



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A expansão da privacidade no Direito Civil Contemporâneo

Maya Nahon

Rio de Janeiro
2014
MAYA NAHON

A EXPANSÃO DA PRIVACIDADE NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A EXPANSÃO DA PRIVACIDADE NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Maya Nahon

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Comparado a outros direitos da personalidade, o direito à privacidade é de evolução bem mais recente. Em sua formulação inicial, identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano. Numa sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, no entanto, a privacidade se propõe a algo mais, devendo abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. A essência do trabalho é, justamente, expor essa evolução pela qual passa o direito à privacidade na sociedade contemporânea, cotejando-o com outros direitos, com os quais conflita em determinados casos concretos. Para isso, serão enfrentados, a partir de casos práticos, os múltiplos aspectos de que se reveste tal direito atualmente, debatendo-se temas como a privacidade das pessoas famosas, o direito ao esquecimento e o direito de não saber.

Palavras-chave: Privacidade. Dados pessoais. Privacidade dos famosos. Direito ao esquecimento. Direito de não saber. Privacidade versus liberdade de informação.

Sumário: Introdução. 1. A evolução do direito à privacidade. 2. Privacidade como proteção de dados pessoais. 2.1. Dimensão procedimental da privacidade. 2.2. Dimensão substancial da privacidade. 3. Aspectos do direito à privacidade na sociedade contemporânea. 3.1. Privacidade das pessoas famosas. 3.2. Direito ao esquecimento. 3.3. Direito de não saber. 4. Direito à privacidade em conflito com a liberdade de informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em sua formulação primeira, o direito à privacidade tinha relação com a proteção da vida íntima, pessoal de cada ser humano. Tratava-se, basicamente, de um direito à intimidade. Nesse momento, era forte a influência do modelo proprietário do direito civil, em que não entrar na propriedade significava não entrar na vida privada. Assumia a privacidade acepção

puramente negativa, assim como a propriedade, impondo aos outros tão somente o dever geral de abstenção.

O primeiro capítulo deste estudo se propõe a analisar a evolução do direito à privacidade. Um dos objetivos desta obra é demonstrar como, a partir da década de 60, com o desenvolvimento tecnológico e multiplicação dos meios de transmissão das informações, houve um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Nesse contexto, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, abrangendo também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre seus dados pessoais. O uso inadequado desses dados pode acabar por gerar prejuízos dos mais diversos ao seu titular.

A privacidade não é um tema novo. A segunda parte deste trabalho dedica-se ao estudo da proteção dos dados pessoais, configuração mais ampla da privacidade que o simples direito à intimidade. Nesse panorama, a rica problemática da privacidade pode ser dividida em duas dimensões: uma dimensão procedimental, pela qual se estuda o modo como é obtido e tratado o dado pessoal, bem como uma dimensão substancial, em que se foca no uso que se faz do dado pessoal, o que implica, muitas vezes, em violações a outros direitos da personalidade.

O terceiro capítulo deste trabalho dedica-se a elencar os diversos aspectos de que se reveste o direito à privacidade na sociedade contemporânea, dentre os quais o tratamento dispensado às pessoas famosas, o direito ao esquecimento e o direito de não saber. Pretende-se, neste momento, destacar alguns exemplos práticos no cotidiano jurídico a fim de demonstrar a efetividade desse direito.

Longe de ser um direito absoluto, como não o é nenhum direito da personalidade, a privacidade é passível de ponderação no caso concreto. A parte final deste trabalho dedica-se a demonstrar que a privacidade se sujeita a ponderações que, à luz das circunstâncias do caso concreto, a fazem ora prevalecer, ora ceder passagem a outros interesses que, também voltados à realização e desenvolvimento da pessoa humana, mostram-se merecedores de igual proteção pela ordem jurídica. É o caso, principalmente, do conflito entre a privacidade e o direito à informação.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e histórica. A ideia é demonstrar a amplitude da proteção à privacidade na sociedade contemporânea, atingindo esse direito cada vez mais espaços da vida humana. Busca-se comprovar que o direito à privacidade, como qualquer outro direito da personalidade, não é absoluto, comportando relativizações a depender do caso concreto, além de elencar diversos aspectos do direito à privacidade no direito civil contemporâneo, tais como o direito ao esquecimento e o direito de não saber.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

Considerando todas as facetas da personalidade humana, pode-se dizer que a privacidade é a que sofreu maiores transformações ao longo do tempo. O tradicional direito a “ficar só”, com o avanço tecnológico e o crescente interesse da sociedade na vida particular de pessoas notórias, deu espaço a novos questionamentos acerca de tal direito.

Aponta-se como o marco inicial do direito à privacidade, como um direito autônomo e com características próprias, de evolução bem mais recente que os demais direitos da personalidade, o artigo “The Right to Privacy”, publicado em 1890 em prestigiada revista jurídica da faculdade norte-americana de Harvard. O referido artigo foi escrito por Samuel D.

Warren e Louis D.Brandeis, que tinham o objetivo de traçar limites para a intromissão da imprensa na vida privada, motivados pelas notícias escandalosas sobre a vida conjugal do primeiro autor com a filha de um famoso senador americano.

O artigo firmou, portanto, as bases técnico-jurídicas da noção de privacidade, configurando-a como um direito a estar sozinho, a não ser perturbado na vida privada. Assim, pode-se dizer que em sua formulação primeira, o direito à privacidade se confundia em certa medida com a intimidade e a proteção da esfera familiar, pessoal de cada ser humano.

Nessa concepção inicial de privacidade, portanto, havia forte influência de um direito civil patrimonialista, muito mais preocupado com o patrimônio da pessoa que com a proteção dela própria. Nesse sentido, acreditava-se que, não interferindo na propriedade, não se interferia na vida privada. Assim como a propriedade confere ao seu titular a prerrogativa de afastar o esbulho sobre os seus bens materiais, a privacidade conferiria a prerrogativa de ser afastada a ingerência alheia na vida íntima de cada um.

Constata-se, portanto, que nesse primeiro momento a privacidade possuía conotação negativa, pois, assim como a propriedade, apenas vinculava a sociedade a um não fazer, ou seja, a um dever geral de abstenção.

Essa realidade começa a sofrer mudanças na década de 1960. A natureza e a extensão de tal direito precisa ser redefinida de tempos em tempos, acompanhando as mudanças da sociedade. Não pode o Direito fechar os olhos ao desenvolvimento tecnológico, que vem acompanhado da multiplicação de mecanismos para recolher e armazenar informações das mais variadas, levando a um aumento sem tamanho do fluxo de informações na sociedade contemporânea.

Numa sociedade em que as informações circulam rápida e, por vezes, ilimitadamente, não pode o direito à privacidade se restringir à proteção da vida íntima, ao direito tão somente a ficar a sós, em paz. Significaria restringir por demais o potencial de tal

direito, que não seria capaz de proteger as inúmeras situações que surgem com a evolução da sociedade.

Deve a proteção à privacidade, portanto, abranger o direito das pessoas de manterem o controle sobre seus dados pessoais. Tão grave quanto ter sua privacidade violada ao entrarem em sua casa, é ser exposta por dados coletados de forma ilícita, como através de um preenchimento de uma pesquisa na internet, por exemplo, mas que acabam por gerar prejuízos dos mais diversos ao seu titular.

Nas palavras de Anderson Schreiber¹, “Neste sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais”. Dessa forma, tanto viola a privacidade alguém que usa de meio esconso para ver uma vizinha nua, como aquele que é incluído em certo cadastro sem sua respectiva autorização.

Assim, em sua nova acepção, o direito à privacidade exige mais que o mero dever geral de abstenção; impõe, isto sim, um comportamento positivo por parte da sociedade, como o dever de ter autorizada a inclusão de certa pessoa num cadastro de dados qualquer.

Nessa esteira de evolução do direito à privacidade, imperioso mencionar a atenção dada pela Constituição brasileira de 1988 a tal direito. Além de encaixar a privacidade no rol dos direitos fundamentais (art.5º, inciso X), o constituinte preocupou-se em estabelecer um mecanismo para a sua proteção. Assim, no art.5º, inciso LXXII, previu o importante remédio constitucional do habeas data:

Art. 5º [...]

LXXII- conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p.137.

Conforme se pode perceber, o *habeas data* é importante instrumento na garantia de proteção à privacidade. O referido artigo ajuda a compreender a atual acepção do direito, como direito ao controle de dados pessoais. De nada adiantaria a exaustiva proteção jurídica da privacidade se não houvesse meios eficazes de assegurá-la, daí a preocupação do constituinte em prever tal remédio constitucional.

Infelizmente à intenção do constituinte em proteger a privacidade não correspondeu igual esforço do legislador civil, que se limitou a estabelecer comandos genéricos quanto ao tema, dele tratando em apenas um artigo da lei. Como afirma Anderson Schreiber², “Excessivamente abstrata, a regulamentação da privacidade permaneceu nas nuvens dos comandos genéricos”.

Limitou-se o legislador civil, no art.21 do Código Civil, a repetir que a vida privada é inviolável, não desenvolvendo com plenitude o comando constitucional: “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”.

Assim, não contribuiu muito o legislador na criação de mecanismos que efetivem a privacidade, restringindo-se em sua reafirmação. A vida privada da pessoa humana continua carecendo, mesmo com o comando constitucional, de mecanismos que a efetivem, sendo, por isso, sistematicamente violada.

Cada país deve criar legislação que estipule os princípios norteadores do uso da internet, o que ainda não foi feito no Brasil. Enquanto isso, temos casos sendo decididos de forma muito diversificada pelos Tribunais. Diante da falta de regras que determinem como pode ser compartilhado um dado pessoal, devem as pessoas tomar o maior cuidado possível com o que é lançado na internet pois, além de qualquer um poder ter acesso à vida pessoal alheia, a internet nunca esquece.

² Ibidem, p. 142.

Posto isso, verifica-se que o direito à privacidade sofreu rígidas transformações ao longo do tempo. De um direito que comportava acepção puramente negativa, dificilmente separado do direito à intimidade, com fortes características advindas de um direito civil patrimonialista, passou a ser muito mais que isso: abrange, atualmente, uma acepção predominantemente positiva, exigindo para a sua efetivação não só a abstenção da coletividade. No âmbito do direito civil atual, muito mais preocupado com a pessoa humana que com seus bens, inspirado nos princípios constitucionais como o da dignidade humana, a privacidade ganha maior densidade, abarca maior número de situações, e gera cada vez mais polêmicas quanto ao modo de efetivá-la.

2. PRIVACIDADE COMO PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Cada vez mais o estudo da privacidade envolve questões relacionadas a dados pessoais e, portanto, informação.

Com a evolução do direito à privacidade, observa-se que hoje tal direito representa muito mais que a proteção da vida íntima do indivíduo, atingindo também a proteção de seus dados pessoais. Não se confunde mais, portanto, com o direito à intimidade; não se limita ao direito de não ter sua vida privada violada. Ultrapassa o âmbito doméstico para atingir aspectos de código genético, estado de saúde, levando à definição de privacidade como o ³ “direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais”.

Nessa esteira, a privacidade pode ser violada das mais diversas formas. Não apenas aquele que se utiliza de um binóculo para captar a intimidade de sua vizinha, como também

³ Ibidem, p. 137.

aquele que é incluído em cadastro sem autorização, têm sua privacidade violada. Nesse sentido, leciona Stefano Rodotà⁴:

As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento de serviços, podem “criar” informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, etc), que interessam a outros sujeitos, a quem essas informações podem ser vendidas.

Assim, a proteção à privacidade demanda hoje mais que simples abstenção da sociedade, com a proibição de intromissão alheia na vida privada. Mais que isso, exige deveres positivos, como o de solicitar a autorização de uma pessoa para que seu nome seja incluído em determinado cadastro.

Não é necessariamente a obtenção isolada de determinado dado de uma pessoa que implicará na violação da sua privacidade. Nesse sentido, o simples fornecimento de um telefone para uma loja, por exemplo, pode não trazer maiores problemas. No entanto, se for juntada variada gama de dados sobre alguém, de forma a ser construído um “perfil” do consumidor, aí sim tem-se a privacidade violada, sendo a complexidade da pessoa reduzida à colocação em uma ou outra categoria, fruto do seu “perfil” virtual, a partir da coleta de dados de forma autorizada ou não.

Anderson Schreiber⁵ cita o exemplo da empresa que vai coletar nas redes sociais dados sobre um possível candidato a uma vaga de trabalho. As informações lá encontradas podem fazer com que a companhia elimine o sujeito apenas pelo fato de ele ser torcedor de determinado time ou por ser integrante de um movimento sindical. Da mesma forma, o

⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância- A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.46.

⁵ SCHREIBER, op.cit., p.138.

candidato poderia ser rejeitado por questões até mais simples, como uma foto mais ousada por ele publicada. Assim, o caminho da pessoa humana acaba sendo traçado com base numa representação virtual, a partir de uma coleta de dados que não necessariamente guarda relação com a real personalidade do indivíduo.

Danilo Doneda⁶ também menciona a elaboração de “perfis” de comportamento como uma técnica para ilustrar a mudança qualitativa no tratamento dos dados pessoais. Com auxílio de métodos estatísticos, se consegue chegar a preferências e registros de vida de uma pessoa, o que pode ser usado para prever um panorama de como os indivíduos se comportarão no futuro.

Alerta o jurista para a possibilidade de restrição da privacidade individual o fato de uma parcela de sua personalidade estar visível a outrem por um perfil eletrônico, podendo as técnicas de previsão de comportamento levar a uma redução da liberdade de escolha dos indivíduos.

Nesse panorama, a privacidade pode ser dividida em duas dimensões: a procedimental, por meio da qual se analisa como é obtido o dado pessoal; e a substancial, em que se estuda o uso que se faz do dado pessoal, podendo atingir outros direitos da personalidade.

2.1. DIMENSÃO PROCEDIMENTAL DA PRIVACIDADE

⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.173.

A dimensão procedimental da privacidade se exprime na autorização para a coleta e armazenamento das informações, além da possibilidade de se verificar, periodicamente, sua autenticidade. Seu uso deve se limitar à finalidade que justificou a coleta, devendo a reunião desautorizada de informações ser sempre combatida.

A evolução tecnológica, que trouxe novidades como o telefone celular, o e-mail, páginas pessoais na internet, de certa forma gerou a facilidade de as pessoas poderem se comunicar de onde quer que estejam, podendo ter sempre consigo sua intimidade. Por outro lado, a tecnologia é fator determinante de alguns meios de violação da privacidade. Como ensina Anderson Schreiber⁷:

De outro lado, novos meios técnicos de coleta de informações pessoais (circuitos de vídeo-vigilância, exigências de cadastramento prévio etc.) exigem uma proteção da privacidade que desconheça limites físicos, afigurando-se apta a proteger a pessoa em todos os múltiplos ambientes em que atua. Aqui, como no tocante ao direito de imagem, não há outro caminho senão a forte ênfase na autorização do titular como requisito para a obtenção de seus dados pessoais, dispensando-a apenas naquelas hipóteses em que a ponderação entre a privacidade e outros interesses constitucionalmente protegidos justifiquem a dispensa de autorização.

Não obstante, não se restringe a dimensão procedimental da privacidade à coleta de dados pessoais não autorizados. Na vida contemporânea, inevitavelmente, a todo momento estamos fornecendo, minimamente, um conjunto de informações pessoais. Dessa forma, ocorre intensa transmissão de dados, os quais podem ser usados para finalidades das mais distintas.

O fato de a pessoa ter cedido determinados dados seus para um cadastro, como para a compra de um bilhete numa companhia aérea, por exemplo, não significa que concordou que tais dados fossem disponibilizados para quaisquer fins. A presunção é, isto sim, de que ao fornecer tais dados à empresa, a pessoa concordou apenas com aquela utilização específica e

⁷ SCHREIBER, op.cit., p.138.

nada mais. Confiou que o uso se limitaria aquela necessidade imediata, e daquela esfera não sairia.

Assim, a proteção da privacidade requer mais que o controle da coleta de dados pessoais, alcançando as demais fases do processo informativo, devendo haver um armazenamento seguro das informações.

2.2. DIMENSÃO SUBSTANCIAL DA PRIVACIDADE

A dimensão substancial da privacidade está relacionada à finalidade e ao emprego da informação obtida. Reflete o controle do “perfil” criado a partir do manejo dos dados pessoais coletados em diferentes fontes. A representação de uma pessoa a partir da coleta de seus dados deve ser acessível à própria pessoa, de forma que ela possa exigir que tais informações reflitam veracidade, não podendo seu uso ser aleatório.

3. ASPECTOS DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Como visto, o direito à privacidade passou por intensa evolução, abrangendo um leque de situações muito maior do que antigamente. Nesse cenário, são temas recorrentes na jurisprudência, dentre outros tantos, a privacidade das pessoas famosas, o direito ao esquecimento e o direito de não saber.

3.1. PRIVACIDADE DAS PESSOAS FAMOSAS

Nenhum direito da personalidade é absoluto. Às vezes até se autoriza a divulgação da própria imagem ou se abre mão de parcela da privacidade. É o caso, por exemplo, do ator famoso que, internado em hospital por uma doença qualquer, acena da janela para seus fãs, assumindo o risco de ser fotografado, dado o interesse público da situação.

A jurisprudência pátria, visando evitar decisões para todos os lados e a consequente insegurança jurídica, criou parâmetros para julgamento, apresentando os conceitos de “lugar público” e “pessoa pública”. Entendem, assim, os Tribunais pátrios que, estando a pessoa em lugar público, a captação de sua imagem prescinde de autorização. Da mesma forma, a pessoa pública, que lucra com o uso de sua imagem, possuiria direitos da personalidade de certa forma limitados, devendo suportar as consequências do seu comportamento em público. Tal parâmetro, no entanto, não é o mais correto, e deveria ser revisado.

Não podem os direitos da personalidade se condicionarem a tal parâmetro, sob pena de a pessoa não sair de casa como única forma de se ter controle da sua imagem e de seus dados pessoais. O Judiciário, nisso também, acaba confundindo os direitos à imagem e à privacidade, que há muito já foram separados.

Nesse contexto, a profissão de alguém não deve ser justificativa para a violação de sua privacidade. Se uma pessoa é famosa e sua vida é de interesse da sociedade, não compete ao Direito reduzir, mas sim salvaguardar com ainda mais força a tutela de sua privacidade. Como registrado por Anderson Schreiber⁸, de plano se deve rejeitar a qualificação de uma pessoa, qualquer ela que seja, como “pública”. O ser humano é, por natureza, “pessoa privada”.

Diversos casos já foram enfrentados pelos tribunais visando a assegurar a maior proteção de tal direito. Dentre eles, o caso da atriz Carolina Dieckman, que promoveu ação judicial contra o programa de humor “Pânico na TV” que, insistindo que a atriz vestisse as

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p.107.

chamadas “sandálias da humildade”, chegou a invadir a residência da atriz portando um megafone e um guindaste. O mérito da ação foi julgado em favor da atriz, que, além de ser compensada pelos danos morais sofridos, teve a seu favor a proibição de que o programa exibisse a sua imagem.

Assim, deve-se desconstruir o argumento segundo o qual a pessoa famosa pode ter a sua vida particular livremente divulgada pelo simples fato de ser pessoa pública. Qualquer pessoa, famosa ou não, tem o direito constitucionalmente assegurado de ter a sua intimidade e privacidade preservadas. Em situações excepcionais, em detrimento de outros direitos da personalidade igualmente relevantes, poderá a privacidade ser afastada na análise do caso concreto, como se verá mais adiante.

3.2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Tema que vem sendo muito debatido em sede jurisprudencial é o direito ao esquecimento.

A evolução da tecnologia informativa, com o fortalecimento das mídias sociais trouxe novas questões sobre o direito à privacidade. Nos dias atuais, postar uma foto mais ousada numa rede social pode ser o suficiente para que, em fração de segundos, ela se reproduza em diversos meios de comunicação ao longo do mundo, sem restrições. Mais uma forma, portanto, de violação da privacidade.

Pior que isso é ter ressuscitadas imagens de um passado que se acreditava esquecido. A internet não esquece, ao contrário dos jornais e revistas antigas, submetidas a um desgaste físico natural. As informações registradas na internet permanecem na rede por tempo indefinido, bastando entrar num site de vídeos ou de pesquisa livre para que se encontre o que

quer que seja. Com base nisso, pode ser que uma pessoa seja eternamente perseguida e estereotipada por determinado fato que ocorreu há muito tempo atrás.

Pode causar grave dano à pessoa o caso da famosa atriz que, no início da carreira, ainda bem jovem, gravou filme pornô ou autorizou a veiculação de sua imagem nua em revista masculina. Passados muitos anos, a mesma atriz se torna apresentadora de um programa infantil. Mesmo que no passado tenha a pessoa autorizado a veiculação de sua imagem para aqueles fins, é claramente prejudicial à sua carreira atual que tais imagens voltem a circular, sendo evidente que a carreira da pessoa tomou rumo totalmente distinto ao daquele ato do passado. O direito à exibição daquela imagem entra em confronto com importante viés do direito à privacidade.

Assim sendo, da mesma forma que qualquer pessoa tem a prerrogativa de poder controlar a circulação de seus dados pessoais, deve ela ter o direito de impedir que dados do passado sejam trazidos à tona totalmente fora do contexto no presente, gerando-lhe grave violação à privacidade.

É nesse âmbito que o direito ao esquecimento vem em socorro dessa pessoa, significando que nem tudo o que ela viveu no passado deve persegui-la em cada momento de sua vida, de forma descontextualizada.

Apesar de mais falado no âmbito no direito civil, o direito ao esquecimento surgiu na esfera criminal, sendo essencial à ressocialização do ex-detento. Não faz sentido que uma pessoa pague a vida toda por pena que já cumpriu. No Brasil, o autor do delito tem direito à reabilitação dois anos após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo. Além disso, após cinco anos, afasta-se a possibilidade de considerar-se o fato para fins de reincidência, apagando o condenado de todos os registros criminais e processuais.

Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder⁹ citam o conhecido caso Lebach, ocorrido na Alemanha nos anos 60. No pequeno lugarejo de Lebach houve brutal assassinato de quatro soldados que guardavam depósito de munição, e um quinto soldado ficou gravemente ferido. No ano seguinte, dois dos principais suspeitos foram condenados à prisão perpétua e um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão, por ter auxiliado a ação criminosa. Anos após o fato, diante do interesse da opinião pública, um canal de televisão alemão produziu documentário sobre o ocorrido, em que apresentava nome e foto de todos os acusados. O documentário seria transmitido numa sexta-feira à noite, pouco antes da liberação do terceiro acusado, que já tinha cumprido grande parte de sua pena. Temendo a dificuldade em seu processo de ressocialização o terceiro acusado buscou em juízo medida liminar para impedir a transmissão do programa, a qual foi indeferida. Em sede recursal, no entanto, invocando a proteção de direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã, teve seu pedido julgado procedente. O Tribunal alemão ponderou o conflito entre a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade com o interesse da informação da população. Entendeu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a televisão se ocupe ilimitadamente com a vida privada do criminoso.

No âmbito do direito do consumidor, o CDC guarda espaço para o direito ao esquecimento, na medida em que prevê o prazo máximo de cinco anos para que constem dos bancos de dados informações negativas acerca da inadimplência. Assim, o consumidor não vai ficar a vida toda carregando a pecha de ser mal pagador. Transcorrido o prazo supracitado, a lei sai em defesa da pessoa, em detrimento dos interesses do mercado.

Sobre o direito ao esquecimento, ensina Anderson Schreiber¹⁰ que:

⁹ DE MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.292.

¹⁰ SCHREIBER, op.cit., p.171.

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas.

Ressalte-se, portanto, que o direito ao esquecimento não dá o direito de alguém mudar a história ou mesmo de apagar fatos. O que se permite com o direito ao esquecimento é o controle do uso de fatos pretéritos, cuidando do modo como são lembrados e para que finalidade. Claro que as vezes o direito ao esquecimento cederá espaço a outro direito da personalidade, como o direito a informação, devendo o aplicador do Direito ponderá-los no caso concreto.

3.3. DIREITO DE NÃO SABER

O titular de determinado dado relacionado à sua condição existencial tem o direito de não querer conhecê-lo.

Caitlin Mulholland¹¹ explica que:

Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizada do *right of privacy*, manifesta-se também como poder negativo, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque se referir ao direito de não saber como consequência da proteção ao direito à intimidade.

Numa concepção mais ampliada, portanto, tem-se o direito a privacidade também como uma forma de proteger qualquer parte do corpo humano em que se encontrem

¹¹ MULHOLLAND, Caitlin. *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. 2012. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2014.

informações genéticas e, numa acepção mais subjetiva, permitir que o indivíduo não tenha acesso a resultados de quaisquer provas genéticas praticadas em si ou em seus familiares.

Destacam Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder¹²:

[...] Deve-se preservá-la de um impacto de uma má notícia e impedi-la de tomar decisões importantes sobre o seu tratamento, permitindo que se prepare para eventos prováveis, inclusive a morte? E se para a pessoa for preferível não ter conhecimento do resultado por algum receio de sofrer um impacto na sua condição emocional ou psicossocial? Mas o debate não envolve só a genética, mas também as chamadas neurotecnologias e suas técnicas de mapeamento cerebral que, por exemplo, poderiam identificar a propensão de um jovem à delinquência. O direito de não saber seria, então, uma forma de proteção da esfera privada da pessoa humana contra as interferências e os abusos que a expansão do conhecimento podem provocar.

No que tange à responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas, deve o usuário do serviço comprovar a falha em sua prestação, o dano que lhe foi causado, ainda que exclusivamente moral, e, ainda, o nexo de causalidade entre ambos, para que seja indenizado. Sendo a responsabilidade do laboratório objetiva, prescinde da comprovação de culpa.

Assim, a divulgação à pessoa de um dado sobre o qual ela não quer ter notícia gera violação ao direito de não saber, com a conseqüente possibilidade de indenização do hospital/clínica pelos danos morais sofridos, demonstrados os requisitos deflagradores da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade entre ambos.

4. DIREITO À PRIVACIDADE EM CONFLITO COM A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

¹² DE MORAES, op.cit., p.307.

A privacidade, por mais importante que seja a sua tutela, não é um direito absoluto, como não o é nenhum direito da personalidade. Isso significa dizer que, em determinados casos concretos, cederá lugar a outro direito, o que não diminui o seu valor.

Segundo Marcelo Malizia Cabral¹³,

A massificação das relações sociais e de consumo, a consagração dos direitos de personalidade e das liberdades comunicativas, o surgimento de novas tecnologias de informação e de armazenamento de dados têm ocasionado o aparecimento das mais variadas situações em que se impõe a discussão do conteúdo e dos limites desses direitos.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴ ensinam que

Não há dúvidas de que a privacidade representa um direito importantíssimo da pessoa humana. Entretanto, mostra-se evidente no mundo contemporâneo a permanente colisão entre a privacidade e todos os demais interesses tutelados na sociedade globalizada. Cabe ao intérprete, pois, mais do que simplesmente alardear a inviolabilidade teórica dos direitos fundamentais, delimitá-los em sua concreta atuação.

O tradicional “direito a ficar só” é objeto de novos questionamentos dada a evolução de tecnologias mais invasivas, bem como a crescente curiosidade da população no que tange à vida particular das pessoas famosas. Nessa esteira, o direito à privacidade deve ser sacrificado em determinadas situações, principalmente em nome de um indeterminado interesse público. Destaca-se, nesse cenário, a liberdade de imprensa, que, por se revestir de alto grau de interesse público, deve preponderar em determinados casos concretos.

Não se duvida da dificuldade de se estabelecerem, com precisão, o âmbito de proteção e os limites dos direitos da personalidade e do direito de informação, já que dotados de conteúdos imprecisos e variáveis. Quando se verifica o conflito entre um direito da

¹³ CABRAL, Marcelo Malizia. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p.108.

¹⁴TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.59.

personalidade e outro direito qualquer, a posição jurídica do direito da personalidade em conflito no caso concreto haverá de ser aferida em relação à posição jurídica do outro direito ou valor em conflito, sob a perspectiva do conjunto de bens e valores contemplados no ordenamento jurídico em sua totalidade.

A divulgação de fatos relativos a pessoas públicas e notórias (pelas mais diversas circunstâncias) é situação que normalmente gera colisão entre a privacidade e o direito à informação. Marcelo Malizia Cabral¹⁵ explica que

Nesse particular, ao cuidar da divulgação e do aproveitamento dos fatos relativos à vida privada das pessoas públicas ou notórias, a doutrina tem apontado para a existência de limites recíprocos, ou seja, na esfera de proteção da privacidade e na amplitude do direito de informação, limites esses variáveis em função de uma série de circunstâncias que devem ser examinadas concretamente em cada caso.

Em regra, tem-se como lícita a divulgação de fatos genéricos, normais na vida de qualquer pessoa, como o nascimento, o casamento e a morte, desde que não sejam divulgados detalhes íntimos desses fatos. Da mesma forma, não viola a privacidade a divulgação de acontecimentos da vida de uma pessoa que pretende desempenhar ou que já desempenha funções públicas ou de forte representatividade social, especialmente quando tais situações se passem no exercício ou em razão dessas funções. O mesmo se diga de acontecimentos que, ainda que de foro privado, possam repercutir os interesses públicos ou sociais ligados a tais atividades.

Dessa forma, nada impede que se noticiem cerimônias públicas, manifestações, sessões públicas, conferências de imprensa, qualidade do atendimento em repartições públicas, dentre outros.

¹⁵CABRAL, op.cit., p.136.

Quanto às pessoas famosas, como atores, cantores, desportistas, estaria englobado no legítimo direito à informação a reprodução de seu retrato acompanhado de notícias a seu respeito; o relato de suas condições de saúde de modo a justificar, por exemplo, a ausência de um ator na gravação de uma novela ou peça teatral, dentre outros.

Não seria lícito, por outro lado, sob pena de violação da privacidade, a divulgação de notícias que digam respeito a esferas da vida privada quando não autorizadas pela pessoa, expressa ou tacitamente. É o caso da divulgação de um endereço ou telefone residencial, por exemplo, em que a proibição de divulgação é justificada por um interesse socialmente compreensível. Da mesma forma, seria ilícita a divulgação de notícias não consentidas no tocante à intimidade da sua vida privada, como a doença de um filho menor ou a exposição de uma relação extraconjugal.

Nesse contexto, Marcelo Malizia Cabral se utiliza das lições de Capelo de Souza¹⁶:

Como se pode perceber, a proteção da esfera da vida privada nesses casos varia em função do bem da vida privada em causa, de sua relação com outros bens de personalidade (p.ex., a honra, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade), da intensidade dos interesses da coisa pública, do interesse geral da informação em causa, do nível de responsabilidade da função pública desempenhada pelas pessoas do grau de notoriedade das pessoas que desempenha atividades privadas de interesse geral.

Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder¹⁷ citam como exemplo do conflito entre a privacidade e a liberdade de informação um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que houve divulgação e veiculação de filmagem não autorizada na rede mundial de computadores. Entendeu a Corte que estaria configurado o dano moral pela violação à privacidade, ressaltando ter o texto Constitucional entregue ao intérprete instrumentos capazes de possibilitar a coexistência das novas tecnologias e a proteção dos

¹⁶DE SOUSA, Rabindranath Capelo *apud* CABRAL, p.138.

¹⁷DE MORAES; KONDER, *op.cit.*, p.272.

direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. O julgado mencionou, ainda, ter destacado o Código a necessidade de uma atuação específica de todo o ordenamento na proteção da privacidade da pessoa humana, de forma a ser encontrada resposta eficaz aos riscos enfrentados atualmente pela nossa sociedade.

Vale lembrar que os indivíduos podem exercer a privacidade de modos diversos, sem que isso implique renúncia ao direito, não se podendo transformar o direito à privacidade num dever de privacidade, não sendo absoluto tal direito.

Nessa esteira, dadas as diversas formas de exercício do direito à privacidade, não se pode dizer que aqueles que optam por tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada, estejam renunciando a esse direito, mas apenas que estão exercendo-o autonomamente, de acordo com suas preferências.

Para que a ordem jurídica seja preservada em sua unidade e totalidade, deve ser feita uma criteriosa avaliação das circunstâncias que envolvem os direitos à privacidade e à informação, para, ao fim de uma operação valorativa, ser definido o grau de compressão que um direito sofrerá em detrimento do outro. Dessa forma, temos que não se pode afirmar, em abstrato, a supremacia do direito à privacidade ou da liberdade de informação, que se afiguram como direitos de mesma hierarquia. Tal colisão, portanto, deve ser equacionada em concreto, ponderando-se os direitos em conflito, com recurso às regras de direito privado de resolução de conflitos.

Daniel Sarmento¹⁸ propõe como método de ponderação a utilização de duas variáveis, quais sejam: o peso genérico e o peso específico. Primeiro, o intérprete deve fazer a comparação do peso dos direitos ou interesses em questão tendo como vetor os valores subjacentes à Constituição. Passando-se ao peso específico, deve ser aferido o peso específico

¹⁸SARMENTO, Daniel *apud* CABRAL, p.148.

de cada direito ou interesse- intensidade com que são afetados-, de forma que a restrição será inversamente proporcional a esses valores.

Destaca o autor, ainda, a necessidade de se recorrer ao princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos, para se fazer a ponderação da melhor forma. Primeiramente deve ser observada a adequação, pela qual a restrição de um direito deve ser idônea à sobrevivência do outro. Pelo aspecto da necessidade, o sacrifício de um dos direitos deve ser o menor possível na garantia do interesse contraposto. Por último, pela proporcionalidade em sentido estrito, garante-se que o benefício atingido com a restrição de um dos direitos compense o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Posto isso, verifica-se que alguns interesses públicos se revestem de alto grau de legitimidade, razão pela qual devem preponderar, em determinados casos concretos, ante a tutela da privacidade, como ocorre no caso da liberdade de imprensa. Os casos e limites dessa ponderação, entretanto, são pontos de intensa polêmica, somente podendo ser averiguados caso a caso.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu apresentar a expansão da privacidade no direito civil contemporâneo. De um direito intrinsecamente ligado à intimidade, a privacidade hoje apresenta grande autonomia, e é merecedora de tutela jurídica específica, capaz de abranger todos os espectros de que se reveste na sociedade contemporânea.

Não menos séria que a intromissão na vida doméstica das pessoas, é a violação dos seus dados pessoais. A proteção à privacidade deve abranger, pois, além de o direito a ficar só, qualquer ambiente onde circulem dados pessoais de seu titular. Dessa forma, merecem proteção sua crença religiosa, seu estado de saúde, seu código genético, dentre outros.

Deve-se, ainda, atentar para a criação de “perfis” das pessoas nas mais diversas searas, baseados em dados pessoais obtidos com ou sem autorização do titular. Potencial a restrição da privacidade, podendo ser reduzida também a liberdade de escolha individual, o fato de uma parcela da personalidade de alguém estar visível a outrem por meio de um perfil eletrônico. Nesse sentido, atenta-se para a dimensão procedimental da privacidade, expressa na autorização para a coleta e armazenamento de informações, além da possibilidade de verificação periódica de sua autenticidade; não menos importante é a dimensão substancial da privacidade, relacionada ao emprego e à finalidade da informação obtida. Não pode o uso das informações sobre alguém ser aleatório e não refletir veracidade, devendo ser acessível a qualquer pessoa a sua representação a partir da coleta de seus dados.

Demonstrou o presente estudo ser tema recorrente na jurisprudência a privacidade das pessoas famosas, o direito ao esquecimento e o direito de não saber. A profissão de alguém não é justificativa para que a sua privacidade seja violada. Não é pelo simples fato de ser uma pessoa famosa, seja por ser ela atriz, cantora ou esportista, sendo sua vida tema de interesse da sociedade, que sua privacidade merece menos proteção que a de uma “pessoa comum”. Deve, isto sim, o Judiciário analisar com mais atenção ainda casos envolvendo pessoas famosas, salvaguardando com todas as forças a tutela de sua privacidade.

Séria violação à privacidade se dá, ainda, quando são ressuscitadas imagens de uma pessoa de um passado que se acreditava esquecido. Não é justo que alguém seja eternamente perseguido ou estereotipado por algo que ocorreu há muito tempo atrás. Surge, pois, o direito ao esquecimento como forma de socorrer essa pessoa, significando que nem tudo o que ela viveu no passado pode persegui-la em cada momento de sua vida, para sempre.

Mais uma demonstração da variedade de formas pelas quais pode ser a privacidade violada, comentou-se no terceiro capítulo sobre o direito de não saber. O titular de determinado dado relacionado à sua existência tem o direito de não querer conhecê-lo. A

privacidade também é, pois, uma forma de proteger qualquer parte do corpo humano em que se encontrem informações genéticas, e de permitir que o indivíduo não tenha acesso a resultados de quaisquer provas genéticas praticadas em si ou em seus familiares.

No quarto e último capítulo, não menos importante, foram apresentadas situações de conflito da privacidade com a liberdade de informação. Não é a privacidade revestida de caráter absoluto, como nenhum direito da personalidade. Em diversos casos ela será afastada, cedendo lugar a outros direitos, não perdendo sua importância por isso. Eventos como cerimônias públicas, conferências de imprensa, qualidade do atendimento em certas repartições públicas são temas objeto de interesse da população, devendo ser noticiados, sem que a privacidade de qualquer pessoa seja violada.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil- Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p.185-255.
- CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo. Atlas, 2012, p.108-152.
- DE MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Atlas, 2013, p.551-559.
- DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, São Paulo Recife. Renovar, 2007, p.59-75.
- DE MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo. Renovar, 2012, p.265-334.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p.151-220.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Parte Geral*. São Paulo. Saraiva, 2013, p.184-205.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. 2012. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil- Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p.211-259.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância- A privacidade hoje*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p.41-91.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo. Atlas, 2013, p. 133-184.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife. Renovar, 2007, p.29-65.