art. 5º, XXXV).

Mas, para além disso, o tratamento da questão pelo plano repressivo, que envolve a possibilidade e proibição de comercialização e indenização, desconsidera a privacidade como componente do espectro de direitos de personalidade, e como tal essencial para o desenvolvimento e emancipação individual.

Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, a personalidade individual, e todos os fatores que lhe formam, reclama proteção num sentido preventivo, capaz de evitar a ocorrência de danos, impulsionada pela possibilidade de controle sobre seus dados pessoais, incluindo informações sobre o indivíduo em obras literárias sem sua autorização.

Nesse panorama, o direito ao esquecimento, um desdobramento da tutela da privacidade, recentemente reconhecido de modo explícito no ordenamento jurídico pátrio,<sup>12</sup> constitui um fator adicional ao ponto avesso às biografias não autorizadas aqui ventilado. O direito ao esquecimento, com raízes nas condenações criminais, consoante explana Schreiber (2013, p. 171), não confere a ninguém a prerrogativa de apagar fatos ou substituir fatos históricos, contudo permite discutir e controle do uso que será dado aos fatos do passado, especialmente o modo e a finalidade com

<sup>10</sup> “Mas logo depois de a Justiça mandar recolher a biografia do rei, o seu conteúdo caiu na rede. O livro pode ser acessado na íntegra num site chamado PDL - Projeto Democratização da Leitura. Lá existe até um fórum para discutir a obra.” (TJ-RJ..., 2009).

<sup>11</sup> O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no relatório Justiça em Números 2013 apresentou conclusões no apontando: “i) ‘quantidade de processos que ingressam cresce mais significativamente que o quantitativo de sentenças e o de baixas’; ii) ‘não se consegue baixar nem mesmo o quantitativo de processos novos que ingressaram’; iii) ‘A taxa de congestionamento na execução fiscal é de 89%, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, 11 são baixados no decorrer do ano’.”

<sup>12</sup> Enunciado 531, CJF: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

que sejam aviventados na memória das pessoas ou levados a conhecimento daqueles que os desconhecem.

Os fatos não deixam de existir e não são alterados; apenas não podem ser divulgados em massa, sem autorização da pessoa a quem se referem. Logo, não podem igualmente constar nas biografias não autorizadas, salvo se a seu respeito existir prévia e expressa autorização do biografado. Este é o efeito do direito ao esquecimento na espécie.

Como se vê, no cenário formado pelos riscos da Sociedade da Informação, a carga de efetividade que se reclamada aos direitos de personalidade, a atuação em precedência do princípio da dignidade da pessoa humana, e a necessidade de refreamento de interesses mercadológicos que transformam caracteres das vidas privadas humanas em mercadorias, quer parecer que o único meio eficaz de se evitar a ocorrência de danos à privacidade dos indivíduos que não autorizam a visibilidade de suas vidas na Sociedade da Informação é atuando preventivamente, de modo a evitar que ocorra a primeira divulgação, tornando ilegítimas e ilícitas as biografias não autorizadas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão permite alocá-los como direitos humanos, porque presentes na maioria dos instrumentos internacionais tendentes a definir e assegurar direitos humanos. Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro estão alçados ao *status* de direitos fundamentais, já que expressamente contidos no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988.

Na Sociedade da Informação estes direitos recebem novos influxos e não raras vezes são postos em tensão, na medida em que tecnologias de informática e comunicação, cada vez mais invasivas, facilitam a captação de informações, a criação inventiva e artística, bem como a divulgação destas criações, tornando difícil ao indivíduo pôr-se em refúgio.

Infere-se que em virtude das técnicas e tecnologias de informática e comunicação, são possíveis novos graus à liberdade de expressão, bem como à privacidade. Em considerável medida, o redimensionamento destes direitos decorre do fato de que não mais existe uma única, ou poucas, fontes geradoras de informação, pois qualquer indivíduo é uma fonte com possibilidade de captar, produzir, conservar e disseminar informações, manifestações, opiniões. Paulatinamente, qualquer receptor destas informações torna-se outro indivíduo com as mesmas habilidades e capacidades de manipulação da informação recebida e sua reprodução para outras pessoas, aumentando o universo de pessoas a quem levar o conhecimento. Com efeito, a capacidade de memória de informação, e sua distribuição, torna a defesa da privacidade bastante árdua diante da abertura às facilidades de divulgação e manifestação de opiniões, pensamentos e criação artística.

Nesse cenário, a análise do tema em torno das biografias não autorizadas, no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciaram o risco à privacidade refletida na exposição indevida da imagem das pessoas sob o pretexto de se tratar de expressão artística, cultural e histórica, com inescandível violação da privacidade por tornarem públicos aspectos da vida particular dos indivíduos a que se referiram tais expressões de pensamento e criações.

A prática em torno das biografias não autorizadas ignora a doutrina da proteção aos dados pessoais, esta que preleciona que dados sensíveis, inerentes à privacidade do indivíduo, só possam

ser divulgados mediante autorização expressa deste, fator suficiente para indicar a ilegitimidade das biografias não precedidas da autorização dos biografados e outras pessoas ali citadas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. *Revista Direito Público*, Brasília, DF, n. 55, p. 47-91, jan./fev. 2014,

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. Organização do texto Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *De Gutenberg a internet: uma historia social de los medios de comunicacion*. Madrid: Santillana, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 393/2011*. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49195>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Reality Shows” e a liberdade de programação*. Portugal: Coimbra, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília, DF: CNJ, 2013.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Poro Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

- FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información: posibilidad y límites constitucionales*. Granada, ES: Comares, 1990.
- GONZALEZ, Santiago Sanchez. *La libertad de expression*. Madrid, ES: Ediciones Jurídicas, 1992.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? *Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2. n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.civilistica.com>>. Acesso em: 06 jun. 2014.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo 0000823-11.1996.8.19.0001*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Cavalieri Filho. Julgamento em 15 maio 2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHIAVO, Marcio R.; MOREIRA, Eliesio N. *Glossário Social*. Rio de Janeiro: Comunicarte, 2005.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. *Opinião doutrinária*. Parecer apresentado na ADI 4.8145. 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- TJ-RJ proíbe publicação de biografia de Roberto Carlos. *Consultor Jurídico*, 10 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/biografia-roberto-carlos-nao-publicada-decide-tj-rj>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.



## **CAPÍTULO III**

*O direito fundamental à intimidade como limite à manipulação de dados pessoais na sociedade da informação*



## 1 INTRODUÇÃO

A manipulação de dados pessoais, e como isso afeta o direito à intimidade, são objetos precípuos do presente estudo, que enfoca as técnicas e métodos estatísticos e matemáticos propiciados pelas tecnologias da Sociedade da Informação para descortinar aspectos pessoais mantidos ocultos pelas pessoas, porque inerentes à sua esfera íntima, sendo usados por vezes até mesmo antecipar-se a decisões e tendências.

Assim, a investigação da intimidade como direito fundamental é um primeiro ponto de partida, em que se busca a compreensão da morfologia desse direito, e sua distinção da privacidade, que lhe é próxima e amiúde tratada como sinônimo. Um elemento salutar neste intento é a análise de instrumentos internacionais voltados à proteção de direitos humanos e direitos fundamentais, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da ONU, e no plano do direito brasileiro interno, a acomodação constitucional conferida à intimidade, figurando explicitamente no rol de direitos e garantias fundamentais.

A intimidade, como o direito de por a salvo do conhecimento alheio informações vinculada a aspectos e sinais mais profundos do ser, da vivência e dos sentimentos humanos, é lançada sob risco diante da circulação de dados pessoais na Sociedade da Informação, impulsionada sobremaneira pelas tecnologias de informática e telecomunicações hodiernamente aplicadas nos mais diversos segmentos da vida cotidiana. Nesse sentido, a proteção dos dados pessoais é uma preocupação que passa a ocupar as atenções de vários países, vindo da União Europeia algumas criações legislativas de vanguarda e que inspiram outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

Fixadas as premissas sobre a proteção dos dados pessoais, o estudo ocupa-se com a manipulação destes por meio das técnicas de cruzamento de dados e de elaboração de perfis pessoais, ambas a partir de informações fornecidas ou coletadas, pretendendo examinar se aí residem fatores de agressão à intimidade, e evitá-la para assegurar a integridade e intangibilidade da personalidade e dignidade humana.

## 2 INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A possibilidade de o indivíduo pretender a garantia de um resguardo contra intromissões alheias em aspectos da sua vida que entenda por manter em segredo é permitida pelo direito à intimidade, que atualmente recebe o adorno de pertença aos direitos de personalidade. Com efeito, a invocação de um direito à intimidade é fruto das circunstâncias do mundo contemporâneo, sensivelmente marcado pela dicotomia e tensão entre o âmbito público e privado, e uma crescente invasão na esfera particular dos indivíduos por parte dos poderes públicos, no mais das vezes sob justificativas em prol da segurança e do interesse público. Além disso, é também notável o aumento das possibilidades de intromissão dos particulares na vida de outros indivíduos.

De acordo com Lafer (1988, p. 239-240), o direito à intimidade reflete a prerrogativa reconhecida ao todo indivíduo de “excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.” A intimidade tem como gênese a questão clássica da inviolabilidade do domicílio, transitando e evoluindo ao sigilo de correspondência e comunicações em geral, direito de segredo profissional, desaguando em um direito autônomo, fomentador da construção e desenvolvimento da personalidade, incluindo-se, assim, em um importante contributivo à dignidade da pessoa humana.

A vida na sociedade moderna pressupõe, em certa medida, a oscilação da presença do indivíduo entre espaços públicos e privados, o que permite constatar que existem os espaços privados (íntimos), notadamente representados pela família e sociedade civil, ao passo que também existem os espaços públicos (esfera pública) nos quais se propiciaria a intermediação entre pessoas, sociedade e Estado. Nesse contexto, a participação ou mesmo a simples estada do indivíduo em espaço público, e seu recolhimento a um âmbito privado, é demonstrada por Arendt (2007, p. 59-60), que antevê um *locus* temporal-espacial de aparecimento e visibilidade:

a aparência - aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima ... vivem uma espécie de vida incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a tornar-se adequadas à aparição pública.

[...]

A realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado.

A publicidade caracterizadora do espaço público encontra resistência na defesa da intimidade, continuando Arendt (2007, p. 81) que “as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum - não só contra tudo que nela ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido.” Nesse sentido, um local privado, exclusivo e infenso à publicidade seria o único modo de garantir a ocultação contra terceiros e contra o Estado. Entretanto, a concepção de que a propriedade privada é suficiente para assegurar a intimidade não subsiste totalmente na realidade social do mundo contemporâneo, pois as inovações tecnológicas, como câmeras, gravadores, aparelhos de interceptação telefônica e computadores contribuem decisivamente para que não só os poderes públicos, mas também particulares, rompam a barreira física da propriedade e possam invadir aspectos mais íntimos da vida pessoal privada (LAFER, 1988, p. 240).

Atendo a isso, entre as bases normativas mais explícitas do reconhecimento da importância da intimidade, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao prever no art. 12 que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014). Nessa mesma linha está o art. 17 do Pacto da ONU sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 592/1992.

No plano constitucional brasileiro, o direito à intimidade conta com expressa menção no rol dos direitos e garantias individuais, quando no art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988, verifica-se que “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.” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

O cotejo entre o previsto nos instrumentos internacionais antes mencionados e o contido na Constituição Federal brasileira de 1988 revela uma importante diferença: naqueles instrumentos o direito a intimidade é traduzido da proteção à vida privada, ao passo que no texto consti-

tucional pátrio o direito a intimidade surge distinto do direito à vida privada. Não se tratou de pleonasma do constituinte, sendo proposital o trato como direitos autônomos, segundo expõe Silva (2012, p. 206):

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputada, como outros, manifestação daquela.  
[...]  
Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas, [...]

Ainda, de acordo com Mendes e Branco (2011, p. 315), mesmo não se podendo descuidar que privacidade e intimidade possuem pontos de contato, sobressaem aspectos distintivos:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

A vista destas ponderações doutrinárias quer parecer que a distinção básica entre privacidade e intimidade pressupõe a ideia de relação, isto é, se tratará como privacidade o direito de proteger do conhecimento e intervenção externa as informações e aspectos de atos e fatos do indivíduo com outro - porque estas informações só interessam aos envolvidos -, ao passo que será intimidade o direito de impedir que qualquer pessoa tenha conhecimento sobre fatores da relação do indivíduo consigo mesmo.

O fato de a intimidade constar explicitamente no rol de direitos individuais, inserido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais lhe confere, *per si*, o status de direito fundamental, na medida em que o próprio legislador constituinte lhe concebeu e atribuiu tal conotação. A defesa do caráter de direito fundamental da intimidade por este motivo encontra aconchego na teorização de Alexy (2012, p. 68-69), para quem, normas de direitos fundamentais são aquelas que o próprio texto constitucional classifica como tal, isto é, insere em conjunto de disposições expressamente tituladas como direitos fundamentais.

A propósito, acolhendo a diretiva de que são direitos fundamentais aqueles assim titulados na Constituição Federal de 1988, sem deixar de reconhecer que existem outros da mesma natureza espalhados pelo texto constitucional, Sarlet (2008, p. 76-77) disserta:

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, a própria utilização da terminologia 'direitos e garantias fundamentais' constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação

‘direitos e garantias individuais’, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional.

Em remate, a intimidade é um direito fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro, porque essencialmente incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, fator suficiente para o reconhecimento de sua fundamentalidade e então adotado no presente estudo. Sua importância, como direito de manter a salvo do conhecimento alheio informações privatísticas inerentes a si próprio tem especial relevância para os dados pessoais e a proteção que se possa e deve lhe ser atribuída, pois atua diretamente na proteção daquelas informações atreladas às relações do indivíduo consigo mesmo e que não pretende exteriorizá-las.

### 3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A atenção e preocupação com a proteção de dados pessoais é inerente às sociedades contemporâneas, marcadas pela eclosão da informação como fator de importância vital nos mais variados setores da vivência humana, desde as relações pessoais às questões políticas, econômicas e sociais. A informação segundo Laborit (apud LOJKINE, 2002, p. 113), “não é nem massa nem energia [...] em si, ela é imaterial, posto que representa ‘este algo que faz com que o todo não seja apenas a soma das partes’.”

As tecnologias, por sua vez, permitem dominar a informação, manipulá-la, transformá-la, moldá-la e empregá-la na transformação do mundo e na geração de outros conhecimentos e bens. Em linha análoga, Castells (1999, p. 53-54) pontua:

No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte da produtividade acha-se na tecnologia da geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.

A fonte da produtividade nas sociedades contemporâneas, portanto, é a aplicação de técnicas e tecnologias no processamento de informações para a geração de novos conhecimentos e aplicação destes no processamento de outras informações, formando um círculo virtuoso. Daí porque a conformação social que opera nesse lastro venha a ser chamada de Sociedade da Informação.

E diante da gravitação de informações e dados, o interesse pela proteção de dados pessoais recebe influxo especial, inclusive com o reconhecimento de caráter jurídico, pela inserção nas categorias de direitos humanos e direitos fundamentais. Importante registrar que dados pessoais consistem em conjunto de informações que permitem a identificação de pessoas no momento ou posteriormente, e desdobram-se ainda na categoria dos dados sensíveis quando atinam à ideologia, religião, crença, raça, saúde, genética e vida sexual (LIMBERGER, 2007, p. 61).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, em seu art. XXVII, exprime o direito à circulação e ao recebimento de informações, quando reconhece a liberdade de opinião e expressão com um direito humano: “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Todavia, deste dispositivo não é possível extrair diretamente uma tutela de proteção a dados pessoais, que inelutavelmente tem vínculo afinado com a privacidade e intimidade, encontrando uma maior proximidade no art. XII da mesma Declaração ao assegurar a proteção da vida privada contra interferências.

Nos instrumentos de âmbito internacional, o diploma mais específico e incisivo a tratar da proteção de dados pessoais é a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que em seu art. 8º estabelece:

Artigo 8º.

1. Todas as pessoas têm direito à protecção 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.

Outrossim, o Conselho da Comunidade Européia editou a Diretiva 95/46/CE, voltada especialmente à proteção de dados pessoais, traçando definições sobre dados pessoais, tratamento de dados pessoais, arquivos de dados pessoais, e outros (art. 2º). Para a proteção dos dados pessoais, a Diretiva em comento fixou princípios específicos, iniciando por aquele de que tratamento de dados deve ser leal e lícito, perpassando ao de que o recolhimento de dados deve ter finalidade explícita, legítima e predeterminada, seguindo ao princípio de que os dados captados devem ser adequados, pertinentes e que não excedam às finalidades, fluindo ao princípio de que os dados devem ser exatos e atualizados, e enfim devem ser conservados de forma a permitir a identificação do indivíduo a que se referem apenas dentro dos limites da finalidade de coleta pré-estabelecida (art. 6º).

A Diretiva 1995/46/CE define o tratamento de dados pessoais como “qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição” (art. 2º), e estipula em seu art. 7º alguns princípios aplicáveis a este tratamento como forma de assegurar a proteção dos dados pessoais envolvidos nestes processos.

Tem-se fixado, assim, o princípio do consentimento inequívoco do titular, o princípio da necessidade de tratamento para a realização ou conclusão de relação jurídica em que esteja envolvida a pessoa, o princípio da necessidade de tratamento para o cumprimento de obrigação legal, o princípio da necessidade de tratamento para atender a interesses vitais da pessoa em referência, o princípio da necessidade para atendimento de ação de interesse público ou ato legí-

timo de autoridade, e o princípio da necessidade a atendimento de interesses legítimos a quem os dados devam ser comunicados.

No lastro da Diretiva supra, a Comunidade Européia editou em 2002 a Diretiva 2002/58/CE, com o propósito de cuidar da circulação e tratamento de dados pessoais nas comunicações eletrônicas. Em especial nesta Diretiva, o art. 5º versa sobre a confidencialidade dos dados nas comunicações eletrônicas, que não devem ser coletados e armazenados sem o consentimento das pessoas a que se referem, ressaltando-se ordens judiciais para tanto. Ainda, o art. 6º disciplina que os dados de tráfego, assim aqueles necessários para o estabelecimento de conexão e envio de comunicações, sejam desprezados tão logo do procedimento de comunicação se complete. Como se pode notar, os dois dispositivos em tela trazem embutido o direito ao esquecimento, refletindo a concepção de que a estada nos meios de informação e comunicações deve ser efêmera, critério que se mostra ideal para a garantia da proteção de dados pessoais.

Ressalte-se que a análise dos sistemas de tratamento de dados da Comunidade Européia se justifica pela posição de vanguarda na matéria, se mostrando indutores de ações e medidas a serem utilizadas por outros ordenamentos jurídicos.

De acordo com Doneda (2006, p. 204-205), a proteção dos dados pessoais imprime nova ótica aos direitos vinculados à tutela da privacidade, englobando outros interesses e formas de controle diante da possibilidade da manipulação de dados pessoais. A proteção dos dados pessoais modifica os contornos e a dimensão do direito clássico à privacidade, e notadamente provoca os mesmos influxos na intimidade das pessoas.

Com efeito, a necessidade de proteção aos dados pessoais se justifica porque, segundo Vieira (2007, p. 253)

na sociedade da informação, as pessoas cada vez mais se encontram sujeitas a bancos de dados controlados por potentes softwares de cruzamento e busca de informações. Desde o nascimento, o indivíduo já tem inseridos os respectivos dados pessoais em arquivos informatizados da Secretaria de Registro Civil.

Apesar disso, no ordenamento jurídico brasileiro a proteção de dados pessoais é incipiente e apática. Como pondera Limberger (2007, p. 101), “no Brasil não há previsão constitucional específica, à semelhança do que ocorre na Espanha e Portugal. No entanto, a partir de dispositivos constitucionais é possível alguma proteção legal”. Com efeito, um impulso constitucional pode ser apreendido da proteção à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988), do direito à informação (art. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988), do direito ao sigilo de comunicações e dados (art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988), e da garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si pelo *habeas data* (art. 5º, LXXII).

Em nível infraconstitucional, uma abertura à proteção de dados pessoais consta do art. 20 do Código Civil ao reger que

salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem

a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

Em seu complemento, o art. 21 do mesmo código assegura a inviolabilidade da vida privada.

Todavia, não se trata de nada explícito como consta da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, o que pode trazer dificuldades no reconhecimento e efetivação da tutela concreta de proteção aos dados pessoais. Bem a esse modo Gediel e Corrêa (2008, p. 148) esboçam a seguinte preocupação:

Assim, é de se ressaltar que os princípios que norteiam o direito europeu podem, embora de forma implícita, ser identificados no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, a opção pela ausência de disciplinas legislativas, no Brasil, acaba, na prática, por transferir para o mercado a tarefa de auto-regulamentar a matéria, interpolada por intervenções estatais, em geral, marcadas pelo recurso às *razões de Estado*.

Com efeito, o vácuo regulamentador por uma autoridade central, figura que existe nos ordenamentos dotados de normas atinentes à proteção de dados, dá margem a criação e atuação de rotinas de tratamento de dados sobremaneira indiscriminados com severo risco à intimidade, a exemplo do que ocorre com o cruzamento de informações e a geração perfis pessoais, que serão tratados no título seguinte deste estudo.

Na busca de resolução deste déficit normativo, tramita no legislativo federal brasileiro o Projeto de Lei n. 4.060/2012 tendente a reger o tratamento de dados pessoais com preocupação dirigida à proteção da individualidade, privacidade e intimidade das pessoas. Na justificativa do projeto consta o reconhecimento de que o tratamento de dados é uma realidade inescandível do cotidiano, impulsionada pelas tecnologias de informação com amplas e variadas aplicações na vida em sociedade.

À míngua de uma legislação oficial, ao tratamento dos dados pessoais entregue à auto-regulamentação e, praticamente, à ausência de regulamentação, apresenta-se como forte prática atentatória à intimidade, porquanto a manipulação de dados pessoais se imiscui em aspectos profundos do ser e da vivência dos indivíduos.

#### **4 MANIPULAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E TUTELA DA INTIMIDADE**

Diante do conjunto de informações relacionadas aos indivíduos na Sociedade da Informação é possível apresentar ao menos duas categorias com reflexos relevantes nas relações variadas estabelecidas entre pessoas, instituições e Estado. Existem as informações originárias que são apenas desveladas pelas técnicas e tecnologias, e então afixadas como representativas de características pessoais, sendo exemplos destas a tipagem sanguínea, o código de DNA, enfim, dados biológicos. Por outro lado, existem informações atribuídas, que são artificialmente criadas e vinculadas aos indivíduos, mas que passam igualmente a fazer parte de sua identidade, podendo ser exemplificadas pelos números de documentos pessoais (CNPJ, seguro social), endereço de correspondência eletrônica (e-mail).

A diferença entre as informações originárias e as atribuídas está em que as primeiras nascem com a pessoa, e as segundas lhe são imputadas ao longo da vida. De todo modo, os dois conjuntos de dados definem a identidade do ser informacional, pressuposto para a vivência, atuação e desenvolvimento das pessoas na Sociedade da Informação, tendo como aparato necessário a transmissão de informações pessoais.

Em muitos casos a informação é cedida voluntariamente, noutros é pressuposto para a concretização da relação jurídica ou pessoal, e em outros ainda é tomada clandestinamente. No particular, Rodotà (2008, p. 76) expõe que a hipótese de cessão condicionada de informações, onde o consentimento não é puramente livre, porque necessário para que o indivíduo estabeleça uma determinada relação jurídica, especialmente negocial:

No caso aqui discutido, o condicionamento deriva do fato de que a possibilidade de usufruir de determinados serviços, essenciais ou importantes, ou tidos como tais, depende não somente do fornecimento de determinadas informações por parte do usuário do serviço, mas também do fato de que tais informações (eventualmente com base no consentimento do interessado) podem posteriormente ser submetidas a outras elaborações.

Outras informações relacionadas ao cotidiano e experiências das pessoas, enfim, à passagem de suas vidas, podem ser coletadas, armazenadas e manipuladas, à míngua de consentimento e mesmo consciência delas. Serve como ilustração no ponto a declaração do Vice-Presidente da montadora de veículos Ford, relatando que “se há um GPS no seu carro, sabemos o que você faz.” (SE SEU..., 2014). A ideia, segundo este executivo, é reunir dados para auxiliar em benefício dos motoristas, na solução de problemas de trânsito, etc. Contudo, é inegável que se trata da coleta e armazenagem clandestinas de informações sobre o passado da pessoa na condução de um veículo, com velocidade empreendida, lugares em que esteve, tempo de paradas, etc., informações que os motoristas sequer cogitaram fornecer a terceiros, nem mesmo a autoridades ou aos poderes públicos.

A revelação de informações pessoais também é encarada em alguns negócios jurídicos como pressuposto para a produção de efeitos futuros, o que ocorre nos contratos de seguro de vida e planos de saúde. De acordo com Bandeira e Scariot (2006, p. 61), as companhias de seguro perceberam que a análise genética de seus futuros e potenciais clientes teria importância crucial para os seguros pessoais, de vida e de acidentes, pois permitiram estabelecer condições mais rigorosas e evitar celebração de contratos que se tornassem surpreendentemente onerosos para as seguradoras.

Não foge muito desta situação a exigência contida em alguns contratos de seguro-saúde para o fornecimento de dados médicos dos pretensos usuários sobre doenças pré-existentes, históricos de enfermidades familiares, etc. A legislação pátria no particular tem disposição que impede a exigência destas informações como condição para a celebração de contratos de seguro, porém permite a exclusão de cobertura securitária dentro de determinado período após a contratação, chamado de período de carência (art. 11, Lei 9.656/1998) (BRASIL, 1998).

As situações acima expostas demonstram que a liberdade informativa dos indivíduos é fortemente relativizada na Sociedade da Informação, pois a circulação de informações passa a constituir pressuposto para participação em oportunidades e acessos dos mais variados. Daí surge

a preocupação com a devastação da intimidade, na medida em que o mau uso das informações cedidas ou coletadas provoca intromissão indevida e desautorizada em aspectos muito particulares da vida pessoal que se quer manter longe do conhecimento de qualquer pessoa, pois constituem dados privativos que somente sob sigilo permitem a construção e desenvolvimento da personalidade, com garantia da dignidade da pessoa humana.

Nesse plano, a manipulação de informações sob duas modalidades específicas, o cruzamento de dados e a formação de perfis pessoais, revelam que a intimidade e a própria condução que as pessoas fazem de suas vidas podem sofrer pelo apoderamento de informações que deveriam ser mantida sob segredo extremo.

#### 4.1 CRUZAMENTO DE DADOS

Muitas vezes determinada informação, ou um conjunto, não é capaz de permitir a conhecimento de aspectos mais relevantes e privados da vida da pessoa e de seus atos e condutas. Todavia, quando interligados com outras informações ou conjuntos de dados, podem exibir um panorama pessoal revelador da vida do indivíduo ou grupo do qual faça parte.

Trata-se do fenômeno do cruzamento de dados, fortemente utilizado pelos órgãos públicos, sob a justificativa de serem necessários à defesa do interesse público. A Receita Federal do Brasil, por exemplo, utiliza o cruzamento de dados como expediente para reduzir ou evitar fraudes no recolhimento de impostos de renda (RECEITA..., 2014). A mesma forma de manipulação de informações pessoais armazenadas em órgãos públicos foi utilizada pelo Governo de Portugal para identificar irregularidades na declaração de renda de seus contribuintes, tendo reconhecido expressamente que:

Esta informação tem sido decisiva no *cruzamento com os dados* que constam das declarações de IVA e de impostos sobre o rendimento, tendo como objectivo confrontar os rendimentos declarados pelos contribuintes com os pagamentos recebidos através de cartões de crédito e de débito e, assim, identificar pagamentos não declarados e situações de subfacturação. (GOVERNO..., 2013, grifo nosso).

O problema que se manifesta no cruzamento de dados consiste em que o indivíduo a que se referem não concedeu autorização, tampouco consentiu tacitamente, para a manipulação de informações a seu respeito. Aliás, sequer é de seu conhecimento que várias de suas informações, depositadas em bancos de dados de órgãos públicos, mas que nem por isso se tornam informações públicas ou de domínio público, estão sendo trabalhadas na direção de apontarem para aspectos da vida pessoal, sejam estes de ordem econômica, política, familiar, e outros.

Nesse campo, Rodotà (2008, p. 26) alerta que “informações aparentemente mais inócuas podem, se integradas a outras, provocar dano ao interessado.” Nessa mesma linha mostra-se importante a Teoria dos Mosaicos, segundo a qual existem inúmeras informações pessoais que em si mesmas são irrelevantes na preocupação da intimidade, porém quando atreladas a outras informações são capazes de tornar pública e transparente a personalidade e a vida de determinada pessoa, tal como ocorrem com pequenas pedras que formam os mosaicos, que em si não dizem nada, porém unidas podem formar conjuntos cheios de significados (CONESA apud BESSA, 2003, p. 91).

O que há de notável no cruzamento de dados é que da mesma forma como as informações segredadas, em si mesmas não oferecem risco de agressão à intimidade do indivíduo, somente quando tratadas adquirem relevância econômica, social e política, feito obtido pela aplicação de procedimentos e rotinas propiciados pelas tecnologias de informática e telecomunicações.

De acordo com Doneda (2006, p. 171-172), o advento das tecnologias de informática e as mudanças sociais e políticas a isto atreladas acarretaram inflexão na ordem jurídica, e o simples fato de informações passarem a ser manipuladas por computadores já constituiu uma mudança de efeito em seu tratamento. Tal mudança ocorreu tanto de forma quantitativa, pela qualidade e velocidade de dados processados, quando de forma qualitativa, pelos métodos, técnicas e algoritmos de processamento.

Somente as tecnologias da Sociedade da Informação, pautadas por sua velocidade, penetrabilidade e lógica de redes, permitiram o surgimento de operações como o cruzamento de dados que a princípio não têm em si relevância alguma. Em verdade, a junção de informações inofensivas à intimidade produz um novo tipo de informação, agora reveladora e invasiva, capaz de desnudar aspectos até então ocultos da personalidade e da vivência pessoal, onde surge a possibilidade de ofensa à intimidade.

A preocupação com os limites à manipulação de informações pessoais, no que se inserem os procedimentos de cruzamento de dados, pode ser vislumbrada na Diretiva 95/46/CE da Comunidade Européia, quando em seu art. 8º dispõe que “os Estados-membro proibirão o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.” A problemática do cruzamento de dados está em que revela atos, fatos e circulação indevida de informações pessoais que originariamente foram cedidas para um determinado fim (celebração de um contrato, fruição de um serviço público, etc.), trazendo em si a gênese do uso indevido ou desvirtuado dos dados pessoais, em franca ofensa ao princípio da boa-fé e à tutela da confiança que perpassa o fornecimento de informações pelos próprios indivíduos. Notadamente que a situação se agrava quando se estiver diante de informações captadas clandestinamente. Aqui já há ofensa à intimidade pelo transbordamento dos dados pessoais dos locais que deveriam ficar em segredo e a salvo da interconexão com quaisquer outras bases de dados. Além disso, o cruzamento de dados é mecanismo determinante e essencial para a elaboração de perfis pessoais para as mais diversas aplicações, outra prática que põe em risco a intimidade das pessoas.

## 4.2 PRODUÇÃO DE PERFIS PESSOAIS

Para além do cruzamento de dados, outra possibilidade perpetrada pelas técnicas e tecnologias da Sociedade da Informação consiste da produção de perfis pessoais, conjunto de informações interconectadas que mostram um panorama dos atos e preferências dos indivíduos, gerado a partir da análise estatística de comportamentos refletidos dos diversos dados pessoais cruzados. Doneda (2006, p. 173) os descreve com maior precisão:

[...] os dados pessoais são tratados, com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros

da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro de tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo.

A técnica de se traçar perfis pessoais a partir da coleta e interconexão de dados é corrente no cenário de consumo, especialmente dirigida ao marketing e à publicidade. Com rotinas informatizadas e procedimentos refinados de inteligência artificial, o desvelamento de gostos, preferências e tendências pessoais que resultam do perfil traçado para o indivíduo ou grupo, tornam-se ferramentas valiosas no setor privado para fins econômicos, e também passam a despertar o interesse do setor público nas áreas de monitoramento, controle e tributação.

Duhigg (2012, p. 196-198) relata o caso da contratação de um matemático por uma empresa norte-americana (a *Target*), cuja missão do novo contratado era construir modelos matemáticos que pudessem selecionar dados de seus consumidores, que eram fornecidos pelo uso de cartões de crédito, troca de cupons de promoções, etc., para descobrir quais tinham filhos, quais eram solteiros, quais eram mais aventureiros, quais tinham interesse em algum produto especial, etc. O objetivo maior na seleção destes dados era descobrir hábitos dos consumidores e adotar medidas para levá-los a adquirir mais produtos da empresa.

Forçoso admitir que o traçado de perfis pessoais com o intento descrito acima importa em uma verdadeira devassa na intimidade pessoal, pois vai remexer em informações sensíveis, detalhes da constituição da personalidade, hábitos particulares, e em níveis mais refinados, até mesmo prever os próximos passos do indivíduo, quando não induzi-lo à tomada de uma certa decisão.

O perfil pessoal tem o poder de substituir a pessoa natural, pois na Sociedade da Informação a representação da pessoa em informações é a própria pessoa que se conhece *a priori*, eis que é primeiramente representada por informações, ou seja, conhecida por dados sobre si, números, rotinas de compras e gastos, em forma de textos, imagens, sons e dados registrados. Esta nova percepção do indivíduo, permite vê-lo como um ser informacional. Rodotà (2008, p. 125) assim descreve o fenômeno:

A unidade da pessoa partiu-se. Em seu lugar encontramos tantas ‘pessoas eletrônicas’, tantas pessoas criadas pelo mercado quanto são os interesses que estimulam a coleta de informações. Estamos nos tornando ‘abstrações no cyberspace’, e de novo estamos diante de um indivíduo ‘multiplicado’.

A manipulação de informações pessoais adrede à geração de perfis individuais ou coletivos suscita alguns problemas importantes. O primeiro consiste em não se ter certeza de que as informações utilizadas são corretas, porque foram fornecidas erroneamente pelo titular ou captadas de maneira deficitária ou parcial. O segundo está na rotina de inteligência artificial criada para proceder à recuperação, conexão e análise dos dados, pois fora pensada e desenvolvida por um ser humano, que pode ter cometido equívocos de programação ou empreendido predeterminações a partir de sua visão de mundo, tornando viciada a produção de perfis. A consequência é que o retrato da personalidade do indivíduo não refletirá o indivíduo real e, além disso, criará uma identidade distinta, um ser informacional diferente do ser real, aniquilando a personalidade e dignidade do indivíduo sensitivo (concreto).

Vieira (2007, p. 254-255) registra a preocupação com perfis traçados a partir de dados incorretos, na medida em que afetarão direitos e interesses particulares, como ser considerado inadimplente e não obter novo crédito, não obter atendimento médico, perder uma vaga de emprego, e outros mais.

Todavia, mesmo a partir de dados corretos, o traço de perfis individuais pode acarretar danos relevantes a direitos das pessoas a que se referem, especialmente porque não há garantia de que o perfil traçado seja a fiel representação da personalidade e da vida da pessoa. Como percebe Rodotà (2008, p. 83), “a ‘categorização’ dos indivíduos e grupos, além disso, ameaça anular a capacidade de perceber as nuances sutis, os gostos não habituais.”

Das relações consumeristas extrai-se interessante caso sobre o traçado de perfis individuais a partir de informações pessoais, à míngua do conhecimento dos titulares destes dados, que refletem as preocupações acima externadas. Trata-se do mecanismo denominado “*Crediscore*”, criado por Bancos de Dados de Proteção ao Crédito. Basicamente, a rotina desenvolvida consistia em criar uma projeção da possibilidade do consumidor se tornar inadimplente (um nível de risco de inadimplência) a partir da análise de informações coletadas no mercado de consumo.

O feito alçado por este perfil individual financeiro é bastante peculiar, pois produziu seu resultado a partir da análise de informações que o consumidor não autorizou que fossem examinadas com esse fim, e tampouco pode saber como se teve acesso a estas informações. Ademais, também não é possível conhecer que critérios e parâmetros serviram de base para erigir uma perspectiva de possível inadimplência, um nível de risco.

E vai-se além, pois o perfil finda por imprimir ao indivíduo um predicado que ele próprio desconhecia, a sua potencial inadimplência. Este efeito, que representa até mesmo a substituição de uma identidade por outra, ao menos para fins de relações na Sociedade da Informação, já foi identificado por Doneda (2006, p. 175), quando alterca que “o mero fato de que informações sobre uma determinada pessoa são colhidas ou levadas em consideração pode passar inteiramente despercebido por ele próprio, por mais atento que ele esteja.”

A validade do sistema *Crediscore* para geração de perfis pessoais foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Apelação em Ação Civil Pública, resultando na compreensão de se tratar de mecanismo ilícito e violador de direitos dos consumidores, além de ofensivo a direitos de personalidade:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS. BANCO DE DADOS E DE AVALIAÇÃO DE CONSUMIDORES. DEVER DE INFORMAÇÃO. PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA, DA QUALIDADE DOS DADOS E DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. DIREITO A RETIFICAÇÃO DE DADOS E DE CANCELAMENTO. DEVER DE BOA-FÉ. FALHA NO DEVER DE INFORMAR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. SOBRES-TAMENTO DOS PROCESSOS INDIVIDUAIS. COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM LITIS. EFEITOS DA DECISÃO. REPERCUSSÃO NO TERRITÓRIO NACIONAL. 1. A demandada criou um banco de dados com um verdadeiro cadastro de consumidores, em que são armazenadas informações relativas a estes, lastreadas em critérios obscuros e não divulgados nem mesmo à própria empresa contratante, mas utilizado como instrumento na avaliação para concessão do crédito. Portanto, se sujeita as regras dispostas no Capítulo V, Seção VI, do CDC, relativo aos bancos de dados e cadastros [...] 12. Evidente que foram atingidos direitos inerentes a personalidade dos consumidores, quais sejam, os atinentes ao bom nome, reputação e a imagem destes.

Situação esta que decorre do fato da parte hipossuficiente não ter sido informada da sua inscrição em cadastros ou banco de dados de avaliação de crédito, bem como dos critérios estabelecidos para a pontuação no registro criado pela demandada, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar esta gama de direitos inerentes a cada ser humano. (TJRS - 5ª Câmara Cível - Apelação Cível n. 70056228737 - Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 11.09.2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16.01.2014).

Outra questão que desponta no cenário dos perfis individuais é o arrefecimento que provocam na autonomia privada, especialmente na liberdade de escolha, sobretudo quando aplicados para direcionar atitudes e comportamentos. Doneda (2006, p. 174) alerta que sendo o perfil individual a personalidade que será vista por outras pessoas e entidades, estas partirão do pressuposto de que o individual a que se refere o perfil adotará um comportamento ali predefinido.

Assim como no episódio do sistema *Crediscor* a manipulação de informações pessoais resultou na criação de um aspecto adicional da identidade pessoal até então não imaginado (a potencialidade de inadimplência), as aplicações dos perfis pessoais podem ter efeitos ainda mais invasivos na intimidade das pessoas.

Retomando o caso da empresa norte-americana *Target*, Duhigg (2012, p. 207) relata que um dos objetivos da contratação de um analista era tentar descobrir, a partir da análise de dados e geração de perfis pessoais, quais consumidoras estariam grávidas. O cruzamento de informações sobre mudanças de hábitos de consumo, produtos adquiridos, quantidades, frequência, etc., poderia indicar inclusive que a data do parto estaria se aproximando. Conforme as rotinas matemáticas e de inteligência artificial foram classificando informações, tornou-se possível “identificar cerca de 25 produtos diferentes que, analisados em conjunto, permitiam que [...] em certo sentido, espiasse dentro do útero de uma mulher. E o mais importante, podia adivinhar em que trimestre estava - e estimar a data do parto - para que a Target pudesse lhe mandar cupons quando estivesse prestes a fazer compras novas” (DUHIGG, 2012, p. 208).

Percebe-se, portanto, que as técnicas de produção de perfis a partir da coleta e manipulação de dados pessoais representa um sério atentado ao direito à intimidade, na medida em que constrói uma pessoa a partir das informações que pode revelar os aspectos mais ocultos e guardados do íntimo individual, de maneira clandestina e intrusora, sem que o titular destes dados tenha tido ao menos a chance de consentir ou resistir ao desnudamento de seu espectro íntimo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo investigou as implicações que a manipulação de dados pessoais provoca no direito à intimidade, buscando, demonstrar hipóteses em que apoderamento de informações pessoais por terceiros (indivíduos, poderes públicos, instituições, corporações empresariais), e sua combinação com outras informações, podem desnudar a pessoa e funcionar como ato invasivo de aspectos pessoais guardados sob profundo segredo, porque dizentes apenas sobre o indivíduo em relação a si próprio.

O percurso investigativo partiu da análise do direito à intimidade visando identificá-lo como um direito fundamental, o que permitiria atuar sobranceiro à proteção de dados pessoais evitando manipulações indevidas de informações sobre aspectos privatísticos das pessoas. Verifi-

cou-se, nesse plano, que a intimidade pode ser extraída de instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, inserida na garantia da vida privada livre da intromissão alheia. No direito brasileiro, a intimidade está explicitamente inserida no rol de direitos e garantias fundamentais, circunstância suficiente para se reconhecer sua natureza de direito fundamental, sendo ainda considerada um direito autônomo e distinto da privacidade (vida privada).

Fixada a intimidade como direito fundamental, é na proteção dos dados pessoais que se revela sua atuação tutelar, funcionando como amparo constitucional para esta proteção, já que o ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente da União Européia, não possui regra explícita, seja constitucional ou infraconstitucional, regente da proteção de dados pessoais. No cenário pátrio, há apenas impulsos *de lege ferenda* na espécie como, por exemplo, o Projeto de Lei 4.06/2012 considerando neste estudo.

A proteção de dados pessoais é uma característica marcante da hodierna Sociedade da Informação, na medida em que se percebeu que há elevada circulação de informações, resultado de seu fornecimento consciente, mas também coleta clandestina e desautorizada, e muitas vezes tais informações obtidas são manipuladas permitindo a descoberta de aspectos ocultos do ser e viver dos indivíduos, desnudando traços de sua personalidade e identidade.

Os mecanismos detectados neste estudo que representam fatores de risco à intimidade pela manipulação de informações são o cruzamento de dados e a produção de perfis sociais, ocorrências que puderam ser constatadas em procedimentos de que já se valem os poderes públicos e grandes empresas, amiúde operando sem que as pessoas titulares das informações utilizadas tivessem ao menos consciência da apropriação e manipulação de dados que lhe dizem respeito.

O primeiro dos supracitados mecanismos consiste na integração de bases de dados diversas, provocando a interconexão e junção de informações que foram fornecidas ou captadas para um determinado fim, e que no cruzamento passam a ser utilizada com objetivo distinto, muitas vezes sob a justificativa de interesse público, segurança, e fins comerciais.

O segundo, a partir da aplicação de métodos e rotinas matemáticas e estatísticas, com a decisiva contribuição das tecnologias de informática e comunicação, que imprimem maior seletividade, quantidade, qualidade e velocidade ao tratamento de dados, leva à descoberta de gostos, hábitos e tendências dos indivíduos, desaguando no desvelamento de traços da personalidade, arrefecendo a liberdade de escolha e a autonomia da vontade. Em outras situações, os perfis pessoais findam por construir uma nova identidade do indivíduo que será o ponto de partida para seu reconhecimento nas relações a travar na Sociedade da Informação, ocasionando a desconstrução da identidade sensitiva (concreta).

Nesse contexto, infere-se que o reconhecimento do caráter de direito fundamental à intimidade, merecedora de tutela especial, apresenta-se como mecanismo importante e eficaz para evitar a intrusão desautorizada no âmbito individual na Sociedade da Informação, desde que atrelado à conscientização de que as informações pessoais cedidas para determinado fim, utilizadas em determinada relação pessoal, jurídica ou institucional, devem ter existência efêmera e restrita apenas e enquanto necessárias à realização do ato ou objeto a que se destinam originariamente, não podendo ser conservadas, apoderadas, transmitidas e correlacionadas com outras informações.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos de personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 47-73, 2006.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 36. ed. Organização do texto Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).
- BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 jun. 1998.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4.060/2012*. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 31 jan. 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. Tradução Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008.
- GOVERNO detecta fuga de 400 milhões com cruzamento dos dados fiscais e bancários. *Público*, 04 dez. 2013. Economia. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/governo-detecta-fuga-de-400-milhoes-com-cruzamento-dos-dados-fiscais-e-bancarios-1615050>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. Tradução José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/documentos/direitos-humanos>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

RECEITA Federal usa cruzamento de dados para tentar evitar fraudes no IR. *UOL*, Economia. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/impostoderenda/duvidas-frequentes/receita-federal-usa-cruzamento-de-dados-para-tentar-evitar-fraudes-no-ir.jhtm>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70056228737*. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgamento em 11 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SE SEU carro tem um GPS, sabemos o que você faz, diz vice da Ford. *Terra*, 10 jan. 2014. Tecnologia. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/se-seu-carro-tem-um-gps-sabemos-o-que-voce-faz-diz-vice-da-ford,06b2bb1c55a73410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58 CE, de 12 de dezembro de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

## **CAPÍTULO IV**

*Privacidade e liberdade de expressão  
na sociedade da informação*

Silvano Ghisi



## 1 INTRODUÇÃO

Das liberdades reconhecidas ao indivíduo, pode-se respigar aquela de se reservar da percepção alheia, e aquela de se por em evidência a todos pela expressão de pensamento, mediante opiniões, atitudes e criações intelectuais e artísticas. Na primeira está o direito à privacidade decorre da matriz da liberdade, representando a autonomia do indivíduo para pôr-se a salvo do contato e intromissão alheia, buscando refúgio, isolamento e solidão, de modo a impedir o conhecimento por terceiros de fatos relacionados à sua vida particular. Na segunda o direito à liberdade de expressão, de criar e se livremente levar ao conhecimento alheio os resultados do espírito sensível e inventivo humano, sem prévia censura ou limitações.

Na Sociedade da Informação, caracterizada pela efervescência de tecnologias de informática e comunicações, além de dispositivos tecnológicos variados, que possibilitam a captura e divulgação de imagens e dados pessoais, os direitos à privacidade e a liberdade de expressão recebem nova tônica.

Com este ímpeto, o presente estudo pretende identificar, inicialmente, estes dois direitos dentro das categorias dos direitos humanos e direitos fundamentais, em seguida delimitando-o e distinguindo de outros direitos próximos e conexos. A partir daí, com análise de casos concretos de situações somente possibilitadas pelas características e mecanismos da Sociedade da Informação, busca identificar violações e soluções no embate ente dois direitos essenciais para as sociedades modernas democráticas.

## 2 DIREITOS À PRIVACIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Direitos humanos e direitos fundamentais são categorias próximas, porém não sinônimas. Admitem-se como direitos humanos aqueles a princípio de intuito universalista, atribuíveis aos seres humanos pelo simples fato de se tratarem de seres humanos (Bobbio), válidos, aplicáveis e exigíveis além de qualquer fronteira espacial ou restrições de ordenamentos jurídicos, notadamente expressados em instrumentos internacionais. Nesse passo, o diploma internacionalista de maior expressão acerca dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Os direitos fundamentais, por seu turno, são aqueles *a priori* reconhecidos como direitos humanos, eleitos como valores fundamentais de uma determinada ordem jurídico-política, e incorporados em ordenamentos jurídicos internos por uma matriz constitucional. Em outras palavras, os direitos fundamentais de um povo são os direitos humanos constitucionalmente assegurados. Na linha de compreensão de Sarlet (2008, p. 31-32),

embora sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitu-

nal, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Sem se olvidar sobre as sérias discussões sobre a influência cultural e o relativismo no tocante aos direitos humanos, é a distinção acima discorrida entre direitos humanos e direitos fundamentais que se adota no presente estudo.

Fixadas estas premissas, cumpre investigar se a privacidade e a liberdade de expressão se enquadram como direitos fundamentais, sendo então pressuposto precedente encontrá-los entre os direitos humanos.

Analisando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem-se o direito à privacidade no art. XII, ao dispor que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” Por outro lado, o direito à liberdade de expressão está contido no art. XIX da mesma declaração, prevendo que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Na linha antes fixada, portanto, a privacidade e liberdade de expressão consubstanciam-se em direitos humanos, e se não bastar para tanto vê-las na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, será possível também identificá-las nos art. XXII e XII da Declaração Universal Islâmica de 1982, respectivamente, no art. 21 e 32, 1, da Carta Árabe dos Direitos Humanos de 2004.

Definidas privacidade e liberdade de expressão como direitos humanos, necessário então firmar a compreensão do que sejam, principiando pela privacidade.

Dentre as várias concepções sobre o tema, e que apresentam algumas variações, a privacidade pode ser compreendida como o direito que tem por objeto “os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 315).

De acordo com Doneda (2006, p. 8-9), o direito à privacidade ganhou relevo a partir do momento em que a pessoa humana passou a ser o centro dos ordenamentos jurídicos. A privacidade experimentou um importante processo evolutivo, passando de um direito totalmente individual, refletido na forma do “direito de ser deixado só”, para um novo aspecto de direito adrede à realização da pessoa e desenvolvimento de sua personalidade. Todavia, o autor não descarta que a privacidade mesmo hodiernamente continua ostentando traços individualistas oriundos de sua forma originária.

Quase em simbiose com a privacidade está a intimidade, sendo na verdade um desdobramento da primeira, e assim merecendo distinção. Segundo Mendes e Branco (2011, p. 315), “o objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.” Vieira (2007, p. 36), vai além e afirma que a intimidade consiste em um aspecto mais profundo, pois “por corresponder à esfera mais interior do indivíduo, deve ser sempre mantida em segredo, inacessível e escondida, sendo de conhecimento apenas do próprio titular.”

De toda forma, é consenso doutrinário que a privacidade configura uma aura de proteção, tendente a barrar a intromissão alheia, mais ampla que a intimidade.

Já a liberdade de expressão tem raízes do direito geral de liberdade, consubstanciando-se em uma conquista das sociedades modernas, antecedendo à própria ideia de Estado. Conforme Constant (1985), a liberdade é “para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos.” Silva (2012, p. 233), por sua vez, discorre que a liberdade “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”

A liberdade, portanto, confere autonomia, faculdade, prerrogativas e escolhas. A liberdade de expressão é dotada destes mesmos aspectos, e de acordo com Meyer-Pflup (2009, p. 42), “é intrínseca à natureza do homem expor suas ideias, opiniões, pensamentos, sensações e sentimentos e tentar convencer os demais sobre a importância e veracidade deles.” Daí porque, a princípio, o direito de manifestar o pensamento, de exprimir ideias e criações, deve ocorrer de forma livre, sem ameaças ou limitações jurídicas prévias.

A relevância da liberdade de expressão como direito reconhecido sem limitações estatais a priori é destacada por Farias (2008, p. 143), para quem a liberdade de externalizar pensamentos, opiniões, criações, etc., é uma característica das sociedades democráticas, servindo de “termômetro do regime democrático”, ou seja, quando mais se garante a liberdade de expressão, mais democrática será a sociedade e seu sistema jurídico, pois representará menor tentativa de intromissão estatal no âmago dos indivíduos.

Guerra (2005, p. 72), reportando-se à Dória, mesmo nominando de liberdade de pensamento, tenciona no particular que consiste no direito de “exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for.”

Quando em foco a expressão do pensamento por meio da arte, a liberdade de expressão assume a forma de liberdade de expressão artística, adrede a garantia da exteriorização do espírito humano sensível e inventivo. A importância da possibilidade de levar ao conhecimento alheio o resultado das criações intelectuais e artísticas humanas é ressaltada por Miranda (2006, p. 764), pois “não há liberdade de criação sem liberdade de expressão [...] E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções.”

Traçadas estas limitações conceituais sobre os direitos a privacidade e liberdade de expressão, é importante verificar, para o caso brasileiro, se também podem ser alocados na categoria dos direitos fundamentais. A conclusão é positiva, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 incluiu a privacidade sob a denominação de “vida privada” ao lado e distinta da intimidade (art. 5º, X), ao passo que a liberdade de expressão está contida na fórmula mais ampla da liberdade de pensamento (art. 5º, IV), e na previsão específica de ser livres a expressão de atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, que não dependerão de censura ou licença.

### 3 PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A realização da privacidade opera como uma barreira para o conhecimento e intromissão alheia quanto aos aspectos da vida pessoal, concedendo ao titular o direito de refúgio e isolamento contra qualquer tentativa de expectativa ou auscultação pública. Outrossim, a liberdade de expressão pressupõe ausência de limitações, a autodeterminação sem sujeição a controle e cen-

sura para se expor o que se pensa, o que se imagina, o que se cria, a respeito de coisas e também pessoas.

Inevitável, assim, que por vezes são direitos que se põem em colisão, ocorrência fortemente ascendida na Sociedade da Informação, ou sociedade informacional como prefere Castells (2003, p. 57-60), que apresenta características específicas que permitem sua identificação e percepção como formação autônoma.

A primeira destas facetas dessa moldagem social é a de que a informação é sua matéria-prima, e as tecnologias evoluem adrede a propiciar a apropriação e uso da informação pelo ser humano. Como segunda característica está a profícua penetrabilidade, visto que a informação é elemento indissociável de toda ação humana, de sorte que são autopoieticamente afetadas por cada nova tecnologia.

Outra característica da Sociedade da Informação é sua flexibilidade, já que torna facilitada a reorganização, e a factível capacidade de redefinição, resignificação. A interação de tecnologias é outra característica luzente da Sociedade da Informação, pois se observa o contínuo processo de diálogo entre áreas do conhecimento e tecnologias, com integração de elementos de eletrônica, telecomunicações, biologia e robótica.

Por fim, não há se falar em Sociedade da Informação, com a vertiginosidade que a se experimenta, sem reconhecer a característica sobranceira da lógica de redes, isto é, aparato essencial que permite a produção, compartilhamento e disseminação da informação, e ao mesmo tempo, no despertar de tecnologias para o trato e uso da informação.

Na Sociedade da Informação, como o próprio nome que lhe define, a informação é o pressuposto de existência e sustentação. O universo natural transmuda-se na informação sobre ele, na conservação do dado ou conceito resultante da inflexão do sujeito sobre o objeto cognoscível. As tecnologias, por sua vez, permitem conservar este conhecimento e empregá-lo na transformação do mundo e na geração e outros conhecimentos.

De consequência, o ser humano consubstancia-se na informação daquilo que dele se faz, desaguando numa sociedade da classificação, segundo compõe Rodotà (2008, p. 111-112). Tanto quanto as relações sociais pressupõem a informação para se moldarem, os indivíduos, na Sociedade da Informação, se organizam a partir daquilo que são em virtude das informações sobre sua condição humana e social.

Nesse cenário, surge espinhosa preocupação, uma vez que as tecnologias de informação, informática e comunicação, cada vez mais rápidas e vorazes, mais acessíveis e integralizadas aos afazeres cotidianos da vida comum, a exemplo de celulares, *tablets*, redes de comunicação de alta velocidade, transmissão eletrônica em tempo real, criam um ambiente em que cada indivíduo é ao mesmo tempo vigilante e vigiado de todos e por todos. Por outro lado, os mecanismos tecnológicos e comunicacionais da Sociedade da Informação tornam fértil o campo para o exercício da liberdade de expressão, com destaque para a expressão artística, já que conferem facilidades para a pesquisa, a criação e divulgação das obras e seus autores.

Em outras palavras, qualquer sujeito que esteja dotado de um dispositivo tecnológico capaz de captar a presença de outros, pode registrar e reproduzi-la de forma instantânea para um contingente indeterminado de pessoas, sem qualquer autorização prévia de tal divulgação, assim com utilizar estas captações na criação artística, e posteriormente divulgar a obra, sem qualquer

consentimento ou autorização da pessoa cuja imagem ou dados foram captados, utilizados e disseminados.

A captação da presença humana e sua reprodução pelos diversos ambientes da Sociedade da Informação pode recair em imagens, sons e dados pessoais, são aspectos relevantes do direito à privacidade. A limitação prévia da possibilidade de coleta destes dados, e sua utilização na criação e expressão artística, por outro lado, refletiria ação antidemocrática e violadora de liberdades. A análise de casos concretos fornece subsídios valiosos ao tema posto em discussão.

No tocante à imagem, como nuança da privacidade, tem-se o da exposição “The Neighbors” (os vizinhos), ocorrida em Nova York, EUA, consistente em fotografias captadas clandestinamente de moradores de um prédio, a partir da janela do apartamento do autor da exposição, o fotógrafo Arne Svenson. Entre as fotografias estão pessoas comuns deitadas, se alimentando, escoradas na janela, fazendo serviços domésticos, e até mesmo de roupas íntimas. O fotógrafo em questão foi alvo de ação judicial por alguns moradores sob a alegação de violação da privacidade e risco à segurança de crianças, contudo a Suprema Corte de Nova York decidiu, em agosto/2013, que as fotografias poderiam ser exibidas porque consubstanciam-se em arte, e “Arte é liberdade de expressão e, portanto, garantida pela Primeira Emenda [da Constituição dos EUA].”<sup>1</sup>

Outra circunstância que envolve a exposição de fatos da vida particular, entretanto aqui enfocando pessoas de maior expressão pública (pessoas famosas), consiste na controvérsia sobre a licitude da publicação de biografias não autorizadas. Caso emblemático envolveu o cantor Roberto Carlos, quando publicada sua biografia não autorizada. Em 2007 o cantor ingressou com ação judicial em face dos autores da obra, buscando impedir a distribuição e venda do material, sob a alegação de invasão de privacidade, pedido que foi acolhido pelo Poder Judiciário, com confirmação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>2</sup>

Outro caso julgado por aquele mesmo tribunal, enfocando o mérito da publicação de biografias não autorizadas, reconheceu a ofensa, entre outros, ao direito de privacidade:

OBRA INTELECTUAL DIREITO DA PERSONALIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITO A IMAGEM. VIOLACAO DO DIREITO. DANO MATERIAL. OBRIGACAO DE INDENIZAR. EMBARGOS INFRINGENTES. DESPROVIMENTO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. Publicação Não Autorizada de Biografia de Pessoa Falecida. Direito dos Herdeiros. *A biografia de uma pessoa relata fatos relacionados com o seu nome, imagem, intimidade e outros aspectos vinculados aos direitos da personalidade. Se é certo que esses direitos extinguem-se com a morte do seu titular, certo é também que a personalidade das pessoas famosas projeta efeitos jurídicos para além da morte e que afetam os seus sucessores. Os efeitos econômicos assim projetados incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só a eles cabe a faculdade de explorá-los ou não comercialmente. Dessa forma, os sucessores de pessoas famosas passam a ter, por direito próprio, legitimidade para pleitearem indenização em juízo. Terceiros não podem se apropriar desses direitos e publicar obra biográfica sem a autorização dos herdeiros, por mais erudita que seja a obra e nobres os seus propósitos. O exercício da livre manifestação do pensamento, da expressão intelectual e da profissão não autorizam a apropriação dos direitos de outrem*

<sup>1</sup> Cf., <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/09/1337626-fotografo-ganha-na-justica-o-direito-de-exibir-fotos-intimas-de-vizinhos-em-nova-york.shtml>

<sup>2</sup> <http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/biografia-roberto-carlos-nao-publicada-decide-tj-rj>

*para fins comerciais e de lucro, por se encontrar isso fora do direito de informar.* O dano patrimonial decorre do locupletamento da popularidade do biografado comercialmente explorada, sem a autorização de quem de direito, ou sem lhe dar a devida participação nos lucros. O arbitramento da indenização, pelo dano material, em valor correspondente a 5% (cinco por cento) do preço de capa de cada exemplar é medida compatível, justa e ponderada e que melhor se ajusta ao objeto da lide. Desprovisionamento do recurso (TJRJ - 2ª Câmara Cível - Processo 0000823-11.1996.8.19.0001 (2002.005.00058) - Des. Sérgio Cavaliere Filho - j. 15.05.2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2013). (grifo nosso).

Nesse plano, calha destacar o Projeto de Lei n. 393/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados, cujo intuito geral é a de “ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura” por meio da permissão de “divulgação de imagens e informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública, cuja trajetória pessoal tenha dimensão pública ou cuja vida esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.” A justificativa do autor do projeto, Dep. Newton Lima, que pretende incluir um § 2º, ao art. 20 do Código Civil vigente, é a de que:

As personalidades públicas, entendidas como políticos, esportistas, artistas, entre outros, são pessoas cujas trajetórias profissionais e pessoais confundem-se e servem de paradigma para toda a sociedade. Por sua posição de destaque em relação aos demais cidadãos, as pessoas notoriamente conhecidas verificam que suas condutas, sejam pessoais, sejam decorrentes do exercício da profissão, são norteadoras das decisões de diversos seguimentos sociais, os quais valorizam as escolhas pessoais realizadas por tais personalidades públicas, muitas vezes até reproduzindo-as.

Os casos acima revelam um intenso embate entre dois direitos fundamentais, de um lado o direito à liberdade de expressão artística, e de outro o direito à privacidade. Sua resolução faz-se a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, em mente as premissas da necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito discorridas por Alexy (2012, p. 117).

Mas para além a colisão entre estes dois importantes direitos fundamentais, os casos revelam a fragilidade da vida privada na Sociedade da Informação, onde tecnologias podem captar a existência de pessoas, às ocultas, e criações pretensamente artísticas podem levá-las a visibilidade e exposição a um contingente indeterminado de curiosos.

Nesse plano, a consideração sobre o direito à informação oferece relevantes elementos ao embate entre privacidade e liberdade de expressão. No ordenamento jurídico brasileiro o direito à informação vem primordialmente capitulado no art. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo ser “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

De acordo com Meyer-Pflup (2009, p. 42), o direito à informação “consiste no direito de se obter informações bem como o direito de informar.” A citada jurista identifica no direito de informação duas nuances, a primeira como direito de se informar e a segunda como direito de informar. Indo além, Farias (2004, p. 162-13) visualiza um desdobramento a mais, consistente no direito de ser informado. Para este autor, o direito à informação reproduz-se nos direitos de informar, informar-se e ser informado (FARIAS, 2004, p. 162-163). O primeiro consistente do direito

de produzir e levar informações às pessoas, o segundo no direito de buscar informações (acesso à informação), e o terceiro no direito de receber informações.

O cerne da questão é, porém, qual a necessidade e utilidade de determinada informação para a vida das pessoas, e como estas justificativas atuam sobre a garantia da liberdade de expressão e a proteção à privacidade.

Como anotam Mendes e Branco (2011, p. 320-321), “verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo.” Ou seja, o conhecimento de determinada informação, ou nos casos acima relatados a especulação das fotografias daquelas pessoas comuns em suas residências, ou os relatos das biografias não autorizadas, deve ser importante para decisões da vida dos espectadores que impliquem na fruição ou facilitação de fruição de direitos que tragam efetiva vantagem à sua vida e aos seus destinos, sendo necessário mais que o mero deleite por saber da vida alheia.

Transparece que na mesma medida o direito de informar perpassa pelo filtro da utilidade e, ainda, da boa-fé, pois é essencial apreender o objetivo em divulgar determinada informação, sobretudo para buscar identificar se sob o manto do direito de informar não se escondem intenções fúteis ou torpes, como o mero intuito de expor e denegrir a imagem alheia, ou ainda interesses puramente econômicos ocultos sob os holofotes da expressão artística.

O caso das biografias não autorizadas dá azo à percepção do cunho estritamente econômico da produção “artística”, pois a menção de a obra não ter sido autorizada pelo sujeito do qual ali se fala desperta ávida curiosidade alheia, porque podem ali supostamente constar segredos que não seriam revelados espontaneamente caso se tratasse de uma biografia precedida de autorização da personagem sobre que se escreve. O tino comercial no particular consiste em, com o apelo de tratar-se de uma escrita não autorizada, ser algo proibido e que quem se dispuser a ser leitor saberá de segredos não divulgados publicamente, o que certamente funciona como chamariz à venda da obra literária da espécie.

Em defesa do supracitado Projeto de Lei n. 393/2011, seu autor alterca que o conhecimento da história é um direito de todos, o que certamente traduziria o direito de ser informado e de informar-se, e contá-la é um direito de cada um, refletindo o direito de informar. O exercício destes direitos, segundo o autor do projeto, não se sujeitaria à censura ou licença do Estado, tampouco dos personagens envolvidos na biografia relatada.

Todavia, retornando ao caso envolvendo o cantor Roberto Carlos, o interesse do público pela biografia não autorizada sobre si não esteve respaldado no direito de se informar a respeito das contribuições do artista para a música popular brasileira, para a cultura nacional, etc. O que tornou a biografia procurada foi o fato de nela constar o relato de que o cantor possui prótese em um dos membros inferiores, vinco a ser jocosamente chamada “perna-de-pau”, um aspecto íntimo e irrelevante para sua atuação profissional e pública, mas ainda assim o que despertou a curiosidade alheia, o que é comprovado pelo número de artigos e fóruns encontrados na Internet sobre o assunto.

A partir da análise das situações acima, enfim, verifica-se que a privacidade está sob severo risco na Sociedade da Informação, e muitas vezes o exercício da liberdade de expressão é o fator mais agressor e danoso.

Ante esta percepção, estudos têm levado a se reconhecer uma nova concepção de privacidade, sobretudo quando em foco as informações pessoais. Doneda (2000, p. 120) defende “uma

transformação na definição do direito à privacidade, do ‘direito de ser deixado em paz’ para o ‘direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito’.” No mesmo sentido pondera Rodotà (2008, p. 24) que em um momento histórico em que os dados pessoais são facilmente circuláveis, a privacidade desloca-se da clássica fórmula do direito de estar só (de ser deixado em paz) para o direito de o próprio indivíduo controlar o uso e destinação das informações a seu respeito.

A visão dos autores supracitados tem seu valor e é relevante na Sociedade da Informação, porquanto dados pessoais circuláveis fazem parte do cotidiano humano, e o controle de seu uso, das criações artísticas, das escolhas e decisões políticas que deles se fazem, perpassam pela tensão entre privacidade, direito à informação, e liberdade de expressão.

A coleta e reprodução desautorizadas de informações da vida privada, mesmo que sob o pretexto de criação artística, fere o direito a privacidade daquele sobre quem se referem as informações, e portanto devem ser evitadas. A simples adoção de medidas paliativas e repressoras a exemplo de imposição de indenizações é ineficiente e incompatível com os recursos da Sociedade da Informação. No primeiro caso, porque o autor da coleta e divulgação pode não possuir patrimônio para satisfazer a indenização. No segundo, porque uma vez disponibilizada a obra em ambientes de informática e telecomunicações como a Internet, será praticamente impossível sua remoção posterior completa, como ocorreu no caso da biografia não autorizada do cantor Roberto Carlos que, apesar de ter obtido decisão judicial que mandara recolher todas as obras, o conteúdo pode ser encontrado livremente na Internet.<sup>3</sup>

Com efeito, o único meio eficaz de se evitar a ocorrência de danos à privacidade dos indivíduos que não autorizam a visibilidade de suas vidas na Sociedade da Informação é atuando preventivamente, de modo a evitar que ocorra a primeira divulgação.

#### 4 CONCLUSÃO

A investigação dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão permite alocá-los como direitos humanos, presente na maioria dos instrumentos internacionais tendentes a definir e assegurar direitos humanos. Além disso, constata-se que foram incorporados pela ordem constitucional brasileira, por força da inclusão no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988, também da brasileira, o que lhes confere *status* de direito fundamental.

Na Sociedade da Informação estes direitos recebem novos influxos e não raras vezes são pontos em tensão e linha de colisão, na medida em que tecnologias de informática e comunicação cada vez mais invasivas facilitam a captação de informações, a criação inventiva e divulgação destas criações, tornando difícil ao indivíduo pôr-se em completo refúgio e solidão.

A análise de casos concretos, em especial a exposição de fotografias “The Neighbors” (os vizinhos) nos EUA, e a publicação de biografias não autorizadas no Brasil, evidenciaram o risco à privacidade refletida na exposição indevida da imagem das pessoas sob o pretexto de se tratar de expressão artística e cultural.

---

<sup>3</sup> “Mas logo depois de a Justiça mandar recolher a biografia do rei, o seu conteúdo caiu na rede. O livro pode ser acessado na íntegra num site chamado PDL - Projeto Democratização da Leitura. Lá existe até um fórum para discutir a obra.” (TJ-RJ..., 2009).

Hodiernamente, estudiosos de renome defendem que a privacidade se deslocou da fórmula do direito de ser deixado em paz, para um direito de controlar o uso das informações a respeito das pessoas. Todavia, a privacidade não pode reduzir-se ao direito de controle sobre o uso das informações.

O sentido clássico da privacidade, do direito de estar só, de ser deixado em paz, de se por em um receptáculo de solidão e isolamento e impedir que terceiros captem aspectos particulares da vida pessoal e os devolvam sob a forma de criações artísticas precisa ser retomado, pois a partir do momento quem há captura de dados não autorizada, já ocorre a violação da privacidade, e esta ofensa é que precisa ser impedida para preservar a carga de fundamentalidade deste direito, pois aqui entende-se que a liberdade de expressão, e igualmente a de expressão artística, devem ceder espaço à privacidade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. Organização do texto Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 393/2011*. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49195>>. Acesso em: 20 out. 2013.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Poro Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- FOTÓGRAFO ganha na justiça o direito de exibir fotos íntimas de vizinhos em Nova York. *Folha de São Paulo*, 08 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/09/1337626-fotografo-ganha-na-justica-o-direito-de-exibir-fotos-intimas-de-vizinhos-em-nova-york.shtml>>. Acesso em: 03 out. 2013.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo 0000823-11.1996.8.19.0001*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Cavaliere Filho. Julgamento em 15 maio 2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TJ-RJ proíbe publicação de biografia de Roberto Carlos. *Consultor Jurídico*, 10 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/biografia-roberto-carlos-nao-publicada-decide-tj-rj>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

## **CAPÍTULO V**

*A normatização do Mercosul para a proteção dos dados pessoais no cenário de integração regional*

Silvano Ghisi



## 1 INTRODUÇÃO

A proteção dos dados pessoais reflete a visão contemporânea do direito à privacidade, reconhecendo-lhe uma nova dimensão diante das tecnologias da Sociedade da Informação que fazem os dados dos mais variados aspectos da vida humana individual e coletiva gravitarem por sistemas e redes. Os usos e destinos conferidos a estes dados, e os riscos à privacidade e segurança pessoal que daí decorrem, levam à defesa de uma proteção dos dados pessoais.

Esta tutela jurídica depende, invariavelmente, da disciplina constitucional e infraconstitucional dos ordenamentos jurídicos, e assume uma conotação diferenciada nos fenômenos de integração regional, fruto da globalização que tem vínculo estreito com as tecnologias de informática, telecomunicações e informações.

Nesse panorama, a investigação da proteção dos dados pessoais no âmbito dos países formadores do Mercosul é o recorte deste estudo, notadamente pela importância para todos os países envolvidos, e para as pessoas que transitam nesse cenário regional.

Para tanto, o presente estudo inicia contextualizando o Mercosul, com suas características e organização, passa à investigação das origens e consolidação do direito à proteção dos dados pessoais, rumo para a análise da disciplina jurídica desta proteção no ordenamento interno dos países formadores do Mercosul, e enfim investiga a existência de diretrizes tendentes à proteção dos dados pessoais no âmbito do próprio Mercosul.

## 2 SOBRE O MERCOSUL

O continente americano é marcado por relevantes diferenças geográficas, comerciais, culturais e econômicas, e nesse espaço a constituição de blocos econômicos é um desafio ímpar. Dentre vários, merece destaque, neste estudo, o Mercosul - Mercado Comum do Sul, originariamente formado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, fruto dos esforços comuns destes países para vencer efeitos deletérios de crises resultante de regimes autoritários. Assim, o Mercosul se consubstancia em um modelo de integração regional visando a criação de um bloco de liberalização comercial. De acordo com Amaral Junior (2008, p. 200):

Diante da formação de blocos econômicos, que caracteriza a economia internacional a partir do início da década de 1990, o Mercosul representou o esforço para elevar o grau de competitividade da região no comércio mundial. A adoção de políticas comerciais comuns contribui para fortalecer as posições defendidas pelo bloco nos foros internacionais de negociação. Aumenta, em consequência, a possibilidade de obtenção de maiores vantagens comerciais, como sucede em matéria de produtos agrícolas.

A instituição do Mercosul deu-se por obra do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, contudo a aquisição de personalidade jurídica, na condição de pessoa jurídica de direito internacional, adveio do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. De acordo com o art. 1º do Tratado de Assunção, o Mercosul implica, entre outras condições, em: a) livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos; b) adoção de política tarifária externa comum; c) coordenação de políticas macroeconômicas para assegurar condições de concorrência entre os Estados-Parte;

d) compromissos dos Estados-Parte de harmonizar suas legislações em áreas pertinentes. O mesmo tratado fixa a reciprocidade de direitos e obrigações entre Estados-Parte como fundamentos para a consolidação do Mercosul, segundo se extrai de seu art. 2º.

Posteriormente outros países da América do Sul passaram a integrar o Mercosul, alguns na condição de Associados (Bolívia, Chile, Peru, Equador, Guiana Suriname), e outros como Estados-Parte (Venezuela).

No Mercosul paira o sistema da intergovernabilidade, diferentemente da União Européia onde impera a máxima da supranacionalidade, de forma que naquele atuam os princípios do direito internacional público. Com efeito, não há no cenário político e jurídico do Mercosul um órgão prevalente sobre os Estados-Parte dotado da prerrogativa de supranacionalidade, de modo que as deliberações tomadas no âmbito do Mercosul necessitam, para produzir efeitos internos nos Estados-Parte, passar por seus procedimentos domésticos de incorporação de tratados internacionais. Nessa linha Gomes (2003, p. 171-172) mostra que são principais característica do Mercosul:

- a) tomada de decisões por consenso e com a presença de todos os membros;
- b) inexistência de vinculação direta entre os Estados e as decisões e normas produzidas pelos órgãos do Mercosul;
- c) conservação pelos Estados de todas suas prerrogativas constitucionais;
- d) *subordinação da eficácia das normas internacionais ao ordenamento interno dos Estados, bem como ao posicionamento constitucional da cada país em relação ao mecanismo de recepção dessas normas e de seu posicionamento hierárquico em face das leis internas (monismo x dualismo).* (grifo nosso).

São órgãos do Mercosul, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio, a Secretaria Administrativa, os Comitês Técnicos, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social, o Tribunal Permanente de Revisão. O Mercosul tem sede na cidade de Montevidéu, Uruguai, e sua presidência é *pro tempore* (rotativa) com duração de 06 (seis) meses, consoante previsão do Tratado de Assunção.

No aspecto jurídico-processual merecem destaque o Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, voltado à reorganização do sistema de controvérsias entre os Estados-Partes, e o Protocolo de Las Leñas, de 27 de junho de 2002, que implantou acordo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os Estados-Parte.

De acordo com Amaral Junior (2008, p. 210), no tocante à sistemática de solução de controvérsias implantada pelo Protocolo de Olivos, “o aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais *ad hoc*.”

Já no que concerne à cooperação judiciária internacional, nos limites do bloco, o Protocolo de Las Leñas reúne importantes institutos, traçando como objetivo primordial o de os Estados-Partes prestarem “assistência mútua e ampla cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa” assegurando igualdade de tratamento processual, cooperação em atividades de simples trâmites e probatórias, e reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais. Para Araújo (2006, p. 283):

o Protocolo de Las Leñas é o mais importante e o mais utilizado documento de cooperação processual do bloco. Estabelece distinção entre ‘atividades de simples trâmite e probatórias’ e ‘reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais’, embora determina que as duas espécies de providências sejam atendidas mediante cartas rogatórias e sempre por intermédio de autoridades centrais.

Tendo em mira que o Mercosul é um modelo regional tendente a absorver os impactos a globalização, esta que, segundo Gomes (2004, p. 21), “em face do desenvolvimento tecnológico, influencia profundamente a nossa vida”, a investigação da proteção dos dados pessoais na vivências e movimentações deste bloco regional são tomadas de relevo especial.

### 3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A preocupação com a proteção de dados pessoais é inerente às sociedades contemporâneas, marcadas pela eclosão da informação como fator de importância vital nos mais variados setores da vivência humana, desde as relações pessoais às questões políticas, econômicas e sociais. A informação segundo Laborit apud (LOJKINE, 2012, p. 113), “não é nem massa nem energia [...] em si, ela é imaterial, posto que representa ‘este algo que faz com que o todo não seja apenas a soma das partes’.”

As tecnologias, por sua vez, permitem dominar a informação, manipulá-la, transformá-la, moldá-la e empregá-la na transformação do mundo e na geração de outros conhecimentos e bens. Em linha análoga, Castells (1999, p. 53-54) pontua:

No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte da produtividade acha-se na tecnologia da geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.

A fonte da produtividade nas sociedades contemporâneas, portanto, é a aplicação de técnicas e tecnologias no processamento de informações para a geração de novos conhecimentos, assim como a aplicação destes conhecimentos no processamento de outras informações, formando um círculo virtuoso. Daí porque a conformação social que opera nesse lastro venha a ser chamada de Sociedade da Informação.

Diante da gravitação de informações e dados, o interesse pela proteção de dados pessoais recebe influxo especial, inclusive com o reconhecimento de caráter jurídico, ante a inserção nas categorias de direitos humanos e direitos fundamentais. Com efeito, dados pessoais consistem em conjunto de informações que permitem a identificação de pessoas no momento ou posteriormente, e desdobram-se ainda na categoria dos dados sensíveis quando atinem à ideologia, religião, crença, raça, saúde, genética e vida sexual (LIMBERGER, 2007, p. 61).

É essencial perceber que a preocupação com uma tutela dos dados pessoais representa uma evolução do direito à privacidade, passando da clássica noção passiva, oriunda do sistema

norte-americano, do “direito de ser deixado só”,<sup>1</sup> para uma postura ativa no sentido de se conhecer os dados sobre si coletados e armazenados em algum local e poder exercer controle sobre eles. Esta percepção decorre, segundo Schreiber (2013, p. 135-136), das transformações do cenário de relevância do direito à privacidade a partir de 1960, com o desenvolvimento tecnológico e o surgimento de mecanismos para coleta, armazenamento e manipulação de informações pessoais.

Disso deflui a categoria dos dados pessoais, que em consonância com a proposta de Vieira (2007, p. 255), são aqueles atinentes a determinada pessoa identificada ou identificável. Portanto, os dados pessoais propiciam alguma mensagem, direta ou indireta sobre o indivíduo a que se referem, e figuram nesta categoria também aqueles dados que mesmo não relacionados a uma pessoa identificada permite sua identificação quando associados a outros dados.

Na Sociedade da Informação o fluxo de dados é uma constata necessária para a própria funcionalização das mais variadas relações, e no emaranhado de informações que gravitam estão seguidamente os dados nominativos. Por dizerem respeito a vários aspectos da vida humana, uns compartilháveis e não passíveis de ocultação, outros dignos de proteção e aptos a serem ofuscados do conhecimento alheio, estes dados pessoais podem ser classificados, seguindo o escólio de Limberger (2007, p. 61), como dados sensíveis e dados não-sensíveis.

Explica Doneda (2006, p. 160-161) que os dados sensíveis são aqueles que se coletados e processados surtem um potencial de discriminação ou de lesividade aos titulares, e em alguns casos até para coletividades. A rigor, no conjunto de dados sensíveis estariam os relacionados a raça, convicções políticas, credo religioso, opção sexual, histórico médico, aspectos genéticos. Por outro lado, os dados não sensíveis, conforme expõe Echterhoff (2010, p. 157), são aqueles considerados de domínio público, não reservados ao seu titular, a exemplo de nome, estado civil, domicílio, profissão.

O reconhecimento que determinado dado pessoal se enquadre em uma ou outra das categorias acima é fundamental para averiguar o nível de proteção que merece e como a tutela da privacidade incide sobre seu conteúdo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, em seu art. XXVII, exprime o direito à circulação e ao recebimento de informações quando reconhece a liberdade de opinião e expressão com um direito humano: “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Todavia, deste dispositivo não é possível extrair diretamente uma tutela de proteção a dados pessoais, que inelutavelmente tem vínculo afinado com a privacidade e intimidade, encontrando uma maior proximidade no art. XII da mesma Declaração ao assegurar a proteção da vida privada contra interferências.

---

<sup>1</sup> Nos Estados Unidos, em 15 de dezembro de 1890 foi publicado na Harvard Law Review, o artigo intitulado The Right To Privacy, escrito pelo advogado Samuel D. Warren, estudo que é frequentemente tomado como a primeira declaração implícita de um direito dos EUA de privacidade. Warren e Brandeis escreveram que a privacidade é o “direito de ser deixado em paz” e tem por foco proteger os indivíduos. Esta abordagem foi uma resposta aos recentes desenvolvimentos tecnológicos da época, como a fotografia, e jornalismo sensacionalista, também conhecido como “jornalismo amarelo”.

Nos instrumentos de âmbito internacional, o diploma mais específico e incisivo a tratar da proteção de dados pessoais é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que em seu art. 8º estabelece:

Artigo 8º.

1. Todas as pessoas têm direito à protecção 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.

Outrossim, o Conselho da Comunidade Européia editou a Diretiva 95/46/CE, voltada especialmente à proteção de dados pessoais, traçando definições sobre dados pessoais, tratamento de dados pessoais, arquivos de dados pessoais, e outros (art. 2º). Para a proteção dos dados pessoais, a Diretiva em comento fixou princípios específicos, iniciando por aquele de que o tratamento de dados deve ser leal e lícito, perpassando ao de que o recolhimento de dados deve ter finalidade explícita, legítima e predeterminada, seguindo ao princípio de que os dados captados devem ser adequados, pertinentes e que não excedam às finalidades, fluindo ao princípio de que os dados devem ser exatos e atualizados, e enfim devem ser conservados de forma a permitir a identificação do indivíduo a que se referem apenas dentro dos limites da finalidade de coleta pré-estabelecida (art. 6º).

A Diretiva 95/46/CE define o tratamento de dados pessoais como “qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição” (art. 2º), e estipula em seu art. 7º alguns princípios aplicáveis a este tratamento como forma de assegurar a proteção dos dados pessoais envolvidos nestes processos.

Tem-se fixado, assim, o princípio do consentimento inequívoco do titular, o princípio da necessidade de tratamento para a realização ou conclusão de relação jurídica em que esteja envolvida a pessoa, o princípio da necessidade de tratamento para o cumprimento de obrigação legal, o princípio da necessidade de tratamento para atender a interesses vitais da pessoa em referência, o princípio da necessidade para atendimento de ação de interesse público ou ato legítimo de autoridade, e o princípio da necessidade a atendimento de interesses legítimos a quem os dados devam ser comunicados.

No lastro da Diretiva supra, a Comunidade Européia editou, em 2002, a Diretiva 2002/58/CE, com o propósito de cuidar da circulação e tratamento de dados pessoais nas comunicações eletrônicas. Em especial nesta Diretiva, o art. 5º versa sobre a confidencialidade dos dados nas comunicações eletrônicas, que não devem ser coletados e armazenados sem o consentimento das pessoas a que se referem, ressalvando-se ordens judiciais para tanto. Ainda, o art. 6º disciplina que os dados de tráfego, assim aqueles necessários para o estabelecimento de conexão e envio de comunicações, sejam desprezados tão logo o procedimento de comunicação se complete. Como

se pode notar, os dois dispositivos em tela trazem embutido o direito ao esquecimento,<sup>2</sup> refletindo a concepção de que a estada nos meios de informação e comunicações deve ser efêmera, critério que se mostra ideal para a garantia da proteção de dados pessoais.

Ressalte-se que a análise dos sistemas de tratamento de dados da Comunidade Européia se justifica pela posição de vanguarda na matéria, se mostrando indutores de ações e medidas a serem utilizadas por outros ordenamentos jurídicos.

De acordo com Doneda (2006, p. 204-205), a proteção dos dados pessoais imprime nova ótica aos direitos vinculados à tutela da privacidade, englobando outros interesses e formas de controle diante da possibilidade da manipulação de dados. A proteção dos dados pessoais modifica os contornos e a dimensão do direito clássico à privacidade, e notadamente provoca os mesmos influxos na intimidade das pessoas. Nesse plano, já existem concepções que defendem, a exemplo de Zanon (2013, p. 146), a posição de direito autônomo à proteção dos dados pessoais.

À míngua de uma legislação oficial, o tratamento dos dados pessoais entregue à auto-regulamentação e, praticamente, à ausência de regulamentação, apresenta-se como forte prática atentatória à intimidade, porquanto a manipulação de dados pessoais se imiscui em aspectos profundos do ser e da vivência dos indivíduos e nos fenômenos de integração regional.

## 4 PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO MERCOSUL

### 4.1 A DISCIPLINA INTERNA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Os países constituintes do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) possuem disciplina variada a respeito da proteção dos dados pessoais, circunstância que provoca dificuldades de tutela no âmbito do bloco regional que exceda os limites domésticos de cada Estado-Parte.

A Argentina desponta com a proteção de dados pessoais prevista no art. 43 de sua Constituição Federal de 1994, regulando instituto similar ao *habeas data* previsto no ordenamento constitucional brasileiro, com o diferencial de que a norma fundamental argentina alarga o direito das pessoas de conhecer, retificar e se opor a dados contidos em bancos de dados, para alcançar não só os públicos mas também os privados.

E a par da Constituição, a Argentina possui sua Lei de Proteção aos Dados Pessoais (Ley 25.326/2010), dispondo o art. 1º que é seu objetivo a proteção integral dos dados pessoais conservados em arquivos, registros, bancos de dados e outros meios técnicos de tratamento de dados, sejam públicos ou privados, destinados a dar informações, visando assim garantir o direito à honra e a intimidade, bem como o acesso às informações que se registre sobre as pessoas.

O Uruguai, por sua vez, não possui regra explícita em sua Constituição atinente à proteção de dados pessoais, mas a abertura constitucional à admissão de direitos fundamentais inerentes à personalidade humana (art. 72) permite esta tutela por meio de legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a Lei 18.331, de 11 de agosto de 2008, regula a proteção de dados pessoais e a ação

---

<sup>2</sup> Importante pontuar que em março/2013 o direito brasileiro reconheceu explicitamente a existência do direito ao esquecimento, por meio do Enunciado 531, CJF: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

de *habeas data*, que no art. 1º estabelece que o direito à proteção de dados pessoais é inerente a pessoa humana.

A toda evidência, as leis de proteção de dados pessoas argentina e uruguaia são bastante similares, discorrendo Vasquez (2014) que as semelhanças principais estão a proteção de dados de pessoas jurídica, o reconhecimento de dados sensíveis, a vedação de exportação de dados para países sem igual nível de proteção, a criação de uma autoridade norteadora de proteção, princípios regentes, e um sistema de fiscalização e punição de descumprimento de suas regras.

O Paraguai também possui disciplina de proteção dos dados pessoais, porém menos tutelar que as dos dois países acima analisadas. A Constituição da República, de 1992, versa sobre o tema no art. 135 ao regular o instituto do *habeas data*, firmando que toda pessoa pode acessar informações ou dados que lhe digam respeito, a seus bens, em registros oficiais ou privados, conhecer o uso que deles de faça e sua finalidade, além de solicitar judicialmente a atualização, correção ou eliminação. Em complemento, a Lei 1.628, de 06 de janeiro de 2001, regulamenta as informações de caráter privado, dispondo que toda pessoa pode coletar, armazenar e dados pessoais para uso privado (art. 1º), vedando que se dê publicidade ou se difunda dados sensíveis individuais ou individualizáveis (art. 4º).

No Brasil, entretanto, a proteção de dados pessoais ainda é tímida. Nada obstante isso, é possível obter impulsos constitucionais a essa tutela a partir do direito à intimidade (art. 5º, X, CF/1988), do direito à informação (art. 5º, XIV, CF/1988), do direito ao sigilo de comunicações e dados (art. 5º, XII, CF/1988), e da garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si pelo *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF/1988).

Em nível infraconstitucional, uma abertura à proteção de dados pessoais pode ser encontrada no Código Civil, quando seus art. 20 e 21 tutelam do direito à imagem, honra, boa fama respeitabilidade contra divulgação de escritos, transmissão de palavras ou publicações variadas. Outra é a Lei 9.507/1997 que regula do acesso a informações pelo rito do *habeas data*, conferindo concretude à garantia constitucional do acesso e retificação de informações conservadas em bancos de dados de caráter público.

Em sentido mais concreto estão as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que em seus art. 43 e 44 versa sobre os bancos de dados e cadastros de consumidores, assegurando acesso à informação com clareza e veracidade, além da prerrogativa de solicitar correção e exclusão de dados (art. 43, § 1º e 2º).

Falta, contudo, uma legislação específica voltada à proteção detalhada dos dados pessoais, o que dá margem a criação e atuação de rotinas de tratamento de dados indiscriminados com severo risco à intimidade, a exemplo do que ocorre com o cruzamento de informações e a geração perfis pessoais. À míngua de uma legislação oficial, no Brasil a respeito do tratamento de dados pessoais, o denominado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) trouxe importante contribuição à almejada proteção, ainda que restrita às ações e ao fluxo de informações ocorrido na Internet.

A atenção conferida pela norma em tela à proteção dos dados pessoais é evidenciada logo ao dispor sobre os princípios regentes dos usos e operações na Internet, quando destaca a proteção da privacidade (art. 3º, II), a proteção dos dados pessoais (art. 3º, III), a inviolabilidade da intimidade e vida privada (art. 7º, I), a inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações (art. 7º, II) e a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas (art. 7º, III). A norma em foco,

porém, relega a uma lei específica posterior a efetivação da proteção aos dados pessoais (art. 3º, III) bem como às sanções por sua violação (art. 11º, § 4º).

O cotejo das legislações dos países componentes do Mercosul cima destacados mostra que há ao menos um ponto de afinação legislativa atinente à proteção dos dados pessoais consistente nas normas alusivas ao habeas data, já que todos os ordenamentos jurídicos internos de todos aqueles países possuem norma relacionado à matéria com proximidade de premissas e procedimentos.

#### 4.2 INSTRUMENTOS DO MERCOSUL PARA A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

O aumento da circulação das pessoas e das variadas relações que estabelecem na região que forma o Mercosul conduz à necessidade de criar ferramentas e mecanismos voltados à tutela jurídica dos dados pessoais gerados e transferidos neste cenário.

A regulamentação comum de qualquer conduta, direito ou obrigação, no Mercosul, pressupõe entender de que neste cenário não há supranacionalidade, mas sim um princípio de intergovernabilidade, e a forma de atingimento de uma sintonia regulatória consiste no compromisso assumido pelos Estados-Parte de harmonizar suas legislações em áreas pertinentes (art. 1º, Tratado de Assunção).

E não é diferente com a proteção dos dados pessoais. Sem uma linha de supranacionalidade, eventuais convenções que pretendam regular o tema precisarão ser integradas aos ordenamentos jurídicos internos de cada país, o que ao fim refletirá na harmonização das legislações pátrias na área comum relativa aos dados pessoais e sua tutela. Quiçá por esta dificuldade, poucas são as iniciativas legislativas voltadas à proteção de dados pessoais no Mercosul.

Nesse contexto, é digna de nota a Decisão n. 19/2005 do Conselho do Mercado Comum, que aprovou a Norma Relativa aos Procedimentos e Segurança no Intercâmbio e na Consulta de Dados Existentes nos Sistemas Informatizados Aduaneiros. A norma tem por objetivo instrumentalizar a prevenção, investigação e combate a ilícitos aduaneiros, servindo-se para tanto do intercâmbio de informações. A par disso, contudo, pressupõe o respeito à confidencialidade e assegura a responsabilidade dos usuários dos Estados-Parte, e, ainda, supõe levar em conta as normas internas de cada país relacionadas à proteção dos dados pessoais. O Brasil ratificou esta norma por meio do Decreto Legislativo 6.870/2009.

A norma em tela considera dados pessoais todos aqueles atinentes a pessoas físicas e jurídicas (art. 4, 1), mas ressalva que em nenhuma hipótese serão objeto de intercâmbio os dados sensíveis, assim os que digam respeito a origem racial, às opiniões políticas, às convicções religiosas, à saúde ou à vida sexual (art. 4, 2).

A proteção dos dados pessoais nos sistemas aduaneiros é regida pelo princípio da confidencialidade, prevendo que o grau de proteção será aquele do Estado-Parte que utilize a informação, e quando esta proteção interna for menor ou inexistente, prevalecerão as regras da norma do Mercosul em foco (art. 5).

A norma aprovada pela Decisão n. 19/2005 no Conselho do Mercado Comum também revela a presença dos princípios da finalidade e exclusividade mitigada, isto porque seu art. 6 prevê que os dados pessoais são utilizados unicamente para fins administrativos (finalidade) e não serão compartilhados com outras autoridades (exclusividade). Todavia, a mesma norma prevê

que as finalidades poderão ser ampliadas pelo permissivo do art. 3 e poderão ser cedidas a outra autoridade se a Administração Aduaneira fornecedora das informações autorizar. Vê-se, portanto, que o titular dos dados pessoais perde completamente o controle sobre os usos e destinos destas informações, o que torna a norma ineficiente especialmente diante de frágeis normas de proteção nos âmbitos internos dos Estados-Parte.

Há, também, a previsão de conservação temporária da informação obtida de uma administração aduaneira por outra, na medida em que deve permanecer armazenada apenas pelo tempo necessário à sua finalidade (art. 8), refletido a incidência do direito ao esquecimento, precioso à tutela dos dados pessoais.

Noutro passo, o art. 14 da supracitada norma prevê que somente os Estados-Parte poderão realizar alteração, correção, complementação e supressão dos dados que eles próprios inseriram em seus sistemas. Notadamente que esta norma precisa ser interpretada em sintonia com o direito conferido pelas Constituições e legislações internas ao próprio titular do dado pessoal de conhecer, corrigir, complementar e até mesmo eliminar dados que lhe digam respeito destas bases. E no tocante à supressão de dados, há que se recordar ainda que a eliminação do dado cedido a outro Estado-Parte não fica dependente da supressão na base de dados do Estado que inseriu, pois a administração aduaneira que requisita a informação só poderá conservá-la até que a finalidade esteja concluída, devendo ser eliminada a partir daí, conforme visto no art. 8 supramencionado.

Afora da norma acima analisada, também cabe mencionar a existência do Acordo de Cooperação Regional para Proteção de Crianças e Adolescente em Situação de Vulnerabilidade, celebrado em 30 de julho de 2008, que entre suas justificativas esteve a necessidade de usar de forma coordenada as informações oriundas de autoridades judiciais e administrativas a respeito da localização ou paradeiro, bem como as referentes a restrições de saída de crianças e adolescentes entre as Partes, que permitam sua efetiva localização.

O Acordo prevê a criação de uma Base de Dados do Mercosul e Estados Associados em que se encontram inscritas as crianças e adolescentes considerados em situação de vulnerabilidade e que deve ser consultada pelos funcionários migratórios no exercício de sua atividade de controle de entrada e saída (art. 2º, 3). Estabelece, ainda, a obrigação do funcionário migratório verificar, na entrada ou saída de uma criança ou adolescente do território nacional, se existe pedido de localização ou paradeiro ou então alguma ordem de restrição à saída (art. 3º).

Os pedidos de localização, paradeiro e restrição de saída poderão se originar de autoridades judiciais (art. 4º) ou administrativas (art. 7º), e em qualquer caso os funcionários migratórios estarão autorizados a requerer “dados pessoais, de filiação, sinais particulares, local de residência e de destino e pessoa de contato responsável pela criança ou adolescente e, se for o caso, os dados do(s) maior(es) acompanhante(s).” (art. 8º). Todavia, está assegurada a confidencialidade nestes procedimentos (art. 9º).

O Acordo em exame não versa sobre o compartilhamento ou cessão dos dados pessoais obtidos em atendimento aos pedidos administrativos ou judiciais acima referidos, de modo que se deve entender que está impedida a transferência a terceiros, mesmo que autoridades públicas, devendo os dados ser utilizados apenas para o atendimento dos pedidos e cumprimento de suas diligências, eliminando-se-os assim que cumpridas estas finalidades.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A circulação de pessoas e bens no âmbito do Mercosul, assim como as diversificadas relações pessoais e jurídicas ali estabelecidas, alerta para a necessidade de se ter ferramentas capazes de conferir proteção aos dados pessoais nesse cenário marcado por divergências culturais, políticas, econômicas e sociais, a par de divergência legislativa no ordenamento jurídico interno de cada um dos países formadores deste bloco de integração regional.

Com efeito, a proteção de dados pessoais consiste em uma nova dimensão do direito a privacidade emergida na Sociedade da Informação, já sendo tratada por parte da doutrina como um direito autônomo, e representa o direito de se saber das informações a seu respeito coletas e armazenadas em bancos de dados, bem como controlar seus usos e destinos, além do corolário direito à eliminação destes dados, o direito ao esquecimento.

A investigação da tutela dos dados pessoais no Mercosul pressupõe compreender que a vinculação dos países componentes deste bloco às normas ali produzidas não é automática, e não segue o parâmetro da supranacionalidade. Vigora, pois, o sistema da intergovernabilidade que sujeita a plena eficácia das normas do bloco à internalização por cada Estado-Parte de acordo com seus mecanismos domésticos de incorporação de tratados e demais produções regulatórias de caráter internacional.

Logo, a proteção de dados pessoais no Mercosul necessita que todos os países tenham legislações internas acerca da matéria e que busquem uniformizar estas legislações, cumprindo assim dois dos principais compromissos do Mercosul estabelecido no Tratado de Assunção que é harmonizar suas legislações em áreas pertinentes e conferir reciprocidade de tratamento aos cidadãos.

O exame das legislações internas existentes nos países formadores do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), porém, mostra que, à exceção da regulamentação do instituto do *habeas data*, esta sintonia legislativa ainda não ocorre, merecendo destaque negativo o Brasil por ainda não possuir uma legislação específica versando sobre a proteção dos dados pessoais.

Afora este aspecto, a normatização até então produzida no Mercosul que contempla diretrizes relacionadas a proteção de dados pessoais é bastante escassa, restringindo-se praticamente a Norma Relativa aos Procedimentos e Segurança no Intercâmbio e na Consulta de Dados Existentes nos Sistemas Informatizados Aduaneiros, de 2005, e o Acordo de Cooperação Regional para Proteção de Crianças e Adolescente em Situação de Vulnerabilidade, de 2008.

Infere-se, portanto, que a proteção de dados pessoais no âmbito do Mercosul é frágil e ineficaz, em parte pelo sistema de vinculação legislativa de intergovernabilidade, e em outra pela disparidade e mesmo inexistência de normas internas no âmbito de todos os países formadores deste bloco de integração.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, do Alberto. *Noções de Direito e Direito Internacional*. 3. ed. Brasília, DF: Fung, 2008.

ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- ARGENTINA. *Constituição (1994). Constituição da Nação Argentina*: estabelecida em 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- ARGENTINA. *Lei n. 25.326*, de 04 de outubro de 2000. Lei de proteção aos dados pessoais. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=64790>>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. Organização do texto Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).
- BRASIL. Decreto n. 6.870, de 04 de julho de 2009. Dispõe sobre a vigência de Decisões do Conselho do Mercado Comum, Resolução do Grupo Mercado Comum e de Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 jul. 2009.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990.
- BRASIL. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 nov. 1997.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *A globalização econômica e a integração no continente americano: desafios para o Estado brasileiro*. Ijuí: Unijuí, 2004.
- GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. *Revista da Faculdade Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 38, p. 159-183, 2003.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. Tradução José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MERCOSUL. *Protocolo de Las Leñas*, de 17 de junho de 2001. Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. Disponível em: <[http://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/Tratados.aspx](http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/Tratados.aspx)>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- MERCOSUL. *Protocolo de Olivos*, de 18 de fevereiro de 2002. Protocolo para solução de controvérsias no Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- MERCOSUL. *Protocolo de Ouro Preto*, de 17 de dezembro de 1994. Protocolo adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura institucional do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*, de 26 de março de 1991. Tratado para a construção de um mercado comum entre Argentina, Brasil Paraguai e Uruguai. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/documentos/direitos-humanos>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

PARAGUAI. *Constituição (1992)*. *Constituição da República do Paraguai*: promulgada em 20 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.oas.org/Juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/Juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

PARAGUAI. *Lei n. 1.628*, de 16 de janeiro de 2001. Regulamenta a informação de caráter privado. Assunção, 10 jan. 2001. Disponível em: <<http://www.bacn.gov.py/MTc2MA==&ley-n-1682>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

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

UNIÃO EUROPÉIA. *Carta de Direitos Fundamentais*, 18 dez. 2000. Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58 CE, de 12 de dezembro de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

URUGUAI. *Constituição (1967)*. *Constituição da República Oriental do Uruguai*. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp\\_ury-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

URUGUAI. *Lei n. 18.331*, de 11 de agosto de 2008. Lei de proteção aos dados pessoais e ação de habeas data. Montevideo, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18331>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

VASQUES, Rafael Ferraz. *A Protecção de Dados Pessoais nos Estados Unidos, União Europeia e América do Sul*: interoperabilidade com a proposta de Marco Normativo no Brasil. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=87682805257e619d>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.