



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)
: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)
Bibliografia.

1. Direito - Enciclopédia. I. Capilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Álvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DIREITO À PRIVACIDADE

Alessandro Hirata

INTRODUÇÃO

É inegável a importância adquirida pelo direito à privacidade nos últimos anos. É retrato da nossa sociedade contemporânea, dominada pelos meios de comunicação de massa e as diversas redes sociais, a transformação do conceito de privacidade. Desse modo, o direito precisa adequar-se e desenvolver seus instrumentos para melhor entender e proteger o direito à privacidade.

Além disso, seu enquadramento com um direito da personalidade e, principalmente, como direito fundamental, revela também a necessidade de seu tratamento cuidadoso e adequado às questões da sociedade contemporânea. Trata-se de tema essencial para o direito privado moderno, além de não poder ser ignorado por políticas legislativas e públicas.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito de privacidade.....	3
2. Direito ao segredo e ao sigilo.....	5
3. Distinção entre privacidade e intimidade.....	7
3.1. Teoria das esferas.....	7
3.2. Uniformização terminológica.....	8
4. Público e privado no direito à privacidade.....	9
5. Direito Europeu e a privacidade.....	12
6. Privacidade na sociedade contemporânea: redes sociais.....	15
7. Considerações conclusivas.....	17
Referências.....	17

I. CONCEITO DE PRIVACIDADE

O termo direito à intimidade é considerado como tipificação dos chamados “direitos da personalidade”, que são inerentes ao próprio homem e têm por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana.¹ Surgem como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais. Vale ressaltar que a matéria é objeto tanto da Constituição Federal de 1988² quanto do Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 ao 21), o que provocou o seu tratamento mais aprofundado e amplo pela doutrina nacional. Ainda, a Constituição Federal de 1988, à semelhança do texto constitucional de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969, atribui às figuras da intimidade e da vida privada tipificação diversa.

Com o progresso científico e o avanço da técnica, as intromissões na intimidade e na vida privada das pessoas agravaram-se.³ Aliás, no passado, a necessidade de estar só era atribuída à excentricidade, não se pensava em isolamento. No entanto, hoje apresenta-se uma outra realidade. A tecnologia provoca um aumento desenfreado nas possibilidades

¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. VII, p. 5 e ss.; DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*; DE-MATTIA, Fabio Maria. Direito da personalidade. *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 28, p. 155 e ss; e AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 283 e ss. Por sua vez, KAYSER, Pierre, *Protection de la vie privée*, classifica os direitos de personalidade em: direito de se opor à divulgação da vida privada, direito de se opor a uma investigação na vida privada e, ainda, direito de resposta.

² O art. 5º, X, da CF 1988 considera “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³ Ao tratar da doutrina francesa, Elimar Szaniawski (*Direitos de personalidade e sua tutela*, pp. 118-119), considera a proteção da vida privada em dois sentidos: lato sensu, como as regras jurídicas que objetivam à proteção da vida pessoal e familiar; e stricto sensu, como o conjunto de regras que visam a proteger as pessoas contra atentados particulares. São as agressões deflagradas contra o segredo da vida privada, ou seja, são as regras que objetivam proteger a vida pessoal e familiar das pessoas e a intimidade de seu lar. A vida pessoal e familiar necessita de uma esfera de segredo para o seu desenvolvimento, sendo, assim, esta uma condição de sua liberdade. Então, faz-se necessária a proteção desta esfera secreta dos atentados dirigidos à liberdade.

e na velocidade do acesso à informação, levando, conseqüentemente, a uma maior fragilidade da esfera privada, da intimidade das pessoas.⁴

A origem do termo privacidade no campo jurídico remete ao “*right to privacy*”. A privacidade (*privacy*) pode ser definida como o direito de estar só ou, talvez mais preciso, o direito de ser deixado só (“*right to be let alone*”).⁵ Assim, entende-se que a privacidade pode sofrer ataques, podendo gerar desgastes e dores muito maiores que uma injúria corporal.⁶

Ainda que bastante vaga, essa primeira concepção de privacidade deve ser interpretada como sendo o “direito de ser deixado só”, que remete à não interferência pelo Estado na vida do indivíduo. Todavia, deve-se entender a privacidade não apenas como a não interferência do Estado na vida do indivíduo, mas também como o poder de se reivindicar ao Estado a tutela dessa privacidade, protegendo o indivíduo de terceiros.⁷

Na sociedade contemporânea, porém, a noção de privacidade extravasa os conceitos de isolamento ou tranquilidade. O “*right to be let alone*” revela-se insuficiente em uma sociedade em que os meios de violação da privacidade caminham paralelamente aos diversos e importantes avanços tecnológicos.⁸

Cabe lembrar, que alguns autores distinguem o direito à intimidade do direito à vida privada. A. De Cupis,⁹ por exemplo, entende que a esfera íntima da pessoa se divide em direito à *riservatezza* e o direito à *segretezza*.¹⁰ O direito à intimidade pode ser conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem. Ou seja, é o direito da pessoa de excluir do conhecimento de terceiros tudo aquilo que a ela se relaciona.¹¹ O direito à intimidade é, ainda, o poder correspondente ao dever de todas as outras pessoas de não se imiscuir

⁴ Cf., por exemplo, COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 14.

⁵ Cf. DONEDA Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, pp. 07-08.

⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard law review*, v. 4, p. 193.

⁷ GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. *The Yale law journal*, v. 89, nº 3, p. 438.

⁸ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 10.

⁹ DE CUPIS, Adriano. Il diritto alla riservatezza. *Foro Italiano*, p. 90.

¹⁰ Cf., contrariamente, FRANCESCHELLI, Bruno. Il diritto alla riservatezza, p. 5 e ss.

¹¹ Cf., dentre outros, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, p. 124 e ss.

na intimidade alheia, opondo-se a eventuais descumprimentos desse dever, realizados por meio de investigação e/ou divulgação de informações sobre a vida alheia.¹²

2. DIREITO AO SEGREDO E AO SIGILO

O direito à intimidade pode ser entendido como um direito amplo que comporta diferentes nuances. Pode-se destacar uma das mais importantes desses tipos: o chamado direito ao segredo, que constitui um aspecto particular do direito à intimidade. Assim, o direito ao sigilo refere-se aos fatos específicos que não convêm ser divulgados, seja por razões pessoais, profissionais ou comerciais. Corrobora-se, assim, que o direito ao sigilo seria uma subdivisão do direito à privacidade.¹³

É natural que a pessoa almeje que determinadas manifestações permaneçam inacessíveis ao conhecimento dos outros, ou seja, secretas. Assim em muitas hipóteses é ilícito não apenas divulgar tais manifestações, mas também o simples tomar conhecimento delas e o revelá-las, não importa a quantas pessoas.¹⁴

É nesse sentido que o Código Penal estabelece o crime de violação de correspondência, o qual é uma forma de violação ao direito de segredo. Diz o art. 151: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1 a 6 meses, ou multa”. Note-se que a proteção ao segredo chega a tal ponto neste caso que o ordenamento reprime o simples conhecimento (mesmo de uma só pessoa) do conteúdo da carta, quando seja abusivo. Além disso, esta tutela penal subsiste independentemente do caráter confidencial concreto da correspondência., sendo sujeitos passivos do delito tanto o remetente quanto o destinatário.

Na mesma pena incorre ainda “quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas”.¹⁵ Tais condutas resultam, sem nenhuma

¹² Nesse sentido, FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*, p. 17 e ss.

¹³ Cf., dentre outros, SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 300.

¹⁴ Cf., JOURARD, Sidney M. Some psychological aspects of privacy. *Law & contemporary problems*, nº 31, p. 307.

¹⁵ Art. 151, § 1º, inciso II.

controvérsia, em grave violação à intimidade da pessoa e por isso merecem ser tratadas como crime.

Para reforçar o tratamento dado pela esfera penal ao assunto a Constituição Federal de 1988 estabeleceu “que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei penal estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.¹⁶ Desta forma a inviolabilidade de correspondência tem entre nós o status de garantia constitucional.

Além dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência, que visam à proteção indireta ao segredo, a lei estabelece ainda dois crimes chamados propriamente de *crimes contra a inviolabilidade dos segredos*: divulgação de segredos e violação do segredo profissional.

O primeiro crime é o de divulgar, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem. Neste, diferentemente do que ocorre no crime de violação de correspondência, o conhecimento que a pessoa tem do conteúdo do documento ou correspondência é legítimo. O que é vedado é a divulgação do mesmo de forma que possa causar dano a outrem. A divulgação neste caso necessitaria do consentimento do terceiro.

Só haverá crime, contudo, se o conteúdo do documento ou correspondência for destinado a permanecer secreto. Vale ressaltar que podem figurar como sujeitos passivos do crime não só o remetente, o autor do documento, o destinatário (se outrem for o detentor – sujeito ativo), como qualquer pessoa.

Em mais grave crime incorre aquele que revelar, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. A violação de segredo profissional é vedada não só pelo Código Penal mas também por alguns estatutos de profissão. O próprio Código de Processo Civil estabelece que a testemunha não é obrigada a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.¹⁷

¹⁶ Art. 5º, XII.

¹⁷ Art. 406, II.

Observe-se que o segredo confiado, sem necessidade, por exemplo, a um amigo ou a um benfeitor não goza de semelhante proteção jurídica, a qual comportaria uma excessiva restrição da liberdade de outrem. Estender a tutela ao segredo a outras hipóteses significaria determinar excessiva intervenção do direito em campos, onde a educação e a moral, e não a norma jurídica, devem pautar o comportamento humano.

3. *DISTINÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E INTIMIDADE*

Cabe lembrar que no direito brasileiro, discute-se sobre os conceitos de vida privada e intimidade, especialmente na sua configuração como direitos da personalidade. Ambos os termos estão contidos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal: “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”.

Além disso, o direito à vida privada é reconhecido também no art. 21 do Código Civil: “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”.

Desse modo, alguns autores defendem a diferenciação entre os termos, não havendo, contudo, nenhuma uniformização doutrinária ou legislativa. Assim, a intimidade poderia ser considerada no âmbito do exclusivo, referente ao que alguém reserva para si, sem qualquer tipo de repercussão social, nem sequer ao alcance de sua vida privada. Já a vida privada, por mais isolada que possa ser, sempre se caracteriza pelo viver entre outros (por exemplo, em família, no trabalho, no lazer em comum).¹⁸

3.1. Teoria das esferas

Outra forma de tratamento desses conceitos é dada pela chamada teoria das esferas (*Sphärentheorie* do direito alemão).¹⁹ Assim, entende-se que a necessidade de limitação da liberdade individual no plano social inter-relacional gera a sua tutela jurídica.

¹⁸ É o que defende, por exemplo, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 54.

¹⁹ GÖTTING Horst-Peter, SCHERTZ Christian, SEITZ Walter. *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*.

Assim, a intensidade dessa tutela jurídica deve variar de forma inversamente proporcional à sociabilidade do comportamento analisado. Ou seja, quanto mais interno dentro das esferas estiver o comportamento, mais intensa deverá ser a proteção jurídica.

A teoria das esferas divide, desse modo, a noção de privacidade em três esferas concêntricas chamadas de *Privatsphäre*, *Intimsphäre* e *Geheimsphäre* (esfera privada, íntima e secreta). Na primeira, a esfera privada, estão contidas as outras duas esferas. Nela se encontram aspectos da vida da pessoa excluídos do conhecimento de terceiros. Aproxima-se, de certa forma, da noção de privacidade ou *privacy*. A esfera íntima é a segunda, intermediária às outras duas, contendo os valores do âmbito da intimidade, com acesso restrito a determinados indivíduos com os quais a pessoa se relaciona de forma mais intensa. Por fim, a menor e mais interna esfera, a do segredo, referindo-se ao sigilo. Desse modo, quanto mais interna for a esfera, mais intensiva deve ser a proteção jurídica da mesma.

Contudo, a teoria das esferas enfrenta também críticas, apesar de sua aplicação pelos tribunais alemães. Aponta-se²⁰ a impossibilidade de se determinar cientificamente as fronteiras que dividem as fatispécies nas três esferas, *Privatsphäre*, *Intimsphäre* e *Geheimsphäre*. Ainda, pode-se falar na falta de relevância prática na divisão em esferas, não resultando em proteção jurídica diversa.

3.2. Uniformização terminológica

Assim, é notável a dificuldade na doutrina e nos tribunais em diferenciar os termos privacidade, intimidade e, ainda *privacy*. Não se encontra diferenciação consistente entre os termos, levando a uma outra solução mais prática e menos artificial: a unificação desses conceitos.

Pode-se entender, desse modo, que os termos “vida privada” e “intimidade” nada mais são do que uma menção específica a determinada amplitude do desenvolvimento da proteção da privacidade, como propõe a chamada teoria das esferas. Essa diferenciação

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, pp. 215-217.

mostrava-se importante em determinado momento histórico, mas não é mais relevante atualmente.²¹

Ainda segundo Doneda, a utilização do termo privacidade mostra-se uma opção mais razoável e eficaz. A especificidade do termo é suficiente para distingui-lo de outros como imagem, honra ou identidade pessoal, sendo também clara o bastante para especificar seu conteúdo na atualidade.

4. PÚBLICO E PRIVADO NO DIREITO À PRIVACIDADE

Na distinção entre o Público e o Privado, Celso Lafer²² chama a atenção para a existência de duas acepções básicas destes termos. A primeira, explica que o público é aquilo que afeta a todos, o comum, enquanto o privado está relacionado a uma ou a poucas pessoas. Para a segunda, por sua vez, público é aquilo que é acessível a todos, e privado, aquilo que é reservado e pessoal. Nesta última acepção, o público assemelha-se à Democracia, já que essa se caracteriza pela *publicidade* e *visibilidade* do poder, importantes para permitir o controle, pelos governados, da conduta dos governantes.

Para que esse controle seja efetivo, ou seja, para que os indivíduos participem da esfera pública, é relevante, entretanto, o Direito à informação, uma liberdade democrática, que pode ser vista sob dois ângulos. Em um ângulo negativo, significa que ninguém pode ser molestado por suas opiniões; e, num ângulo positivo, significa que as pessoas têm a liberdade de expressar publicamente suas ideias.

Deve-se saber, ainda, que essa liberdade pressupõe uma informação exata e honesta, já que só será a partir do conhecimento da realidade que poderá haver a liberdade de opinião. Daí a preocupação com a mentira, que impede aquela informação já que esconde a verdade factual ou a destrói.

No primeiro caso, há uma noção clara da verdade, mas simula-se uma situação diferente. Já quando há a destruição da verdade factual, os acontecimentos do passado são substituídos a fim de atender uma ideologia. A mentira transforma-se numa auto-

²¹ DONEDA Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, pp. 111-112.

²² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*.

ilusão, que impede aquela liberdade, o que incapacita o homem para a cidadania, comprometendo a sua dignidade (o que gera a destruição da própria comunidade política).

Como se percebe, nesses sistemas nos quais há o uso da mentira, a propaganda e os meios de comunicação são usados não para informar os governados dos atos de poder de um governo transparente, mas, pelos governantes, para manipular a verdade factual, a fim de obter o consenso dos governados. Essa situação colide, então, com o direito à informação exata e honesta.

Mas, se é certo que essa informação deve ser procurada, uma vez que a mentira afeta a própria Democracia, impedindo a visibilidade e a publicidade daquilo que é público, é também verdade que essa busca encontra um limite: deve-se restringir àquilo que é público, ou seja, o privado deve ser preservado.

Este limite é imposto porque a Democracia protege a pessoa humana, preservando, portanto, sua intimidade. A doutrina francesa, segundo Szaniawski,²³ considera a *proteção da vida privada* em dois sentidos: *lato sensu*, como as regras jurídicas que objetivam à proteção da vida pessoal e familiar; e *stricto sensu*, como o conjunto de regras que visam a proteger as pessoas contra atentados particulares. São as agressões deflagradas contra o segredo da vida privada, ou seja, são as regras que objetivam proteger a vida pessoal e familiar das pessoas e a intimidade de seu lar. A vida pessoal e familiar necessita de uma esfera de segredo para o seu desenvolvimento, sendo, assim, este uma condição de sua liberdade. Então, faz-se necessária a proteção desta esfera secreta dos atentados dirigidos à liberdade.

Toda pessoa tem o direito de estar só e de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que só a ela se refere e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. A questão que se coloca é delimitar o que é a vida privada (em contraposição ao que é público e deve ser objeto da informação exata e honesta).

Em contraposição ao mundo antigo, no mundo moderno, a economia deixa de ser familiar e passa a ser social. Assim, o trabalho deixa de ser exercido em casa e passa a ocorrer em público, diluindo aquela distinção entre público e privado.

Tal diluição levaria à extinção da individualidade, com a eliminação da diversidade humana, já que cada indivíduo não seria tratado com exclusividade. Esse

²³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, pp. 118-119.

tratamento exige o respeito às diferenças e particularidades de cada pessoa humana. Daí a necessidade da proteção da intimidade, pois esta representa o âmago do indivíduo, onde não há interesse de terceiros.

Portanto, o direito à informação é limitado pela intimidade do indivíduo, ou seja, a informação só deve recair sobre aquilo que é público e diz respeito a terceiros.

Reforçando essa ideia, Kayser²⁴ classifica os direitos de personalidade em: direito de se opor à divulgação da vida privada, direito de se opor a uma investigação na vida privada e, ainda, direito de resposta.

O direito ao respeito da vida privada consiste no direito que cada pessoa tem de assegurar a paz, a tranquilidade de uma face de sua vida. Trata-se da parte que não está consagrada a uma atividade pública. Não se deve confundir a consagração de parte da vida à atividade pública com o indivíduo que é homem público nem com o fato de alguém estar em público. O homem público, apesar de exercer uma função pública, possui igualmente uma esfera de vida íntima, a vida tranquila no seio de seu lar, a vida familiar. Além disso, o homem não público, mas que está em público, tem sua esfera íntima protegida. Segundo o autor, ninguém pode ser fotografado na rua sem seu conhecimento e depois ter usada sua imagem para qualquer finalidade sem sua autorização. O fato de alguém se encontrar em público ou ter atividade pública, pode trazer alguns limites ou diminuir a esfera privada de sua vida, mas não desaparece nunca, totalmente, o direito ao respeito à vida privada.

Tais limites à face da vida do indivíduo consagrada à atividade pública são impostos pelo direito à liberdade de informação que se traduz na forma peculiar da liberdade de pensamento e de expressão, contida como norma no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Segundo o mesmo autor, não existe conflito algum entre a proteção da vida privada da pessoa e a liberdade de manifestação do pensamento e em especial, em relação à liberdade da imprensa, uma vez que a manifestação do pensamento deve ficar contida dentro das limitações da função da imprensa. O problema está em se buscar a limitação de ambos os direitos, ou seja, até que ponto pode-se usar do direito da livre manifestação do pensamento e da liberdade de informação sem constituir-se em um atentado à vida privada alheia. A livre manifestação do pensamento encontra

²⁴ KAYSER, Pierre. *Protection de la vie privée*.

seus limites no interesse público e na busca da verdade para a formação da opinião pública. Assim, a partir de que a manifestação do pensamento escape da busca da verdade para atender aos interesses da coletividade e que venha a ferir a vida privada e familiar das pessoas, impedindo o livre exercício e desdobramento de sua personalidade, desvia-se do direito à liberdade de informação e constitui-se num atentado ao segredo ou ao respeito à vida privada do indivíduo, que terá o direito de exigir a proteção e defesa de seu direito. Ou seja, respeitando-se os limites propostos pelo autor, ambos os direitos podem conviver harmoniosamente.

Já o direito de se opor à divulgação da vida privada, segundo o autor, visa à proteção da vida privada de alguém contra a divulgação de fatos da vida que lhe são íntimos. Esse direito de personalidade pode ser subdividido em outros direitos, como o direito ao segredo, que objetiva a proteção das cartas e comunicações confidenciais; o direito à própria imagem, que se destina à oposição que alguém faz contra a representação por algum artista ou ainda por meios técnicos, de sua imagem, ou que a mesma seja divulgada ou exposta ao público; e o direito de se opor à captação e à divulgação de sua própria voz, sem qualquer autorização.

Por fim, o direito de se opor a uma investigação na vida privada diz respeito à proteção da esfera íntima do indivíduo frente à invasão de sua vida particular por meio de escuta através de aparelhos eletrônicos de gravações do cotidiano da vida da pessoa.

Vale lembrar que tal classificação dos direitos de proteção da vida privada não se restringe a apenas tais espécies de ingerências na esfera íntima de alguém, sendo possível que as novas modalidades de violação aos direitos da pessoa e as tutelas reconhecidas e outorgadas pelos tribunais venham complementar essa classificação.

5. DIREITO EUROPEU E A PRIVACIDADE

O direito à privacidade é altamente desenvolvido no direito europeu.²⁵ Todos os Estados membros da União Europeia são também signatários da Convenção Europeia

²⁵ Sobre o direito europeu em geral, cf., dentre outros: STREINZ, R. *Europarecht*; OPPERMANN, Thomas. *Europarecht*.

dos Direitos do Homem (CEDH), de 04 de novembro de 1950. O art. 8º²⁶ da Convenção prevê o direito ao respeito pela “vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos deu a esse artigo uma interpretação bastante ampla na sua jurisprudência, levando inclusive à Diretiva 95/46/CE de proteção dos dados pessoais. Esse texto referencial em tal matéria procura estabelecer um equilíbrio entre a proteção da vida privada e a livre circulação de dados pessoais na União Europeia.

A Diretiva 95/46/CE regula o tratamento de dados pessoais, que são definidos no seu art. 2º como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. Tal definição é propositadamente ampla, a fim de abranger o maior número de situações possíveis. Desse modo, mesmo que a pessoa não possa determiná-los, tais dados são bens a serem protegidos.

Segundo o art. 2º b da Diretiva 95/46/CE, o chamado “tratamento de dados pessoais” (ou processamento) engloba: “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados”.

As regras de proteção de dados são aplicáveis não só quando o tratamento estiver estabelecido no território da União Europeia, mas sempre que o controlador utiliza equipamento situado na UE, a fim de processar dados.²⁷ Desse modo, os casos referentes ao *Facebook* (e diversas outras redes sociais) levariam a aplicação da Diretiva 95/46/CE.

²⁶ Art. 8º da CEDH: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

²⁷ Art. 4º da Diretiva 95/46/CE: “Direito nacional aplicável. 1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adoptadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais quando: a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; b) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território do Estado-membro, mas num local onde a sua legislação nacional seja aplicável por força do direito internacional público; c) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e recorrer, para tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território desse Estado-membro, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade. 2. No caso referido na alínea c) do nº 1, o responsável pelo tratamento deve designar um representante estabelecido no território desse Estado-membro, sem prejuízo das ações que possam vir a ser intentadas contra o próprio responsável pelo tratamento”.

Contudo, como tal Diretiva foi escrita antes do avanço da internet, ainda há poucas decisões a respeito.

Desse modo, o processamento de dados apenas será considerado legítimo, se estiver no rol previsto no art. 7º da Diretiva 95/46/CE:

“Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se: a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento; ou b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou de diligências prévias à formação do contrato decididas a pedido da pessoa em causa; ou c) O tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ou d) O tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa; ou e) O tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados; ou f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do art. 1º”.

Ainda, o titular dos dados tem direito de acesso a todos os dados sobre ele processados. Também pode exigir retificação, apagamento ou bloqueio dos dados que são incompletos, imprecisos ou não estão sendo processados devidamente.²⁸

Além disso, o processamento de dados só pode ser feito em três condições: transparência, finalidade legítima e proporcionalidade.

Segundo o princípio da transparência, o titular dos dados tem o direito de ser informado quando seus dados pessoais estão sendo processado. Assim, o responsável pelo tratamento dos dados deve fornecer seu nome e endereço, o objetivo do tratamento, os destinatários dos dados e todas as outras informações necessárias para garantir o seu justo processamento.²⁹

²⁸ Art. 12 da Diretiva 95/46/CE.

²⁹ Cf. arts. 10 e 11 da Diretiva 95/46/CE.

Quanto à finalidade legítima, os dados pessoais só podem ser processados para fins explícitos e legítimos especificados e não de forma incompatível com essas finalidades.³⁰

Ademais, a fim de atender ao princípio da proporcionalidade, os dados pessoais só podem ser processados na medida em que é adequado e pertinente em relação às finalidades para que são recolhidos e tratados posteriormente. Os dados devem ser exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser empregadas todas as medidas razoáveis para assegurar que dados inexatos ou incompletos sejam apagados ou retificados.

Há, ainda, restrições comerciais no processamento dos dados. O titular dos dados pode se opor a qualquer momento ao processamento de dados pessoais para fins de marketing direto.³¹ Restrições adicionais devem ser aplicadas no processamento de dados pessoais considerados sensíveis, referentes a crenças religiosas, opiniões políticas, saúde, orientação sexual, raça, filiação a organizações no passado, especialmente.³²

6. PRIVACIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: REDES SOCIAIS

Preocupações com a privacidade com os serviços de redes sociais têm sido levantadas constantemente.³³ Os usuários de redes sociais precisam estar alerta sobre os perigos de dar informações de caráter íntimo. Dados podem ser utilizados indevidamente, também por meio de *hackers* ou vírus.

Além disso, há uma ameaça à privacidade percebida em relação a colocar demasiada informação pessoal nas redes sociais, permitindo produzir um perfil do

³⁰ Art. 6º b da Diretiva 95/46/CE.

³¹ Cf. Art. 14 da Diretiva 95/46/CE: “Direito de oposição da pessoa em causa. Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do art. 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados; b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de mala direta; ou ser informada antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de mala direta ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as pessoas em causa tenham conhecimento do direito referido no primeiro parágrafo da alínea b)”.

³² Cf. Art. 8º b da Diretiva 95/46/CE.

³³ Cf., dentre outros: ROSENBLUM, David. What anyone can know: the privacy risks of social networking sites. *IEEE security & privacy*, nº 3, v. 5, pp. 40-49, JENKINS, Henry; BOYD, Danah M. *Discussion: MySpace and deleting online predators act (DOPA)*.

comportamento de um indivíduo. Com isso, criam-se verdadeiros arquivos de informações de cada usuário, com os mais diferentes dados sobre o seu comportamento social, econômico e pessoal; informações essas que podem ser utilizadas para os mais diversos fins.

Mesmo que tais dados sejam públicos, a sua coleta e posterior organização e classificação para utilização em fins, por exemplo, comerciais, levam a importante questão sobre invasão de privacidade. Vale lembrar ainda, que tais dados, mesmo depois de apagados pelos usuários de redes sociais, permanecem sob controle dessas redes, que os armazena para fins econômicos seus e de terceiros.

Assim, a privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores. Além dos usuários divulgarem informações pessoais, os próprios sites podem não tomar as medidas adequadas para proteger a privacidade do usuário, sendo que terceiros frequentemente usam informações postadas em redes sociais para uma variedade de propósitos.³⁴

Por meio da chamada mineração de dados (*data mining*), ou prospecção de dados, as empresas são capazes de melhorar suas vendas e lucratividade. Com esses dados, as empresas podem delinear o comportamento online de clientes em potencial, atingindo seu público alvo facilmente. Pode-se definir a mineração de dados como o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes.

Observa-se, ainda, o grande desenvolvimento do chamado “*software* de análise de redes sociais” (“*network analysis software*”).³⁵ Este *software* é capaz de se adaptar para produtos específicos.³⁶ Nesse contexto, o *Facebook* tem sido especialmente importante para os profissionais de marketing, dando às empresas o acesso aos milhões de perfis, a fim de adaptar os seus anúncios aos interesses de um usuário da rede social.³⁷

³⁴ Nas palavras de D. Rosenblum, *What anyone can know*: “*For the Net generation, social networking sites have become the preferred forum for social interactions, from posturing and role playing to simply sounding off. However, because such forums are relatively easy to access, posted content can be reviewed by anyone with an interest in the users' personal information*”.

³⁵ Cf., detalhadamente sobre o tema: HANNEMAN, Robert A. e RIDDLE, Mark, *Introduction to social network methods*.

³⁶ MILLER, Andy. Mining social networks: untangling the social web. *The economist*. Disponível em <<http://www.economist.com/node/16910031>>.

³⁷ Cf. HIRATA, Alessandro. O *Facebook* e o direito à privacidade. *Revista de informação legislativa*, v. 201, p. 20.

7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Os desafios que a proteção do direito à privacidade na sociedade contemporânea enfrenta são enormes. O direito à privacidade apresenta-se como uma forma de impedir que o avanço tecnológico, juntamente com o já conhecido crescimento populacional, com uma conseqüente ocupação territorial, pudesse violar o direito de cada um de estar com si próprio sem interferência alheia.³⁸

A proliferação das redes sociais, especialmente no Brasil, é fonte de numerosas questões sobre a privacidade, que o direito ainda terá de enfrentar. As vantagens econômicas e o lucro são obtidos por meio do enfraquecimento dos direitos da personalidade.³⁹ É preciso estar atento às transformações sociais e tecnológicas, a fim do melhor tratamento sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

BARNES, Susan B., *A privacy paradox: social networking in the United States*. Disponível em <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1394/1312>>. Acesso em: 07.05.2013.

BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history, and scholarship. *Journal of computer-mediated communication*, nº 13(1), article 11, 2007. Disponível em <<http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>>. Acesso em 07.05.2013.

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

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. *Il diritto alla riservatezza*. *Foro italiano*, 1954.

³⁸ Vale lembrar ainda que é de grande importância a questão sobre a esfera privada de pessoas públicas. Ou seja, até que ponto o fato da pessoa ser conhecida (políticos, artistas, celebridades) pode influir no tratamento do seu direito à intimidade. Cf., detalhadamente, SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*.

³⁹ Cf. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 946.

DE-MATTIA, Fabio Maria. Direito da personalidade. *Enciclopédia Saraiva do direito*, nº 28, 1977-1982, p. 155 e ss.

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

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de informação legislativa*, nº 66, ano 17. Brasília: Senado Federal, 1980.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 17 e ss.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, ano 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FRANCESCHELLI, Bruno. *Il diritto alla riservatezza*. Napoli: Jovene, 1960.

GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. *The Yale law journal*, v. 89, nº 3, pp. 421-471, 1980.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. Dissertação de mestrado, USP, 1982.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GRIMMELMANN, James. Accidental privacy spills. *Journal of internet law*. New York Law School, 2008. Disponível em <http://works.bepress.com/james_grimmelm/17>. Acesso em 05.07.2014.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HAHN, Robert; LAYNE-FARRAR, Anne. The benefits and costs of online privacy legislation. *Administrative law review*, v. 54, nº 1, [s.l.], 2002, pp. 85-172.

HAN, Jiawei; KAMBER, Micheline. *Data mining: concepts and techniques*, 2. ed. New York: Morgan Kaufmann Publishers, 2006.

HANNEMAN, Robert A.; RIDDLE, Mark. *Introduction to social network methods*. Riverside, 2005.

HIRATA, Alessandro. O direito de intimidade e ao segredo na sociedade contemporânea. *Direitos humanos – um olhar sob o viés da inclusão social*. D. P Siqueira e S. T. Amaral (orgs.). Birigui: Boreal, 2012, pp. 01-09.

JENKINS, Henry; BOYD, Danah M. *Discussion: MySpace and deleting online predators act (DOPA)*. Disponível em: <<http://www.danah.org/papers/MySpaceDOPA.html>>. Acesso em 07.05.2013.

JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Priv@cidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet*. São Paulo: Futura, 2000.

KASER, Max. *Das römische Privatrecht I – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. 2. ed. München: Beck, 1971.

KAYSER, Pierre. *Protection de la vie privée*. Paris: Economica, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A imprescindibilidade de uma entidade de garantia para a efetiva proteção dos dados pessoais no cenário futuro do Brasil*. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. USP, Ribeirão Preto, 2015.

_____. *Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro*, v. 946, ano 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago., 2014.

MILLER, Andy J. Mining social networks: untangling the social web. *The economist*, 2.9.2010. Disponível em <<http://www.economist.com/node/16910031>>. Acesso em 07.05.2013.

OPPERMANN, Thomas. *Europarecht*. 4. ed. München: Beck, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomo VII.

ROSENBLUM, David. What anyone can know: the privacy risks of social networking sites. *IEEE security & privacy*, nº 3, v. 5. mai./jun., 2007, pp. 40-49.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1960. Volume 1.

SILVA JR., Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard law review*, v. 4.