

4

Privacidade

A captação de imagens é um fator que sempre virá de encontro ao direito fundamental à privacidade, sendo também um constante perigo de violação a esta. A busca pela segurança pode acabar gerando, ou pode mesmo estar próxima de gerar um monitoramento sem limites das vidas das pessoas, um constante controle de suas imagens. Os sistemas de vigilância podem ser freqüentemente uma solução intuitiva no combate à criminalidade, mas pouco se considera sobre o impacto e as implicações incidentes no direito à privacidade¹.

O cotidiano das sociedades contemporâneas acabou se transformando em um transitar contínuo entre aparatos tecnológicos capazes de registrar a entrada e saída das pessoas seja de centros comerciais, de instituições bancárias, estádios de futebol, escolas, estações de metrô, ônibus e inclusive o registro do trânsito em lugares públicos como parques e avenidas fazendo, dessa forma, com que a videovigilância passe a ser um lugar comum na vida de todos.

Esse “Grande Irmão”, ou “pequenos irmãos” (BOTELLO, 2006:37), que estabelece uma vigilância sistemática sobre os indivíduos, organizações privadas e públicas, em distintos níveis e diferentes escalas com a finalidade de controlar a atual sociedade de risco e violência, de igual forma pode acabar atravessando a intimidade das pessoas e dos grupos sociais, consolidando uma espécie de relação de poder que não existia anteriormente.

Assim, neste momento, levanta-se mais um problema: a permanente vigilância e o controle atingem ou violam a privacidade? Para tanto, faz-se mister a conceituação de privacidade² no momento histórico atual da alta

¹ Esta preocupação foi também levantada em reportagem divulgada pela Revista RT Informa ao dispor que “(...) introduzidas com grande expectativa como armas para aplacar a crescente violência urbana, as tecnologias de monitoramento também podem revelar um lado muito negativo, segundo a análise de alguns especialistas. Do ponto de vista jurídico, a preocupação é evitar que os métodos de controle se expandam a tal ponto que possam comprometer liberdades individuais e garantias asseguradas constitucionalmente. (...)” (RT INFORMA, 2006)

² A doutrina brasileira se vale de uma profusão de termos para tratar deste assunto, pois além de privacidade, menciona-se, ainda, a vida privada, o segredo, o sigilo, o recato, a reserva, a intimidade e a vida privada e também alguns pouco comuns como privatividade e privaticidade. No entanto, a ausência de uma definição padrão capaz de consolidar um tratamento semântico não

modernidade (GIDDENS, 1991)³ observando que, no entanto, diversos filósofos, estudiosos, doutrinadores e juristas vêm encontrando grandes dificuldades no alcance de um conceito, de uma definição satisfatória para esse direito fundamental. Há toda uma teoria tradicional na conceituação de tais direitos que, no entanto, às vezes se demonstra extremamente restrita e em outros momentos muito vaga e abstrata. Não obstante, há também uma tentativa de reconstrução deste conceito que busca demonstrar como as práticas envolvendo a privacidade, a intimidade e a vida privada mudam ao longo da história e desenvolver um novo e apropriado caminho para valorá-las.

4.1

Marcos doutrinários e jurisprudenciais sobre a intimidade e a vida privada

Ao vislumbrar a história do homem em busca da realização da sua dignidade, a história de suas lutas contra a opressão, contra a atuação arbitrária do Estado, em prol da defesa de sua liberdade, tem-se nesse início a história dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

Como marco dessa história torna-se importante ressaltar o famoso precedente “Price v. Strange” sobre a intimidade e a vida privada, ocorrido em 1849:

A rainha Vitória da Inglaterra e seu consorte Príncipe Albert se haviam dedicado à pintura, retratando em seus trabalhos, com mais frequência, membros da família

é característica típica da doutrina brasileira, pois, por exemplo, a própria doutrina norte-americana mesmo tendo consolidado o uso do vocábulo *privacy*, enfatizado com o reconhecimento do *right to privacy*, este abrange inúmeras situações e não uma única situação padrão. Desta forma, tamanha diversidade de opiniões e tentativas de definição da privacidade passam a se avolumar devido à dificuldade metodológica em alcançar um ponto de vista comum, assim como devido à elaboração de conceitos que abrangem um campo demasiadamente amplo de situações.

³ Para GIDDENS (1991,12), mais do que denominar a era atual de pós-modernidade, melhor seria tratá-la como alta modernidade, uma vez que “[...] a desorientação que se expressa na sensação de que não se pode obter conhecimento sistemático sobre a organização social, [...], resulta, em primeiro lugar, da sensação de que muitos de nós temos sido apanhados num universo de eventos que não compreendemos plenamente, e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle. Para analisar como isto veio a ocorrer, não basta meramente inventar novos termos, como pós-modernidade e o resto. Ao invés disso, temos que olhar novamente para a natureza da própria modernidade a qual, por certas razões bem específicas, tem sido insuficientemente abrangida, até agora, pelas ciências sociais. Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as conseqüências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. [...]”

real, os amigos mais próximos e seus animais favoritos. Apenas as pessoas dos círculos íntimos da realeza tinham o privilégio de conhecer as obras e alguns, ainda mais restritos, de serem com elas presenteados. Ocorre que um desses privilegiados, Sr. Judge, repassou a William Strange as informações sobre o acervo da produção real que possuía, permitindo-lhe a confecção de um catálogo dos trabalhos e sua imediata publicação, com a promessa de entregar, a cada comprador, fac-símile com a assinatura da rainha ou do príncipe consorte, feito das peças originais. Inconformado com essa atitude, o príncipe ingressou em juízo contra o impressor do catálogo e outros envolvidos. (SAMPAIO, 1998:44)

O juiz, diante de tal fato, reconheceu a tese da defesa no tocante ao direito de propriedade, no entanto o proprietário não poderia valer-se desse direito para possibilitar a confecção de catálogos e publicação destes com real prejuízo a direitos alheios. Por fim, concedeu ao príncipe uma *injunction* proibindo a exposição e venda dos respectivos catálogos, delineando, de forma incipiente, um espaço para o que ainda seria conhecido como vida privada.

A possibilidade reconhecida judicialmente de ingresso com ação de perdas e danos para casos de invasão de intimidade e vida privada tornou-se ainda mais concreta a partir do reconhecimento do direito à imagem, como proteção da própria individualidade, por uma exigência moral e psicológica. Assim, data da segunda metade do século XIX, início do século XX, principalmente na França, Alemanha, Itália e Estados Unidos a incipiente elaboração jurisprudencial e doutrinária do direito à imagem, tomando como base uma proteção mais geral no tocante à propriedade, para então resguardar, de forma reflexa, a imagem e a intimidade. Como precedente, é válido citar o caso *Doyen v. Parnaland*, no qual

Doyen era um médico-cirurgião que havia tido a idéia de filmar algumas de suas intervenções cirúrgicas, para fins didáticos. Ocorreu que o Sr. Parnaland, encarregado de fazer algumas filmagens, vendera cópias da película à *Société des Phonographes et des Cinématographes* que, por seu turno, fez ampla divulgação do filme, com exibições em salas de cinema e em feiras de diversos países. Inconformado, o Dr. Doyen ingressou com pedido de perdas e danos contra Sr. Parnaland, obtendo do Tribunal Civil de Seine, em 10 de fevereiro de 1905, sentença favorável. (SAMPAIO, 1998:46)

A consideração da intimidade e da vida privada como objetos específicos de um direito, reconhecidos efetivamente como um direito autônomo, só se dará de modo mais preciso a partir do final do século XIX com a proteção do que seria considerado como patrimônio moral do homem ou personalidade humana inviolável, pois até então, inclusive nos precedentes examinados, a proteção à intimidade e à vida privada ocorria de forma reflexa sob o fundamento do direito à

propriedade, do direito contratual, da honra, liberdade, inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

Assim, por exemplo, no pensamento anglo-saxão o conceito de privacidade teve um pressuposto teórico imediato na idéia de liberdade, como autonomia individual, defendida por John Stuart Mill, em 1859, em seu trabalho “On Liberty”. O mencionado estudo baseia-se no fato de que os aspectos que dizem respeito apenas ao indivíduo são dotados de absoluta independência, sendo que os únicos aspectos da conduta humana que geram deveres e responsabilidades sociais são aqueles que afetam a terceiros. Dessa forma, conclui que sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano (“over himself, over his own body and mind the individual is sovereign”). (PEREZ LUÑO, 2005:329)

O primeiro sentido adotado na construção dos direitos à intimidade e à vida privada foi o do direito de ser deixado em paz, tanto pela Alemanha, como também pela França e Estados Unidos.

Na Alemanha, a publicação por David Augusto Roder, em 1846, do trabalho *Grundzuge des naturrechts* define que o ato de incomodar alguém com perguntas indiscretas ou a conduta de entrar em um aposento sem se fazer anunciar caracterizavam violação ao direito natural à vida privada. (PEREZ LUÑO, 2005:328).

Na França, uma famosa atriz do teatro clássico francês do século XIX, Rachel, foi fotografada a seu próprio pedido em seu leito de morte. Os fotógrafos, no entanto, apesar de alertados de que o retrato não deveria ser reproduzido por motivo algum, possibilitaram a cópia e publicação da fotografia que possuíam. Diante de tal fato, a irmã de Rachel ajuizou uma ação contra a desenhista Felix C. O’Connell, julgada pelo Tribunal Civil de Sena em 16 de junho de 1858, cuja decisão dispôs o seguinte: “[...] a ninguém seria dado o direito de, sem consentimento formal da família, reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, por maior que tivesse sido sua celebridade e a publicidade ligada aos atos de sua vida.” (SAMPAIO, 1998:56), tornando-se um marco de proteção ao direito à imagem em um campo mais amplo configurado como vida privada.

Já nos Estados Unidos, no final do século XIX, surge um artigo na Harvard Law Review, da autoria de *Samuel Warren e Louis Brandeis*, com o

título “Right to Privacy” (a formulação do direito a estar só), caracterizando um marco inicial da reforma do direito à intimidade e à vida privada, apresentando, assim, os contornos do novo direito, demonstrando uma acentuada preocupação com as práticas de invasão da tranqüilidade individual e familiar. (SAMPAIO, 1998:57).

Esse então intitulado “right to privacy” teria como traços distintivos os seguintes: o direito de estar só, compreendido nos pensamentos, emoções e sentimentos do indivíduo, não importando a forma de sua manifestação; o sentimento íntimo das pessoas, inclusive contra a imputação de fatos verdadeiros, com intuito malicioso ou não de quem anuncia os fatos; não se confundia com o direito de propriedade intelectual ou artística; suas formas de violação poderiam ser várias, implicando um revelar e uma publicidade indesejados pelo sujeito; um dos aspectos do direito à personalidade do indivíduo. (SAMPAIO, 1998: 59-60)

Todavia, este “right to be let alone” não poderia ser caracterizado como um direito absoluto, por não ser capaz de impedir a publicação de matéria de interesse geral ou público; também não proíbe a publicação de certos fatos autorizados por lei, mesmo que de cunho particular; não protege invasões a esta privacidade quando as conseqüências não tenham trazido nenhum dano especial e não impede a divulgação de informações pessoais pelo próprio indivíduo ou através de seu consentimento.

O artigo, segundo DONEDA (2006:136), referência praticamente unânime em todos os trabalhos sobre privacidade e marco do início do moderno debate sobre o tema, reflete uma tendência a fundamentar de forma diversa o direito à privacidade, desvinculando-a da visão sobre o direito à propriedade. Um dos fundamentos que passa a ser observado é que o princípio da proteção à privacidade não passa mais pela propriedade privada, mas sim pela chamada “inviolable personality”, evocando, portanto, um direito de natureza pessoal, baseado na proteção da pessoa humana, o que se torna determinante na proteção da privacidade no próximo século.

O ineditismo do artigo está em propor uma força ao novo “right to privacy”, sendo mais do que mero reflexo de uma época e fazendo estender sua influência por algumas de suas características, tais como

(i) partia-se de um novo fato social, que eram as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, fenômeno que se renova e continua moldando a sociedade futura; (ii) o novo “direito à privacidade” era de natureza pessoal, e não se aproveitava da estrutura da tutela da propriedade para proteger aspectos da privacidade; (iii) no que interessa somente aos EUA, o artigo abriu o caminho para o reconhecimento (que porém ainda tardaria décadas) do direito à privacidade como um direito constitucionalmente garantido. (DONEDA, 2006:139)

O sucesso do artigo de *Warren e Brandeis* no final do século XIX, assim, despertou grande interesse de teóricos e juízes na descoberta e aplicação dos direitos à intimidade e à vida privada, não só nos Estados Unidos, como também na Europa (SAMPAIO, 1998:63), mas de um modo geral, até meados do século passado não haviam despertado interesse suficiente dos juristas a ponto de se caracterizarem como direito autônomo.

No entanto, o reconhecimento dado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, aos direitos da intimidade e da vida privada acabou por fornecer ao homem a tutela necessária, expressa em um direito autônomo, frente aos riscos de um acelerado avanço tecnológico, despertando agora, ainda mais, o interesse dos estudiosos do Direito na elaboração de uma doutrina própria para a intimidade e a vida privada. Nesta construção doutrinária e jurisprudencial, tais direitos passam a ser reconhecidos com a estatura de direitos humanos em seu processo de internacionalização e com a estatura de direitos fundamentais, em decorrência de sua constitucionalização. (SAMPAIO, 1998:80-81)

Assim, a incorporação do direito à honra, à intimidade e à própria imagem a um sistema de direitos fundamentais implica uma importante mutação em seu fundamento, seu alcance e seu estatuto jurídico, observando que as novas condições que marcam a passagem destes direitos de um enfoque tradicional, enquanto direitos da personalidade para um enfoque atual, enquanto estatuto jurídico de direitos fundamentais, conformam uma premissa básica para a abordagem de sua nova significação.

4.2

Os termos intimidade, vida privada, privacidade e a busca por seu significado e conceituação

As noções de privacidade, intimidade e vida privada trazem consigo uma forte carga emotiva capaz de gerar conceitos equivocados, ambíguos e que dificultam a precisão de seu significado. As inúmeras definições legais, aliadas a um conjunto de decisões jurisprudenciais que buscam tutelar estes direitos não chegam a uma definição unívoca e precisa deles. Mesmo assim, passa-se abaixo a enumerar uma série de conceitos e significados adotados pelo Direito em diferentes Estados.

Em análise do Direito norte-americano, assim como da tradição de língua inglesa, observa-se o emprego da palavra *privacy* (privacidade ou privacidade), ou mesmo a expressão *right to/of privacy* como referência ao direito de ser deixado só, de ser deixado em paz, protegendo a individualidade das próprias pessoas, a obtenção e disseminação de informações pessoais, a liberdade de pensamento e a solitude de cada um, ao passo que a expressão *intimacy* (intimidade) configura um sentido mais ordinário, referente a relações íntimas entre as pessoas, especialmente as de natureza sexual. (SAMPAIO, 1998:270)

No entender de HOLTZMAN (2006:04), o termo *privacy* engloba três significados básicos: *seclusion*, como o direito de se esconder das percepções de terceiros; *solitude*, como o direito de ser deixado a sós e *self-determination*, como o direito de controlar as informações sobre si mesmo.

Considerando os esforços da doutrina e jurisprudência norte-americanas e, em especial, o trabalho de Willian L. Prosser, são classificados como agressão à privacidade quatro tipos de ilícitos: a intromissão sobre a esfera privada alheia; a divulgação pública de fatos embaraçosos de caráter privado; a divulgação de fatos capazes de levar à formação de uma imagem falsa do interessado frente à opinião pública e, enfim, a apropriação indevida do nome e imagem alheios para a obtenção de vantagens individuais. No entanto, a doutrina insistiu em valer-se desta tipologia apenas como uma classificação aberta, configurando a noção de privacidade como uma categoria ampla e flexível, apta a ser aplicada a uma série de problemas conexos. (PEREZ LUÑO, 2005:335)

O Direito europeu, seguindo a mesma linha de pensamento, garante o direito ao respeito da vida privada como o *right to privacy* norte-americano, com a conseqüente proteção à correspondência, ao domicílio, à liberdade e inviolabilidade de comunicações em geral, aos dados pessoais, à liberdade e identidade sexual e à liberdade da vida familiar. (SAMPAIO, 1998:271)

A Alemanha considera a vida individual como aquilo que é íntimo, secreto, privado, social e público, bem como um direito geral da personalidade e um direito geral da liberdade, com uma especial proteção ao indivíduo no que tange ao seu direito a uma esfera íntima, privada e secreta e à autodeterminação informacional. (SAMPAIO, 1998:271).

Ressalta-se, desse modo, que a doutrina alemã, ao tentar delimitar o conteúdo da intimidade, apresenta as seguintes distinções: a “*intimsphäre*”, que corresponde à esfera do segredo, cuja violação se dá quando são comunicados acontecimentos, propagandas ou notícias que deveriam permanecer ignorados; a “*privatsphäre*”, que equivale à noção espanhola do íntimo e protege o âmbito da vida pessoal e familiar que se pretende manter distante da ingerência de terceiros ou de qualquer publicidade e, por último, a “*individualsphäre*”, que diz respeito a tudo que é inerente ou peculiar à individualidade da pessoa, como, por exemplo, sua honra, seu nome, sua imagem. (PEREZ LUÑO, 2005:334)

Perfazendo uma análise sobre o público e o privado tem-se que, para ARENDT (2007:59), o termo público denota dois fenômenos correlatos, no entanto não perfeitamente idênticos, quais sejam: público é aquilo que vem a público, podendo ser visto e ouvido por todos, pelos outros e pelos próprios indivíduos, com a maior divulgação possível, trazendo para todos a aparência, aquilo que constitui a realidade, diferentemente das paixões do coração, dos pensamentos da mente e dos deleites dos sentidos, que são dotados de um tipo de existência incerta e obscura, até o momento no qual porventura venham a ser desprivatizadas e desindividualizadas, tornando-se adequadas a uma aparição pública. O entendimento sobre o público seria, ainda, o próprio mundo, comum a todos, mas diferente do lugar que cabe a cada um dos indivíduos isoladamente. Não um mundo no sentido de planeta Terra ou da natureza condicionante da vida orgânica do homem, mas sim um mundo atrelado ao artefato humano, como o produto das mãos humanas, relacionado aos negócios realizados pelos homens

que juntos habitam este mundo. Neste aspecto de mundo comum, a esfera pública reúne uns na companhia dos outros, evitando a colisão entre todos.

Devido à importância atrelada à esfera pública, o termo privado, dentro de sua acepção original, a privação, significa, na visão de ARENDT (2007:68), um indivíduo que vive uma vida inteiramente privada, privado de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação objetiva com os outros, decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles, destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana, o que, em circunstâncias modernas, transmudou-se em um fenômeno de massa da solidão.

Para ARENDT (2007:47-48), hoje não há que se falar, como os gregos, que a vida vivida na privatividade, à parte do mundo, é por si só idiota, tampouco pode-se afirmar, como os romanos, que a privatividade oferece um refúgio apenas temporário contra os negócios da *res publica*. O que se tem como privado na era moderna é um círculo de intimidade com variedade e peculiar multiformidade em muito desconhecidas de qualquer período histórico anterior. Somente na era moderna é que a discussão entre a esfera pública e a esfera privada do ponto de vista da privatividade – equivalendo à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado - foi capaz de descobrir a riqueza e a variedade que envolve a esfera do oculto nas condições da intimidade.⁴

Considera, ainda, a autora, que o conflito típico do início da era moderna entre o público e o privado caracterizou-se como um fenômeno temporário, trazendo uma total extinção da diferença entre a esfera pública e a privada, transcendendo ambas para a esfera do social, na qual, por conseguinte, a esfera pública se tornou uma função da esfera privada e a privada, por sua vez, se tornou a única preocupação comum sobrevivente. (ARENDT, 2007:79)⁵

⁴ “Embora a distinção entre o privado e o público coincida com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a realização e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham o seu lugar adequado na esfera privada. O significado mais elementar das duas esferas indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência. Se examinarmos essas coisas, independentemente de onde as encontramos em qualquer civilização, veremos que cada atividade humana converge para sua localização adequada no mundo.” (ARENDT, 2007:83-84)

⁵ “O fato histórico decisivo é que a privatividade moderna, em sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo – foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos.” (ARENDT, 2007:48)

A legislação francesa, por sua vez, diferencia o direito ao respeito da vida privada do direito à intimidade da vida privada, caracterizando uma vida privada íntima e uma vida privada ordinária, cujas eventuais violações trazem conseqüências jurídicas diferentes.(SAMPAIO, 1998:272)

A Itália, consoante o pensamento de Vittorio Frosini abordado por PEREZ LUÑO (2005:334), caracteriza a vida privada como um retiro voluntário e temporal de um indivíduo que, por meios físicos ou psicológicos, se isola da sociedade, buscando uma determinada solidão ou o estabelecimento de um anonimato ou de uma situação de reserva. Para Frosini, há quatro possíveis modalidades de isolamento, quais sejam, a solidão, que traz a impossibilidade física de contatos materiais; a intimidade, na qual o indivíduo se encontra em um grupo reduzido onde ocorrem relações especiais, como as relações conjugais ou familiares; o anonimato, no qual o indivíduo mesmo estando exposto a contato com uma multiplicidade de pessoas, mantém a liberdade de identificação individual e, ainda, a reserva, que se caracteriza pela criação de barreiras psicológicas para fazer frente a intromissões não desejadas.

Já nos países de língua espanhola, embora utilizem os dois termos, intimidade e vida privada, na aplicação de fato ambos produzem as mesmas conseqüências e podem ser utilizados para designar a mesma coisa, apesar de no plano abstrato terem significados diferentes. (SAMPAIO, 1998:273)

DESANTES (1991:271), em sua conferência sobre o direito fundamental à intimidade, considera que não existe um conceito claro sobre esse direito, tampouco definições doutrinárias suficientes, portanto preocupa-se com a necessidade de definir e delimitar o que deve ser entendido como vida pública, vida privada e intimidade, observando que teoricamente é mais fácil fazer a distinção entre as duas primeiras, sendo de fato mais difícil chegar à conceituação do direito à intimidade.

Para o autor, a vida privada se constitui em uma esfera reduzida e delimitada, diferentemente da vida pública, e sua proteção consiste na proteção da pessoa e da família, assim como de tudo o que está em seu interior, sendo que no interior dessa esfera ainda há um núcleo menor que perfaz a intimidade. Observa, por conseguinte, que tudo o que diz respeito à vida pública, enquanto vida pública, poderia ser objeto de informação e divulgação, sendo que as questões relativas à vida privada não deveriam ser difundidas. (DESANTES, 1991:270)

Assume, ainda, que não existe um conceito perfeitamente apurado que comprove a importância do direito à intimidade, diferentemente do que ocorre com outros direitos fundados na natureza do homem, sendo que essa dificuldade não se encontra fundada no caráter de direito natural que corresponde à intimidade, mas na natureza de seu próprio objeto, no conceito extrajurídico do que na verdade pode ser considerado como íntimo. A definição padrão da intimidade, que permite chegar a uma acepção jurídica tão somente, não é suficiente para interpretar a realidade dos fatos, sendo necessária uma busca conceitual além do que é formalmente previsto em lei. (DESANTES, 1991:271)

Nessa busca conceitual, observa o autor que em um sentido etimológico a palavra íntimo procede de *intimus*, que é uma variação de *intumus*, forma superlativa do advérbio *intus*, que quer dizer dentro. Íntimo, portanto, quer dizer o que está mais dentro possível, bem no interior do homem. (DESANTES, 1991:274) Já em uma das acepções do dicionário de língua espanhola, intimidade significa a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família. (DESANTES, 1991:272)

E quando, enfim, se pergunta o que é na essência a intimidade, chega a dizer que:

De ella hemos aprendido que se da únicamente en el hombre; que se refiere a su mundo interior y a la parte más interna de su personalidad; que tiene lugar en la medida en que el hombre la conoce y es consciente de ella; que es susceptible de profundización sin límites teóricos porque la va escavando en su personalidad el propio hombre; que es genuina e incapaz de ficción o dramatización; que constituye el punto de apoyo para la proyección del individuo en la vida social; que es el oculto manantial del pensamiento del que brota la corriente de la comunicación; que representa el baluarte frente al avasallamiento de las influencias externas en la medida en que la persona no las acepte voluntariamente; que se puede definir de una manera ontológica como la genuinidad, como el ser lo que se es. (DESANTES, 1991:284-285)

Assim, pleiteia que a intimidade pode ser a zona espiritual que envolve o homem, distinta de qualquer outra, que pertence exclusivamente a ele e só por ele pode ser revelada. Dessa forma, apenas a vontade do próprio indivíduo poderia decidir sobre o seu limite, sendo que qualquer intromissão externa representaria a destruição da intimidade, a usurpação desse direito, fato este que não poderia ser justificado nem legitimado por nenhum ponto de vista.

OLIVARES (2000:304) reconhece também que não é fácil estabelecer um conceito pontual de intimidade e fixar seus limites, uma vez que tais acepções variam dependendo do país, do nível sócio-cultural e, ainda, dependendo da própria pessoa. Leva em conta a mesma definição de intimidade mencionada por DESANTES (1991:272) e retirada do Dicionario de La Real Academia como uma zona íntima, espiritual e reservada a uma pessoa ou a um grupo e especialmente a uma família, trazendo, assim, uma idéia de segredo, de confidencialidade de uma pessoa ou de um grupo, com especial caráter familiar. No entanto, ressalta a incompletude de tal conceito, sustentando que a intimidade também se configura na faculdade concedida a cada um para determinar como, quando e que tipo de informação pessoal pode ser passada aos outros, a fim de proteger a pessoa de eventuais danos morais ou patrimoniais.

Aponta, ainda, que a doutrina alude indistintamente aos direitos à intimidade, vida privada ou privacidade, que o dicionário de língua espanhola não contempla o termo privacidade e que a lei fundamental de seu país emprega a expressão vida privada. Todavia, em termos de considerações práticas, tais distinções terminológicas não acarretam maiores conseqüências. Apesar de para alguns a vida privada constituir-se em gênero, que compreende o núcleo central e menor que é a intimidade e, para outros, a vida privada ser uma das facetas que integram o direito à intimidade, tais diferenças não produzem quaisquer efeitos jurídicos no ordenamento e o emprego do termo vida privada não exclui a intimidade e vice versa.

PEREZ LUÑO (2005:356) também aborda a raiz etimológica do vocábulo intimidade, oriundo do latim *intimus*, invocando a idéia do mais interno ou recôndito. Para o autor, intimidade corresponde à interioridade da pessoa, que é peculiar ao ser humano, como a introspecção, o recôndito e o secreto. O termo germano *geheim* também está relacionado ao secreto ou ao reservado e, ainda, apresenta um correlato na expressão “*my home is my castle*”⁶. Com base nessas premissas chega-se, inevitavelmente, à identificação da intimidade como solidão e isolamento.

⁶ Aproveitando a expressão “*my home is my castle*”, é válido ressaltar em ARENDT (2007:81) que “as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra o que nele ocorre mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. [...] O único modo eficaz de garantir a sombra do que deve ser escondido contra a luz da publicidade é a propriedade privada – um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder.”

Ressalta, ainda, que a visão da intimidade já passou desde uma concepção fechada e estática para uma outra aberta e dinâmica, sendo a primeira identificada como o “*ius solitudinis*”, que dispõe sobre um âmbito de vida pessoal alheio a intromissões perturbadoras e indesejadas, e a segunda, que abrange a possibilidade dada a cada um de conhecer, ter acesso e controlar as informações divulgadas sobre si mesmo.

A doutrina brasileira, atenta ao status constitucional concedido aos direitos à intimidade e à vida privada, conceitua-os da seguinte forma. Segundo MORAES (2003:135):

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo porém ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

Já em BULOS (2003,144), considera-se que a atual Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo o exemplo de países como a Alemanha, a Argentina, o Chile e os Estados Unidos da América e percebendo que a evolução tecnológica possibilita uma devassa na vida particular dos indivíduos, prescreveu como sendo invioláveis a intimidade e a vida privada. No entanto, o autor contempla a intimidade e a vida privada como sinônimos, como conceitos que não podem ser vistos apartados ou de forma dissociada, devendo ambos ser considerados como valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranqüilo, em paz, de estar só.

E, ainda, especificando tais conceitos, dispõe que a intimidade é o modo de ser do indivíduo, que exclui do conhecimento de terceiros o que diz respeito ao próprio indivíduo, revelando sua reserva de vida, sua esfera secreta de atuação. Menciona também o termo privacidade, em uma acepção mais ampla, que contém as manifestações da esfera íntima do indivíduo, como o seu modo de viver, suas relações em família, seus laços afetivos, seus hábitos, suas particularidades, pensamentos, segredos e planos futuros. E, no que tange à vida privada, considera-a um termo decorrente da ampla expressão privacidade, englobando o campo de intimidades do indivíduo, seu foro moral e interior, sua vida íntima, em contraposição a uma vida exterior que seria delineada com a divulgação da vida

humana para um número irrestrito de pessoas, com exposição de acontecimentos familiares e próprios do indivíduo. (BULOS, 2003:145)

TAVARES (2007:587) reconhece a dificuldade na diferenciação entre intimidade e vida privada, ressaltando que a expressão direito à privacidade engloba os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, sendo que intimidade é tudo o que diga respeito, de maneira única e exclusiva, à pessoa em si mesma, seu modo de ser e agir e a vida privada garante a cada um o direito ao seu próprio estilo de vida, ou seja, seu próprio modo de ser e agir.

Em SILVA (2003:205), utiliza-se a expressão direito à privacidade em um sentido genérico e amplo, capaz de englobar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, com todas as informações do indivíduo mantidas sob o seu exclusivo controle. Com a proteção à privacidade tornam-se invioláveis a vida doméstica, as relações familiares e afetivas em geral, fatos, nomes, hábitos, pensamentos, segredos do indivíduo e seus planos para o futuro.

No entanto, como a CF/88 trata a intimidade como um direito diverso da vida privada, o autor faz também considerações em separado sobre ambos, dispondo que

Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional. (SILVA, 2003:206)

E, no tocante à vida privada, dispõe que a CF/88 deu destaque ao conceito considerando-o mais abrangente do que a intimidade, perfazendo um

conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (SILVA, 2003:207)

Para SAMPAIO (1998:273), no Brasil, assim como nos países de língua espanhola, há uma tendência de utilização dos termos intimidade e vida privada em um mesmo sentido, com uma mesma aplicação prática, no entanto não se deve

olvidar que o próprio dispositivo constitucional dispôs os dois conceitos em separado, sendo o direito geral à vida privada mais amplo e vinculado a uma idéia de autonomia privada e livre desenvolvimento da personalidade.

Sendo assim, pode-se perceber que a doutrina brasileira se vale de uma profusão de termos para tratar do presente assunto, pois além de privacidade, menciona-se, ainda, a vida privada, o segredo, o sigilo, o recato, a reserva, a intimidade e também alguns pouco comuns como privatividade e privaticidade. No entanto é claro também que essa ausência de uma definição padrão capaz de consolidar um tratamento semântico não é característica típica da doutrina brasileira, pois, por exemplo, a própria doutrina norte-americana, mesmo tendo consolidado o uso do vocábulo *privacy*, enfatizado com o reconhecimento do *right to privacy*, este abrange inúmeras situações e não uma única situação padrão. Dessa forma, tamanha diversidade de opiniões e tentativas de definição da privacidade passam a se avolumar devido à dificuldade metodológica em alcançar um ponto de vista comum, assim como devido à elaboração de conceitos que abrangem um campo demasiadamente amplo de situações.

Nesse aspecto, DONEDA (2006:101) reflete muito bem esta profusão de termos doutrinários quando menciona

A privacy norte-americana, o *droit au secret de l'avie privée* ou simplesmente *la protection de la vie privée* na França; o *diritto allá riservatezza* (ou a *segretezza*) na Itália (ou mesmo a *privacy*, termo usado no país); a reserva da intimidade da vida privada (Portugal); o *Derecho a la intimidad* na Espanha; a noção da *Die Privatsphäre*, que divide a autonomia individual e a vida social, presente na doutrina da Alemanha; a *integritet* da Suécia, que compreende a noção pela qual as pessoas têm direito de serem julgadas de acordo com um perfil completo e fiel de suas personalidades; são algumas das designações utilizadas para se referir ao complexo de interesses que remetem ao termo privacidade.

No entanto, para o autor, com tantos conceitos e definições citadas, o contexto no qual se tenta definir a privacidade acaba sendo reduzido a uma perspectiva epistemológica conceitualista que almeja uma coesão do sistema, mediante um processo de generalização, cujo ápice seria a individuação de um conceito dogmático, mas, na verdade, o problema deveria residir menos na definição e mais naquilo que se pretende alcançar com ela. E, concluindo, o autor aponta que essa indefinição do tema deve ser tida muito mais como característica intrínseca da matéria do que como um defeito ou um obstáculo propriamente dito,

não sendo a exata definição de privacidade o primeiro ponto que obrigatoriamente deva ser enfrentado (DONEDA, 2006:106).

Atento para previsão constitucional brasileira, na qual o art. 5º, X assegura os direitos à intimidade e vida privada, DONEDA (2006:109) argumenta que a terminologia então adotada deve ser analisada em função do contexto no qual estão inseridos os direitos fundamentais que devem ser protegidos, não sendo frutífera a busca de conceitos que intensifiquem as conotações e diferenças semânticas entre ambos os termos.

No campo semântico da vida privada tem-se o discurso da distinção entre as coisas da vida pública e as coisas da vida privada, do estabelecimento de limites em uma lógica que também seria de exclusão. No campo da intimidade, esta abrange eventos mais particulares e pessoais, um ambiente de confiança, mais ligado ao direito à tranqüilidade, ao right to be let alone. Sendo assim, a doutrina reconhece a diversidade dos dois termos e a atuação de suas particularidades, mas a questão proposta pelo autor é saber se tal exegese é realmente necessária. Se foram apresentados dois termos constitucionais, está-se, portanto, diante de duas hipóteses diversas que devem ser valoradas por modos também diversos?

A resposta é não! Para o DONEDA (2006), a falta de uma terminologia específica na doutrina e na jurisprudência, aliada ao fato de que se trata da primeira vez na qual o tema foi inserido no âmbito constitucional, podem ter levado o legislador a optar pelo excesso na disposição das palavras, evitando, assim, qualquer hipótese de redução de aplicabilidade da norma. E, mais, fechar a discussão nos limites entre ambos os conceitos, considerando o alto grau de subjetividade que os envolve, acabaria por desviar a atenção do problema principal, qual seja, a efetiva aplicação do direito fundamental da pessoa humana.

Sendo assim, DONEDA (2006:111) opta pela adoção do termo privacidade por lhe parecer a opção mais razoável diante do fato de que o termo é específico o suficiente e, portanto, não se confunde com outras locuções como imagem, honra e identidade pessoal, além de ser um termo claro o bastante para especificar o seu próprio conteúdo e unificar os valores expressos nos termos intimidade e vida privada. Tal opção, segundo o autor, pode ser constatada entre os juristas brasileiros na doutrina e jurisprudência recentes, considerando, inclusive, que, mesmo havendo diferença entre os dois termos dispostos na Constituição Federal de 1988, tal diferença seria de importância reduzida, uma

vez que a possível violação tanto da intimidade como da vida privada resultaria em efeitos jurídicos idênticos.

Uma vez adotado o termo privacidade, DONEDA (2006:114) se atém à idéia de que a privacidade é uma noção cultural induzida no decurso do tempo por fatores sociais, políticos e econômicos, sendo assim, para sua contextualização jurídica faz-se mister também uma justificativa processada no plano histórico. A fim de alcançar um bom resultado nesta tarefa é importante esboçar a formação da esfera privada do ser humano fundada em suas bases sociais, culturais e políticas.

O autor ressalta, ainda, que a privacidade nas últimas décadas passou a relacionar-se com uma série de interesses, o que acabou modificando de forma substancial o seu perfil e, citando Stefano Rodotà, afirma que “o direito à privacidade não se estrutura mais em torno do eixo ‘pessoa-informação-segredo’, no paradigma da zero- relationship, mas sim em um eixo ‘pessoa-informação-circulação-controle’”. (DONEDA, 2006:23) Nessa mudança, a proteção da privacidade acompanha a consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade, passando a garantir ao indivíduo não só o isolamento e a tranqüilidade, mas em primeiro lugar proporcionando a ele os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria e desempenhando um papel positivo na sua comunicação e relacionamento com os demais.

Diante de tantos conceitos e entendimentos, o que importa de fato é que, seja sob a forma mais ampla considerada privacidade ou sob as divisões pontuais feitas pela atual Constituição Brasileira em intimidade e vida privada, o indivíduo deve ter garantida a realização da sua vida sem ser molestado por terceiros, sem ser agredido em seu foro íntimo e pessoal tanto pela sociedade como também pelo Poder Público. É imprescindível a proteção do aspecto privado da vida do indivíduo, a fim de que esse direito não seja minado face à enorme disseminação de tecnologia, com a instalação de aparelhos registradores de imagens, dados e, inclusive, sons pelos setores público e privado.

Sendo assim, essa necessidade da busca por um mínimo conteúdo comum para o direito à privacidade, que seja apto a satisfazer a diversas sociedades, ultrapassa as questões meramente acadêmicas, pois se torna uma necessidade real diante do avanço da tecnologia e do aumento do fluxo de informações nos últimos anos. Atualmente, está-se diante de uma preocupação não só com a divulgação de notícias indiscretas sobre festas familiares, mas também com informações que

uma determinada empresa de assistência médica porventura possa ter em bancos de dados de Hong Kong, por exemplo, sobre questões genéticas e hábitos alimentares que digam respeito aos indivíduos.

Por mais que sejam passíveis de determinação em certo tempo e lugar, seja a privacidade em geral, ou os pontuais conceitos de vida privada e intimidade, estes sempre estarão sujeitos a novas interpretações e entendimentos, pois encontram-se extremamente vinculados à própria história da evolução humana. Mesmo que cada país consiga precisar tais conceitos, estes não serão estáveis ou imutáveis, uma vez que possuem uma natureza dinâmica, própria para acompanhar a dinâmica da vida humana e as mutações dos hábitos e costumes sobre o que corresponde ou não ao foro íntimo de cada um.

No entanto, em razão dos riscos citados acima, capazes de gerar violações e conseqüências extremamente graves e perigosas à privacidade, há uma tendência cada vez maior de harmonização do tratamento deste conceito. A preocupação em torno da proteção à privacidade não passa mais apenas pelo direito de manter em caráter confidencial os fatos pessoais, mas ainda pelo direito de saber quais informações sobre si próprio estão sendo armazenadas e utilizadas por terceiros, como e com qual finalidade estão sendo utilizadas e no direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras.

4.3

Nova abordagem sobre a privacidade sob o olhar de SOLOVE⁷

Para SOLOVE (2002:1092), a abordagem sobre a privacidade deve ser divergente da tradicional, trazendo uma visão conceitual de baixo para cima, e não o contrário, de cima, da abstração, para baixo. A conceituação deve partir de contextos particulares e específicos e não de abstrações e generalidades.

Explorando a conceituação atual e tradicional de uma vasta gama de juristas, filósofos, psicólogos, sociólogos, dentre outros, SOLOVE (2002:1092) resume em seis tópicos gerais o que poderia ser tido como privacidade, que

⁷ SOLOVE (2002)

refletem, de certa forma, a abordagem de acepções realizada acima: o direito de estar sozinho; o limite de acesso ao indivíduo, protegendo cada um de acessos não desejados por parte de outros; o sigilo; o controle sobre informações pessoais; a proteção da personalidade, da individualidade e da dignidade e, ao final, a intimidade.

Diante disso, o autor dispõe (SOLOVE, 2002:1093) que a privacidade é um termo genérico que se refere a condutas que desejamos ver protegidas contra possíveis violações e sugere que o foco para o real alcance do conceito de privacidade deve deixar de ser a busca e localização de um denominador comum para tais condutas e passar a ser, sim, o foco nos tipos específicos de violação e nas condutas especificamente violadas, chegando a um entendimento sobre como a privacidade pode ser valorada, uma vez que o conceito de privacidade vai depender da importância social da conduta analisada em um contexto específico, não sendo possível alcançar um mesmo e universal valor para todos os contextos.

Sendo assim, e considerando que as tradicionais definições sobre a privacidade acabam chegando a um denominador comum extremamente genérico e abstrato ou muito específico e restrito, sendo todas não satisfatórias, SOLOVE (2002:1126) recomenda uma abordagem pragmática para a conceituação de privacidade pautada no reconhecimento do contexto e contingências, na rejeição de conhecimentos anteriores ou pré-determinados e um foco nas práticas concretas e reais. O pragmatismo caminha, então, ao encontro do que é adequado e concreto, aos fatos, à ação, à força real, alcançando o conhecimento através da experiência e deixando para trás a abstração e a insuficiência fundadas em sistemas fechados e pretensas verdades absolutas.

Uma abordagem pragmática tem uma atitude única em direção ao alcance de um conceito. Um conceito é uma hipótese trabalhada e não uma entidade fixa, é criado com base em situações concretas, sendo constantemente testado e formatado. Não há uma busca por uma descrição sumária ou substancial, não se trata do alcance de uma fórmula para a privacidade, no entanto trata-se de uma abordagem que proporciona os passos a serem seguidos para identificação e análise das várias dimensões das práticas apresentadas.

4.3.1

Privacidade e práticas sociais

Os problemas da privacidade envolvem violações a algumas práticas e tais podem ser entendidas como uma série de atividades, costumes, normas e tradições, tais como o ato de escrever cartas, de conversar com o psicoterapeuta, tomar algumas decisões e outras mais, observando que a privacidade consiste na dimensão dessas práticas, devendo ser entendida como parte delas e não como um conceito abstrato e separado, que vai ajudar na solução de determinados problemas.

A privacidade é uma parte constitutiva de condutas específicas, e entendê-la requer um olhar para as formas pontuais de manifestação dessa privacidade. Privacidade é a dimensão de condutas, práticas e aspectos da vida. Quando se diz que a privacidade está sendo protegida, o que se busca na verdade é uma proteção contra violações de condutas, de aspectos da vida. A violação da privacidade geralmente traz um aniquilamento completo dessas condutas e tal pode ocorrer por meio da invasão do espaço de solidão do indivíduo, da perda de controle sobre a divulgação de fatos particulares, da busca e apreensão da propriedade particular, das ameaças de violência à segurança particular, da vigilância permanente, da destruição da reputação, dentre outras formas.

Há algumas semelhanças nos tipos de violação a privacidade, assim como nas condutas que são normalmente violadas, apesar de também haver algumas diferenças dentre elas. Sendo assim, a busca por um conceito de privacidade deve ser centrada justamente nesses tipos pontuais de violação e nas condutas tipicamente violadas, e não na busca por um denominador comum que vincule tudo isso. Se a privacidade pode ser vista como uma gama de tipos pontuais de violação a condutas específicas, então o conceito de privacidade é alcançado por meio do mapeamento dessa rede de conexões.

Na busca incessante por esse conceito ressalta-se, também, que as violações ocorridas são violações sobre o âmbito privado da vida do indivíduo. No entanto, há muito tempo filósofos vêm discutindo o que na verdade se caracteriza como uma esfera privada e o que seria a esfera pública. A análise dos

limites entre o público e o privado é o que cria condições para o desenvolvimento e expressão de vários aspectos do indivíduo, capazes de estruturar suas relações interpessoais, encontrando-se a privacidade de certa forma relacionada ao que é considerado o âmbito espacial do indivíduo.

No entanto, deve-se observar que a questão do que é considerado âmbito privado, pessoal, particular sofre uma série de modificações ao longo do tempo, então o simples estabelecimento da diferença entre o que pode ser visto como esfera pública e o que representa a esfera privada, localizando a privacidade dentro desta, não pode ser visto de forma absoluta ou estanque, ou como a solução sobre o conceito da privacidade.

Apesar de uma certa dicotomia entre o público e o privado ter sido mantida ao longo da história da civilização ocidental, a questão da determinação das esferas pública e privada vem sofrendo uma série de modificações ao longo da história fundadas nas mudanças de atitudes, das instituições, das condições de vida, do desenvolvimento tecnológico, trazendo à baila o fato de que a consideração do privado é moldada de acordo com a cultura e a história de uma sociedade em um determinado momento sendo, portanto, passível de modificação entre diferentes culturas e períodos históricos.

Atualmente, pode-se considerar o acesso ao número de um seguro social, um comportamento sexual, um diário, uma casa como espaços privados, mas nem todos consideram tais questões como privadas de uma mesma forma. Alguns aspectos da vida, tais como a família, o corpo, a casa, são comumente vistos como esferas privadas, porém tal afirmação, tão simples e taxativa hoje, nem sempre foi considerada com este mesmo ângulo no passado.

A família, por exemplo, hoje considerada o núcleo de uma esfera privada, nem sempre foi um santuário de privacidade. Atualmente, ela é vista como uma instituição que reflete a intimidade, na qual o núcleo familiar vive junto em um mesmo lar, provendo uma realização pessoal e o enlace de relações amorosas entre seus membros.

No entanto, na história ocidental e ainda hoje em algumas culturas, o matrimônio e a constituição de uma família não eram vistos como uma decisão individual e autônoma. O matrimônio, em um primeiro momento, era controlado pelos pais e pelo governo, todos vinculados a objetivos econômicos capazes de firmar relações estratégicas, não sendo fundados nem no amor e muito menos em

uma livre escolha. Também não era visto como uma instituição que proporcionasse um desenvolvimento pessoal por intermédio de uma convivência familiar, mas sim como um conjunto de responsabilidades sociais e impedimentos para o crescimento individual.

O mundo familiar era regulado por diferentes formas de autoridade, caracterizando-se principalmente por um autoritarismo sobre as mulheres, para quem o matrimônio trazia uma vida de submissão e obediência irrestrita, sem qualquer sinal de liberdade. De fato, o seio familiar era visto como um núcleo de controle social, uma espécie de pequena monarquia, comandada por um sistema patriarcal. No momento histórico da expansão da burguesia, por exemplo, a vida e a convivência familiar eram fatores extremamente vinculados à vida profissional. A família refletia um negócio que visava muito mais ao atendimento às normas sociais, ao alcance de uma sociabilidade do que à garantia de uma privacidade.

No início do século XIX, esse quadro familiar começa a sofrer alterações adentrando em uma transformação gradual do que se considerava uma instituição econômica para um espaço de intimidade e de realização pessoal, tornando-se cada vez mais um espaço privado para a vida do indivíduo. De uma forma gradual, a família começa a se desenvolver enquanto entidade privada focada em si mesma, transformando o casamento em uma instituição cuja formação seria decorrente de uma escolha pessoal e não mais de matrimônios arranjados com base em possíveis ganhos econômicos. O espaço da casa, do lar e o espaço do trabalho passam a existir em locais separados fisicamente, dando origem a um mundo público do trabalho, a um mundo essencialmente de negócios e a locais mais íntimos e privados para exclusiva convivência familiar.

Analisando a questão da privacidade no seio familiar, pode-se dizer que com o desenvolvimento e a transformação sofridas por esta instituição a família chegou a espelhar a total ausência de interferência estatal nas relações afetivas. Todavia, tal fato não leva necessariamente à afirmação de que a partir de então e ainda na sociedade contemporânea, como, por exemplo, a norte-americana, não exista qualquer tipo de interferência estatal sobre a família. Na verdade, existe sim uma grande intervenção estatal sobre as relações conjugais, principalmente na regulação desse instituto, assim como interferência sobre a educação e criação dos filhos, mas o Estado pode e de fato atua também como provedor e garantidor dos

atributos familiares, tais como a independência, a liberdade de pensamento, liberdade contra coerção, dentre outros.

O estudo das atitudes relacionadas ao corpo também é importante para uma visão da privacidade. O corpo durante muito tempo foi visto como uma das chaves mestras da privacidade, não havendo nada mais sagrado ou cuidadosamente guardado do que o direito individual de ser possuidor e controlador de si mesmo. A privacidade do corpo envolve a privacidade de certas práticas referentes a ele, tais como o sigilo sobre algumas doenças, sobre condições físicas, normas de aproximação corporal, de contato interpessoal e o controle e domínio individuais sobre as decisões referentes ao corpo.

Para se ter uma idéia de como a relação com o corpo e sua privacidade mudam ao longo do tempo, na história antiga de Atenas o aparecimento de uma pessoa com seu corpo nu era uma demonstração da dignidade do cidadão, era comum que as pessoas se banhassem juntas e tal fato era visto como parte integrante de celebrações e eventos sociais. Já durante o período da Renascença, dentre as classes mais abastadas, as pessoas começavam a ter um comportamento de maior proteção em relação aos seus corpos, buscando cada um afastar o seu corpo do corpo do outro. Homens e mulheres se tornaram mais reservados e passaram a não adotar mais determinadas condutas como dividir a cama com estranhos e visitantes em sua própria casa, comer e beber nos mesmos talheres.

Mesmo assim, apesar de no século XVI as pessoas, principalmente da classe burguesa em ascensão, começarem uma busca por maior reserva no tratamento de seus corpos, ainda no século XVII não era anormal as pessoas conversarem com seus amigos enquanto faziam suas necessidades físicas em um mesmo ambiente. Dentre as famílias mais pobres da Inglaterra, por exemplo, que possuíam apenas um cômodo em suas casas, era comum que urinassem, defecassem e praticassem a cópula aos olhos uns dos outros.⁸

Como ressalta DONEDA (2006:126), exemplificando a presente questão apresentada por SOLOVE (2002), a vida pública da monarquia francesa, no início dos anos de vida no palácio, era tal que atos como o sono, o vestir-se, a higiene e

⁸ Neste sentido, segundo GIDDENS (2002:151), “[...] há evidência suficiente que indica que, em muitas culturas não-modernas, assim como na Europa pré-moderna, a atividade sexual não era mantida estritamente oculta dos olhos dos outros. Em parte, tal visibilidade era inevitável: nos grupos socioeconômicos mais baixos era prática normal que pais e filhos dormissem no mesmo cômodo, muitas vezes junto com outros parentes.”

outros que seriam para a sociedade contemporânea apanágios da individualidade eram realizados publicamente, sendo que a consideração dessa vida pública da monarquia centrada exclusivamente em festas e recepções oficiais se deu apenas em um momento posterior.

Vislumbrando a privacidade no tocante à casa, ao lar do indivíduo, atualmente ela é considerada a essência da privacidade, não sendo utilizada para qualquer finalidade pública. O lar é considerado um local onde os indivíduos encontram paz de espírito e cultivam suas mais íntimas relações, longe da vida pública e de possíveis intervenções e violações estatais. No entanto, durante muitos anos o lar não foi visto assim como um paraíso doméstico.

Até o século XVII, as casas dos indivíduos eram na verdade construídas e consideradas como espaços múltiplos. Para a emergente burguesia, seus lares eram dedicados primeiramente ao trabalho, com apenas pequenos espaços atrás ou acima para a alimentação ou para dormir. As casas eram locais cheios, barulhentos, tumultuados e normalmente alojavam muitas famílias, onde um casal tinha de dividir a mesma cama com seus filhos ou às vezes também com estranhos e visitas. No entanto, já no início do século XVII, as casas passaram a ser construídas com uma divisão de quartos e espaços com diferentes finalidades, passando a haver, então, uma distinção entre os quartos, destinados a momentos íntimos de solidão e quietude, e os espaços públicos.

Nesse mesmo sentido, segundo DONEDA (2006:127), a partir do século XVI começa-se a observar uma incipiente mudança de costumes no tocante à vida cotidiana, com uma nova disposição arquitetônica das casas e das cidades, tornando-as mais propícias à separação por classes e categorias, por conseguinte, ao isolamento das pessoas. Desde então, com essa nova posição do homem diante da sociedade, com um individualismo cada vez mais exacerbado, começa a ser delineada a atual visão de privacidade e um enriquecimento da esfera privada. Para o autor,

Qualquer noção de privacidade deve fundar-se em uma percepção da relação do indivíduo com a sociedade, e a gênese de atual concepção remonta a duas causas principais: a emergência do estado-nação, da sociedade civil e das teorias de sua soberania nos séculos XVI e XVII, que formaram a noção moderna de ente público; e também o estabelecimento de uma esfera privada livre das ingerências deste ente público, como reação ao absolutismo, tendências aceleradas pelo fim

da sociedade feudal e, posteriormente, pela eclosão da Revolução Industrial. (DONEDA, 2006:128)

Assim, sobretudo quando o modo de produção deixa de ser essencialmente baseado na agricultura e surge o desenvolvimento industrial através das fábricas e o fenômeno da urbanização, principalmente já no final do século XIX, tem-se uma real separação física entre os locais destinados à moradia e os locais destinados ao trabalho. A vida profissional do indivíduo passa a ser vista como uma esfera separada da vida em seu próprio lar, onde ele pode atualmente usufruir de um espaço de maior privacidade e tranquilidade.

Como ressalta também PEREZ LUÑO (2005:327), coadunando as colocações de SOLOVE (2002), a aparição de um conceito de intimidade encontra-se intimamente relacionada ao nascimento da burguesia, visto que no período medieval o isolamento era privilégio das esferas mais altas da nobreza ou de quem, por livre escolha ou necessidade, renunciava a essa convivência comunitária, tais como os monges, pastores e bandidos. Na medida em que as condições sociais e econômicas levam ao desenvolvimento dos núcleos urbanos e surgem formas de divisão do trabalho que delimitam com uma clara diferença o lugar onde se vive (a casa) e o lugar onde se trabalha, a possibilidade de o indivíduo manter-se isolado torna-se cada vez mais real. A intimidade, nesse momento, configura-se como uma aspiração da burguesia de alcançar o que até havia pouco era apenas privilégio de alguns e tudo isso devido à aparição das novas condições de vida. O homem burguês, enclausurado em seu isolamento, constitui-se no protótipo do sujeito ativo titular do direito à intimidade, figurando a vida privada como um direito à solidão, à reserva e ao isolamento, refletido, sem dúvida, pela máxima inglesa *my home is my castle*. Este nascimento da intimidade dentro de uma sociedade burguesa, no entanto, que coincide cronologicamente com a afirmação revolucionária dos direitos do homem, não proporcionou a realização desse direito como uma exigência natural de todos os homens, mas tão somente como um privilégio de uma única classe, qual seja, a própria classe burguesa.⁹

⁹ Assim, vale ressaltar que a preocupação com o indivíduo em seu foro íntimo, na sua esfera privada se torna latente com o surgimento das sociedades modernas e, segundo GIDDENS (2002:74), em especial com a diferenciação da divisão do trabalho, momento no qual o indivíduo se torna um ponto separado de atenção.

Importante observar que o breve processo histórico relatado segundo o pensamento de SOLOVE (2002) no tocante à família, ao corpo e ao lar é dotado de uma grande generalidade, pois, se analisado de uma forma mais detalhada, constatar-se-á uma variação entre as práticas e condutas mencionadas dependendo de fatores como a urbanização, o status e a classe social à qual pertence o indivíduo, a origem étnica e religiosa, dentre outros. Mas, o que de fato merece ser constatado é que certas atitudes, práticas e condutas não são universais e estáticas ao longo do tempo e entre as diferentes sociedades, justamente porque são moldadas de acordo com a realidade pontual do período histórico ao qual pertencem. Mesmo que seja possível determinar um padrão em torno de um conceito de privacidade, qualquer padrão encontrado está fadado a diferir de outras visões da privacidade adotadas ao longo da história e das civilizações.

Nesta problemática da privacidade, nesta busca de um padrão em torno de um conceito de privacidade, DONEDA (2006:60), de certa forma seguindo o raciocínio de SOLOVE (2002), constata que a privacidade sempre foi diretamente condicionada pelo estado da tecnologia em cada época e sociedade e o advento de estruturas jurídicas e sociais que tratam do problema da privacidade são, de fato, respostas diretas a uma nova condição de informação, determinada pela tecnologia. Dessa forma, as primeiras discussões, em sede jurídica ou não, sobre uma possível violação de privacidade fundada na divulgação de correspondência privada só poderiam ter ocorrido em sociedades que desenvolveram tecnologias que tornaram o correio um meio eficiente e ao alcance de um número considerável de pessoas.

Todavia, para SOLOVE (2002) a privacidade não pode ser tida apenas como uma questão histórica ou como algo empiricamente constatado como o senso coletivo de uma determinada sociedade do que deve ou não ser considerado como espaço de privacidade. É imprescindível que um componente normativo faça parte do conceito de privacidade, de forma que a sociedade possa ter parâmetros para moldar suas leis, normas e políticas futuras de privacidade. A proteção à privacidade não pode se tornar simplesmente parte das expectativas gerais de uma sociedade, mas sim deve ser uma expressão de poder contra intervenções estatais desmedidas e também contra a invasão causada pela vigilância permanente do mundo moderno sobre o âmbito individual.

No entanto, a construção de uma proteção legal para a privacidade depende de uma análise normativa que requer o exame do valor deste direito fundamental em contextos específicos. Assim, o valor e o discernimento em torno deste são os mais importantes aspectos da privacidade, uma vez que são capazes de deixar claro o que é a privacidade e permitir uma análise de peso e contrapeso entre esta e demais valores conflitantes em uma determinada sociedade. A privacidade afeta o comportamento das pessoas, suas escolhas, suas ações e tais práticas merecem ser protegidas na exata medida de sua importância.

A maneira pela qual são moldadas as práticas e condutas sociais depende da visão sobre aquilo que é considerado bom pela própria sociedade e de como esta deseja estruturar o poder em seu seio para a proteção do indivíduo em seu âmbito de privacidade. Isso não quer dizer que é vedado à lei qualquer tipo de restrição às condutas e práticas sociais de privacidade, no entanto as decisões políticas neste sentido devem levar em conta os efeitos dessas intervenções sobre o bem-estar psicológico dos indivíduos. As violações a algumas práticas devem ser muito bem analisadas e sopesadas, pois podem em muitos casos acabar afetando e prejudicando outras práticas como o bem-estar e a liberdade individuais ou o equilíbrio psicológico dos indivíduos.

A valoração da privacidade deve, assim, ser instrumental, contextualizada, sem contar com qualquer valoração genérica e abstrata. Desta forma, o que vale ressaltar é que na verdade a formatação do conceito de privacidade difere quando analisados diferentes contextos. Assim, o foco para os moldes de um conceito de privacidade deve estar fundado em práticas pontuais e específicas.

4.4

A privacidade sob o olhar de WHITMAN¹⁰

Nesta mesma preocupação de caracterização da privacidade, WHITMAN busca um paralelo entre duas culturas ocidentais universais, a americana e a

¹⁰ WHITMAN, James Q. *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*. Yale Law School. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. v. 64, p. 01- 94.

européia, constatando que em cada contexto específico, em cada cultura, a análise normativa muda consideravelmente. Apesar de as culturas ocidentais considerarem a privacidade como um valor de suprema importância e de alguma forma essencial para o desenvolvimento da personalidade, a maneira de lidar com esta privacidade, o enquadramento legal e o comportamento das pessoas são díspares de lugar para lugar.

Na análise do mundo ocidental desenvolvida pelo autor, este reconhece o imenso valor dispensado à privacidade, a obrigação universal de toda sociedade civilizada em proteger a privacidade e, ainda, a real preocupação com sua constante invasão pelas novas tecnologias de vigilância da sociedade moderna. No entanto, é forçado a admitir que apesar de a normatização e a proteção serem imprescindíveis, a definição de privacidade se torna extremamente difícil, não há uma clareza para tal conceito.

Dizer exatamente o que deve ser mantido em segredo, o que deve ser escondido, o que deve ser mantido fora dos olhares de terceiros, são questões escorregadias e que mudam de tempos em tempos, de sociedade para sociedade. Como explorado acima pelo próprio SOLOVE (2002), há registro de sociedades nas quais as pessoas faziam suas necessidades físicas diárias na frente de outras, às vezes muitas outras pessoas, ou, ainda, praticavam suas relações sexuais no mesmo ambiente no qual se encontravam outras várias pessoas, sem que isso fosse ultrajante, ou significasse qualquer tipo de violação à privacidade. Eram simplesmente hábitos, atitudes e comportamentos comuns no dia-a-dia, o que demonstra como, ao longo dos tempos, tem-se uma significativa mutação do que se entende por privacidade.

WHITMAN aborda dois discursos sobre os que advogam a proteção à privacidade: um primeiro fundado em argumentos intuitivos, que partem de um pressuposto de que os seres humanos têm uma visão direta do que é certo ou errado e de que todos consideram que as violações à privacidade devem ser rechaçadas e que, portanto, a proteção legal à privacidade se torna tão imperativa quanto a proteção à propriedade e aos contratos.

Todavia, esse primeiro discurso só poderia ter um peso real se de fato as mesmas intuições fossem compartilhadas de igual forma por todos os seres humanos. Mas o que as evidências demonstram é que as intuições e ansiedades do homem sobre a privacidade diferem não só nas práticas exóticas de sociedades

antigas ou mesmo nas culturas modernas, mas inclusive entre as sociedades familiares do mundo ocidental. Assim, ressalta o autor um significativo conflito entre os Estados Unidos e os países da Europa ocidental, revelando diferenças sobre o que deve ser protegido sob o olhar da privacidade.

Para os europeus é de fato claro como os americanos não entendem as demandas de proteção à privacidade e como a legislação americana parece tolerar graves violações à privacidade. Turistas europeus, por exemplo, quando em visita à América, são previamente avisados para que não se espantem tanto com as discussões e exposição pública como a do caso Mônica Lewinsky¹¹, da maneira aberta como os americanos conversam e perguntam sobre salários, como estranhos partilham facilmente informações sobre atividades privadas, como a intimidade do consumidor é devassada, a facilidade com que circulam fotos de pessoas comuns ou famosas nuas pela internet. Assim, pelo padrão europeu de proteção à privacidade as leis americanas falharam para esta mesma proteção.

No entanto, seria simplesmente falso dizer que os americanos não se importam com a privacidade, muito pelo contrário eles são tão obcecados pela proteção à privacidade quanto os europeus. Mas, do ponto de vista americano, por exemplo, quando os europeus casualmente tiram suas roupas e ficam nus nas praias, quando as mulheres, para um banho de sol, fazem um “topless”, ou quando o Governo tem ingerência suficiente na vida privada para determinar inclusive quais são os nomes que os pais estão autorizados a dar a seus filhos, tais fatos configuram uma agressão à privacidade. Assim, não só o comportamento dos europeus em determinadas situações, como também as próprias leis européias, em muitos aspectos parecem ridículos e em alguns casos até chocam os americanos.

Dessas divergências o que se pode concluir, segundo o autor, é que o clamor por uma proteção à privacidade é de fato universal, porém a maneira pela qual os americanos e os europeus ocidentais percebem essa privacidade é dada por culturas diferentes, por formas de sensibilidade e intuição diferentes, enquadrados em um sistema legal também diferenciado, formando, então, uma base legal de valores para cada cultura. Mas, questiona, agora, o autor por que essas sensibilidades são tão diferentes? Por que os franceses não se sentem à vontade

¹¹ Mônica Lewinsky foi estagiária da Casa Branca nos anos de 1995 e 1996, quando Bill Clinton era o então Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, tendo mantido com o mesmo relações íntimas e sexuais neste período e sendo responsável por um dos maiores escândalos políticos da história norte-americana, divulgado e comentado em detalhes pelo mundo todo.

para falar sobre seus salários, mas passeiam nus pelas praias com a maior tranquilidade? Porque os europeus não se rebelam contra a ingerência estatal na escolha dos nomes de seus filhos? Porque americanos se recusam a andar com suas carteiras de identidade, mas não se rebelam contra as várias e comuns inspeções sobre suas contas correntes, suas informações bancárias e suas relações de consumo?

Tantas diferenças sobre a concepção de uma privacidade podem estar fundadas no fato de que a visão européia preza pelo aspecto da dignidade, pela proteção do direito ao respeito e à dignidade pessoal e, por conseguinte, os direitos à imagem, ao nome e à reputação, perfazendo, assim, um controle da imagem pública que garante ao indivíduo ser visto da maneira pela qual gostaria. Já a visão americana é mais orientada pelo valor da liberdade, principalmente contra a interferência estatal na casa e no lar de cada um. Assim, por exemplo, a liberdade de expressão nos Estados Unidos tem grande valor e proteção constitucional e normalmente acaba sobreposta a proteção da honra de cada um, enquanto pela visão européia a liberdade de expressão é sempre exercida de uma forma balanceada aos direitos à honra, dignidade e personalidade dos indivíduos.

Ainda a título de exemplificação, a abertura de crédito ao consumidor é de mais fácil acesso e muito mais comum entre os americanos do que entre os europeus e as normas acerca da privacidade em muito contribuíram para um lento progresso dos cartões de crédito entre estes, uma vez que para os europeus mais do que um mercado eficiente, mais do que crédito para o consumidor, o que importa é a imagem, a dignidade do consumidor, sendo assim, a idéia de que qualquer comerciante poderia ter acesso ao histórico financeiro do consumidor é de fato insuportável para os europeus.

Para os americanos, o uso do crédito e o tráfico de informações sobre os consumidores são extremamente difundidos e estimulados, com a teoria de que se os comerciantes sabem as preferências do consumidor, podem oferecer exatamente os serviços desejados e com maior qualidade. Desse modo, enquanto as leis européias aprovam a circulação e abertura de informações sobre o consumidor apenas para finalidades específicas e durante período limitado e, ainda, mediante consentimento expresso do indivíduo afetado e sob supervisão do Estado, os americanos têm uma tendência maior para aceitar a auto-regulação do mercado.

Tais considerações, no entanto, não podem ser vistas como absolutas, como divisões extremas entre o pensamento europeu ocidental e o americano, pois em alguns momentos eles são coincidentes. Nenhuma generalização absoluta de qualquer sistema legal pode estar correta. Assim, não é correto afirmar que a lei americana é completamente diferente da lei europeia, mas sim que as diferenças apontadas foram apenas a título de comparação, e não como o estabelecimento de uma linha divisória absoluta entre ambos os sistemas.

De toda forma, para WHITMAN a ênfase dada ao caráter liberdade pela sociedade americana e a ênfase à dignidade na qual encontra-se fundada a sociedade europeia não são produtos que têm uma lógica exata, mas sim produtos formatados pelas idéias e ansiedades locais. O apelo às intuições individuais, às questões morais sobre o que é bom ou ruim, certo ou errado, para determinar os aspectos legais de proteção à privacidade é um erro primário. O trabalho para identificação do que seja uma violação à privacidade vai muito além de uma simples intuição ou de um conceito moral, ele está embasado na identificação dos valores fundamentais que se encontram vinculados à questão da privacidade em uma dada sociedade, e tais valores fundamentais podem simplesmente ser diferentes.

4.5

Um olhar atual sobre a privacidade

Diante de tamanha profusão de termos como privacidade, intimidade, vida privada, privaticidade, privatividade, reserva, segredo, sigilo, recato, entre outros, para a definição de um direito fundamental e da dificuldade de filósofos, estudiosos, doutrinadores e juristas para alcançar um conceito, uma definição satisfatória para este direito, uma vez que não existe um conceito claro nem tampouco definições doutrinárias suficientes, torna-se necessária a busca por um olhar atual sobre tal direito. E, para tanto, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fazer menção expressa aos termos intimidade e vida privada, em seu artigo 5º, X, seguindo a doutrina de SILVA (2003:205) e também de DONEDA (2006:111), adota-se para o presente trabalho uma padronização desses variados termos em torno de uma única reflexão sobre a privacidade, por

ser este um termo mais específico e suficiente e por poder ser visto em um sentido mais genérico e amplo, capaz de englobar as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, com todas as informações do indivíduo mantidas sob seu controle.

Sendo assim, é válido reforçar a idéia de que diante da diversidade terminológica pacifica-se esta em torno de um único termo, qual seja, privacidade, observando, ainda, que as distinções terminológicas não acarretam maiores conseqüências em termos de considerações práticas e, seguindo orientação de DONEDA (2006:106), o que mais importa não é a exata definição do termo, mas sim o que se pretende alcançar com ela. Dessa forma, a busca em questão não gira em torno da construção de um conceito sólido, exato e absoluto sobre o direito fundamental à privacidade, até porque diante de todo o exposto não seria possível tal conceituação, mas em torno de um enquadramento contemporâneo do termo e em uma melhor e mais segura proteção a esse direito fundamental.

Não há, ainda, como alcançar um mesmo e universal valor para a privacidade em todos os contextos (SOLOVE, 2002:1093) porque tal valor está vinculado a uma noção cultural induzida no decurso do tempo por fatores políticos, econômicos e sociais (DONEDA, 2006:114), estando sua justificação jurídica atrelada a um processo histórico. No entanto, apesar de ser árdua a valoração da privacidade e o alcance de uma definição do que deve ser mantido em segredo e fora dos olhares de terceiros, pois essas questões são, segundo WHITMAN, escorregadias, mudam de tempos em tempos e variam de sociedade para sociedade, sofrem influências das idéias e ansiedades locais, é imprescindível centrar o pensamento sobre a proteção deste direito fundamental, sob pena de vê-lo abolido na sociedade contemporânea.

Como visto anteriormente na análise de ARENDT (2007:59), o entendimento sobre o público seria o de um mundo comum a todos, onde os homens estão juntos, uns na companhia dos outros em uma esfera comum, estando o termo privado relacionado pela autora (ARENDT, 2007:68) com o indivíduo que vive uma vida inteiramente privado de ser visto e ouvido por outros, tendo como único lugar para o seu refúgio seguro contra o mundo público comum as quatro paredes de sua propriedade particular. Essa alusão à máxima inglesa “*my home is my castle*” como sendo a propriedade privada o único meio eficaz de garantir a sombra daquilo que deve ser escondido contra a luz da

publicidade (ARENDR, 2007:81), como sendo o meio de garantir o direito à solidão, à reserva e ao isolamento precisa agora ser enquadrada, revista e repaginada à luz da sociedade contemporânea que vive a sua alta modernidade (GIDDENS, 1991) e sofre as conseqüências profundas impostas pela Era da Tecnologia (ROSA, 2006).

A privacidade, pois, é diretamente condicionada pelo estado da tecnologia em cada época e ao processo histórico vivido em cada sociedade (DONEDA, 2006:60) e, assim, para que seja garantida uma proteção a esse direito fundamental é imprescindível repensar o que se entende por privacidade nos dias atuais. Em uma sociedade tão globalizada e em um mundo excessivamente exposto, será que há algo que ainda possa ser considerado como privado? Em virtude disso, passa-se à análise de alguns exemplos contemporâneos que certamente vieram mudar o olhar sobre o que é o público e o que é o privado.

Abordado por ROSA (2006:152) como a globalização da gafe e, ainda, por SOLOVE (2007:2), a história de uma moça da Coréia do Sul tomou proporções inimagináveis antes da Era da Tecnologia. Essa moça encontrava-se com seu cachorro em um dos vagões do metrô em Seul e em um determinado momento ele fez suas necessidades no chão do vagão. A moça, por sua vez, não só não limpou as necessidades de seu cachorro como respondeu com arrogância e desrespeito àqueles que lhe pediram que o fizesse. Alguns passageiros registraram esse episódio com as câmeras de seus celulares e disponibilizaram o material em “blogs” na internet. Em questão de horas ela já estava sendo chamada de “dog shit girl”, suas fotos estavam multiplicadas em diversos terminais e em alguns dias sua identidade, onde morava, o que fazia, onde estudava e seu passado já tinham sido revelados ao público. Seus vizinhos, tomando conhecimento do fato pela internet, colaram cartazes em frente à sua casa como forma de repreensão. O episódio se transformou em noticiário nacional e internacional, chegando inclusive ao “Washington Post” e ao Jornal Estado de São Paulo. E, como resultado dessa vergonha pública, a moça teve de deixar a Universidade.

O episódio acima vem demonstrar, assim como foi discutido no tópico sobre espaço público e espaço privado (item 3.1), que a vida privada nunca foi tão pública quanto nos dias de hoje, que o chamado cidadão comum não existe mais, pois estão todos potencialmente expostos uns aos outros (ROSA, 2006:152), há uma constante publicização do que deveria ser resguardado ao âmbito privado.

Sem discutir o mérito sobre do erro cometido pela jovem coreana, o que de fato é assustador foi a proporção globalizada que tomou um acontecimento tão pontual e local, levantando questionamentos sobre as normas de circulação de informação na internet, a privacidade e a vida nesta Era da Tecnologia, nesta Era da Informação. E, ainda, levando a um questionamento crucial de que talvez quanto maior seja a liberdade de circulação de informação, fatos e imagens na internet, menos livres serão os indivíduos.

Um fenômeno semelhante ao caso da jovem coreana, de globalização de um fato pontual e local, foi a divulgação das imagens da modelo brasileira Daniella Cicarelli e Tato Malzoni enquanto namoravam na badalada praia de Tarifa, no Município de Cádiz, Costa da Andaluzia - Espanha¹². A modelo e apresentadora de TV Daniella Cicarelli foi filmada por um paparazzo enquanto protagonizava cenas de cálida paixão com seu namorado nessa praia espanhola. O vídeo, exibido em um canal pago de televisão na Espanha, rapidamente espalhou-se pela internet e se transformou em um sucesso mundial.¹³

A título de exemplificação e comentário, neste caso específico, a modelo e seu namorado ingressaram com Ação Inibitória com o propósito de suspender a exibição do filme e das fotos do casal, que foram captadas de forma clandestina, sem consentimento, em um momento de lazer do casal, e estavam sendo exibidas em web-sites das empresas Internet Group do Brasil Ltda, Organizações Globo de

¹² O namoro do ano! Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/48727.1>. Acesso em: 27/12/2007.

¹³ O caso Cicarelli não foi o único e acabou sendo reproduzido em diversos outros casos pelo Brasil como, por exemplo, o da “Cicarelli de Viçosa”, em novembro de 2007, com a exibição em diversos sites na internet, principalmente no You Tube, de um vídeo de um casal praticando relações sexuais dentro de um elevador na cidade de Viçosa – Minas Gerais, além da exibição e comentários sobre a identidade e vida particular do casal (onde moram, onde estudam, entre outros detalhes), ressaltando, ainda, o fato de que a moça era noiva e o rapaz tinha uma namorada. (Disponível em: <http://hot.trankera.org/video-com-casal-transando-em-elevador-na-cidade-de-vicosamg-video-cicarelli-de-vicosa/>. Acesso em 02/02/2008 e disponível também em <http://imperador.org/video-de-casal-fazendo-sexo-em-elevador-cicarelli-de-vicosa/>. Acesso em 02/02/2008 e <http://enciclopediadaputaria.blogspot.com/2007/11/fotos-sexo-no-elevador-na-cidade-de.html>. Acesso em 03/02/2008. Outros episódios semelhantes como “Transando em público”; “Flagra no estacionamento! Casal transando entre carros”; “Flagra de motoboy transando com atendente no escritório” e “Flagra: casal transando em estádio de futebol” estão disponíveis na rede mundial de computadores, demonstrando como os milhares de olhos do “Big Brother” estão permanentemente atentos a todos os fatos, a fim de que com um pequeno “click” a vida cotidiana do cidadão comum, inclusive suas mazelas, estejam disseminadas por todo o mundo em uma questão de segundos. (Disponível em: <http://enciclopediadaputaria.blogspot.com/search/label/flagras>. Acesso em 04/02/2008.)

Comunicação e You Tube Inc. A ação judicial foi proposta perante a 23ª Vara Cível da Comarca de São Paulo Capital e julgada improcedente a tutela inibitória, sendo, ainda, objeto de análise do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Agravo de Instrumento 472.738-4, julgado procedente pela 4ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, tendo como Relator o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani¹⁴.

A tese que prevaleceu, portanto, no julgamento de 28 de setembro de 2006 perante a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo foi a de que a modelo Daniella Cicarelli e seu namorado têm sim o direito de resguardar suas imagens e privacidade. Por maioria dos votos, a Turma julgadora deu provimento ao recurso apresentado pelos Agravantes para que os Agravados retirassem do ar as cenas de namoro do casal¹⁵.

¹⁴ Voto: 10448; Agravo: 472.738-4; Comarca: São Paulo; Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani (4ª Câmara Direito Privado); Agravantes: Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos; Agravados: Internet Group do Brasil Ltda, Oranizações Globo de Comunicação e You Tube Inc. **Ementa:** Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – **Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação** [art. 273, do CPC] – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC – Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (grifos nossos)

¹⁵ É válido ressaltar, no entanto, o voto divergente do Revisor Desembargador Maia da Cunha que defendeu tese contrária afirmando não ter havido, por parte do casal flagrado, a menor preocupação em preservar o direito de imagem, considerando, portanto, que os agravantes, como pessoas públicas, ao resolverem agir como agiram, abriram mão da intimidade e da privacidade, uma vez que sabiam que em uma praia, com tanta gente, corriam o risco de não terem a sua imagem preservada. Assim, nos próprios termos expostos em seu voto divergente, tem-se que: “[...] Não encontro a prova da verossimilhança das alegações que se destinam a obrigar as agravadas a retirar das suas páginas eletrônicas o filme em que estão retratados alguns minutos de gravação contendo os autores em apaixonada troca de carícias, beijos e abraços que terminaram num sensual banho de mar. Cabe lembrar que os temas de direito não podem ser discutidos sob ótica que não seja absolutamente contemporânea aos tempos vividos, em que a velocidade da internet se somou aos demais meios de comunicação social, e, inegavelmente, pela velocidade, com grande supremacia em termos de veiculação de fatos de interesse geral da coletividade. A rede mundial que compõe a internet traz a lume toda a modernidade dos novos tempos, mostrando instantaneamente os fatos e os acontecimentos públicos havidos em qualquer parte do planeta, na mais perfeita demonstração de que o homem, no que se refere à informação avançou de modo inexorável para o Século XXI. A análise de qualquer direito fundamental que não considere este novo veículo de comunicação será inadequada como forma de traduzir o também novo sentimento jurídico acerca de qualquer tipo de censura ligado às empresas nacionais que mantêm páginas na internet, esta maravilhosa rede de computadores que encurtou todas as distâncias, que fez o tempo passar tão velozmente a ponto de o furo de reportagem da manhã estar envelhecido no começo da tarde, e em que o mundo, com os seus fatos importantes e de interesse geral da sociedade, aparece a um clique na tela do computador pessoal de cada cidadão. [...] Nesse contexto novo, não se pode cogitar de direito à privacidade ou à intimidade quando os autores, apesar de conscientes de serem figuras públicas, em especial a modelo Daniela Cicarelli (e quem a acompanha evidentemente não ignora o fato), se dispõem a protagonizar cenas de sensualidade explícita em local público e

Neste ponto é interessante observar alguns argumentos levantados pelo Relator em seu voto dando provimento ao pedido dos Agravantes:

[...] não custa realçar a importância dos direitos da personalidade no estágio atual do Direito. O direito à imagem, antes do Código Civil, era protegido graças ao empenho dos doutrinadores, como CARLOS ALBERTO BITTAR, que sempre defendeu o conceito de resguardo da intimidade e da imagem retrato, ainda que em se cuidando de pessoas famosas, como artistas, que, igualmente, não merecem testemunhar agressões de sua imagem em revistas de sexo, de pornografia e ilustrações de textos indecorosos [*Os Direitos da Personalidade*, 2ª edição, Forense Universitária, 1995, p. 91]. Aliás, sobre essa circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. 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” [GILBERTO HADDAD JABUR, “A dignidade e o rompimento da privacidade”, *in Direito à Privacidade*, Idéias e Letras, 2005, p. 99]. [...] O direito à imagem sofre, não se discute, temperamentos. Não é absoluto, embora de cunho potestativo [somente o titular poderá dele dispor, mediante consentimento] cede frente ao interesse público preponderante. A pessoa não poderá se opor, por exemplo, que sua imagem-retrato seja incluída como parte de um cenário público, como quando é fotografada participando de um evento público, de uma festa popular, de um jogo esportivo, etc. Alguns segredos de pessoa notória podem ser contados e não filmados, com a descrição necessária, em obras biográficas, como anota, na Itália, LUIGI GAUDINO [*La responsabilità extracontrattuale*, Giuffrè, Milano; 1994, p 248]: “sarà cioè lecita la narrazione della biografia, non già la trasposizione cinematografica di episodi della sfera intima di una persona riproposti esclusivamente per appagare la curiosità altrui”. Contudo, como adverte a Professora MARIA HELENA DINIZ [“Direito à imagem e sua tutela”, *in Estudos de Direito de Autor*, Forense Universitária, 2002, p. 101], essa restrição é legítima quando a figura da pessoa não é destacada com insistência, pois o objeto da licença é o de divulgar uma cena em que a imagem da pessoa seja parte integrante [secundária]; aqui, no entanto, o que se verifica é a exploração das imagens das pessoas na praia e não o contrário. Ficou conhecida, na Itália, a sentença que responsabilizou o conhecido canal RAI de televisão, por reproduzir imagem ridícula de torcedor de futebol, captada em pleno estádio “precisamente con un dito infilato nella boca” [GIOVANNA VISITINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Milano; 2005, p. 468]. [...] Não é permitido afirmar, de forma categórica, no intróito da lide, que os jovens que protagonizaram cenas picantes não possuem direito de preservar valores morais, como o de impedir que esses vídeos continuem sendo acessados por milhares de

badalado como é a praia em que estavam, uma das que compõem o que se poderia chamar de riviera espanhola, situada na Costa da Andaluzia, no município de Cádiz. 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.” (grifos nossos)

internautas, porque isso constrange e perturba a vida dos envolvidos, como relatado nos autos. E, na dúvida sobre o direito preponderante, “o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a *posteriore*, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto” [SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada*, RT, 2000, p. 95]. No caso em apreço, segundo consta dos autos, a exposição da imagem dos autores é do tipo que causa depreciação, com ofensa ao resguardo e a reserva, porque são filmagens que estão sendo transmitidas como forte apelo sexual e com sentido obsceno. Nessa situação, lembra ADRIANO DE CUPIS, o consentimento da pessoa, com a exposição de imagem lesiva à honra, é obrigatoriamente exposto e específico [*Os Direitos da Personalidade*, Lisboa, 1961, p. 140], conceito que se aplica à hipótese, pois, ainda que eles não proibissem a indiscrição dos *paparazzi*, como se aventou, deveria existir concordância deles para a publicação dos lances íntimos, porque depõem contra o resguardo da privacidade. [...] os autores da ação querem preservar direitos tutelados pela Constituição Federal, de modo que as cenas de suas vidas privadas não podem ser mais veiculadas. O interesse do público não é mais importante que a evolução do Direito da intimidade e da privacidade e que estão sendo séria e gravemente afetados pela exploração da imagem. [...] (grifos nossos)¹⁶

Considerando os exemplos mencionados (o caso da jovem coreana e o de Daniella Cicarelli), assim como os fundamentos da citada decisão judicial em contraposição a uma visão tradicional e binária sobre a privacidade, esta divide o mundo em duas realidades bem distintas, o público e o privado. De acordo com uma visão tradicional, se uma pessoa se encontra em um local público ou aberto ao público, como em um vagão de metrô ou em uma praia, por exemplo, ela não pode mais ter qualquer expectativa de privacidade. Se o indivíduo está em público, está se expondo aos demais indivíduos e não pode esperar qualquer privacidade nesse momento. Caso realmente ele deseje a privacidade, deve se refugiar em seu lar (SOLOVE, 2007:163), como a máxima inglesa “my home is my castle”. Todavia, a moderna tecnologia impõe um severo desafio a essa visão tradicional e binária que se estabeleceu sobre a privacidade. Em uma sociedade repleta de câmeras de vigilância nos espaços públicos e privados, muitas delas permanentemente conectadas a sites na internet, o conceito do que seria uma exposição pública já não pode ser mais o mesmo.¹⁷

¹⁶ Voto: 10448; Agravo: 472.738-4; Comarca: São Paulo; Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani (4ª Câmara Direito Privado).

¹⁷ Uma sociedade que conhece o fenômeno “You Tube”, um site que tem a liderança na internet com a exposição de vídeos enviados pelos internautas, no qual pessoas do mundo inteiro estão acessando mais de cem mil vídeos por dia, no qual existe uma base diária onde as pessoas

Nas suas atividades diárias e comuns, os indivíduos têm uma certa expectativa de anonimato. Ao fazer compras em um supermercado, em uma loja de departamentos ou em uma farmácia, ao caminhar pelas ruas ou passear pelas praias e praças da cidade, os indivíduos trazem consigo uma sensação de anonimato, a sensação de serem mais um em uma multidão. Mesmo nesses ambientes de vida em público, os indivíduos praticam suas condutas diárias e comuns como se fosse em um contexto particular, diante de um pequeno grupo de pessoas.

No entanto, na Era da Tecnologia as informações sobre o que o indivíduo comprou, em quais estabelecimentos esteve, o que estava fazendo em uma farmácia, quais eram os remédios indicados em sua receita médica, qual a sua doença, qual o seu nome, endereço, características físicas, entre outros dados, podem ser coletados através de câmeras e sensores e divulgados imediatamente através de celulares e, principalmente, pela rede mundial de computadores. Assim, uma fotografia, por exemplo, permite a disseminação de uma imagem não apenas para um número maior de pessoas em um mesmo contexto ou em uma mesma comunidade, mas também a divulgação entre públicos diferentes, entre aldeias diferentes ao redor do mundo.

E desta forma, uma conduta que muitas vezes seria apropriada em um determinado ambiente pode ser inadequada e incompreensível em outro ambiente, gerando, por conseguinte, situações embaraçosas para aquele cuja imagem foi divulgada. Há diferentes normas sociais para diferentes situações e a divulgação instantânea de dados e imagens fora de seu contexto original representa um grande risco à proteção da privacidade.

Neste aspecto, segundo SOLOVE (2007:166), a privacidade é um complexo de normas, expectativas e desejos, que vai muito além da simples colocação de que, se o indivíduo encontra-se em público, ele abre mão do direito à privacidade.

Muitos indivíduos, mesmo os artistas e celebridades, quando estão em público não desejam ser fotografados ou ao menos não desejam que sua imagem seja divulgada para milhões de outras pessoas pela internet. Muitos não desejam que suas conversas tidas em espaços públicos com mais uma ou duas pessoas

adicionam mais de sessenta e cinco mil vídeos (SOLOVE, 2007:164), não pode mais separar em mundos absolutamente distintos o público e o privado.

sejam gravadas e se tornem de conhecimento de outras milhares de pessoas após divulgadas pelos meios de comunicação. Antes da Era da Tecnologia, o transitar de uma pessoa por espaços públicos poderia fazer com que sua imagem e suas conversas fossem vistas e ouvidas por terceiros, mas por uma quantidade bem pequena de terceiros, apenas por aqueles que estivessem fisicamente mais próximos.

Atualmente, diante de todo potencial tecnológico que envolve a sociedade, os passos mais banais do dia-a-dia de um indivíduo podem instantaneamente ser divulgados para milhares de outras pessoas no mundo inteiro. Sendo assim, o entendimento de que a privacidade deve ser garantida tão somente entre as quatro paredes da propriedade de um indivíduo, apenas no recanto do seu lar não deve mais subsistir. Há que se falar também em privacidade nos espaços públicos. A proteção ao indivíduo, a suas características íntimas e pessoais, a suas condutas particulares, não pode ser totalmente desconsiderada pelo simples fato de o indivíduo estar exposto em um ambiente público. O indivíduo carrega consigo, e não só em seu lar, o seu direito à privacidade. O fato de o local ser aberto ao público não elimina a expectativa de privacidade do indivíduo.

No entanto, quando se passa a reconhecer a privacidade em público, surge, segundo SOLOVE (2007:169), o seguinte questionamento, em qual proporção? Aquilo que é feito em público é de fato público, então, em qual proporção deve-se garantir neste ponto a privacidade? Não há uma resposta pronta nem tampouco uma regra pré-estabelecida a ser aplicada e a expectativa de resolução desta questão depende de cada circunstância em particular. O que não pode mais ocorrer é a aplicação da tradicional divisão binária entre o público e o privado, pois apesar de coadunar uma regra clara e de fácil resolução, a simplicidade dessa visão é atualmente incompatível com a Era da Tecnologia. Assim, para o autor (SOLOVE, 2007:187-191), a privacidade deve ser reconhecida em público, assim como deve ser reconhecido que a privacidade envolve o respeito ao acesso, ao segredo e ao controle, abandonando, pois, o arcaísmo da aplicação da regra binária.

Desse modo, aliado ao pensamento de DONEDA (2006) de que a justificação jurídica do direito à privacidade deve estar atrelada a um processo histórico, a um enquadramento espacial desse direito fundamental e, ainda, ao pensamento de WHITMAN, quando afirma serem escorregadias as questões que

envolvem a privacidade, mudando de tempos em tempos, sofrendo influências das idéias e ansiedades locais de sociedade em sociedade, pode-se concluir que a privacidade tem um caráter espacial, histórico e, por mais que não se consiga obter um conceito absoluto e universal sobre esse direito, é possível contextualizá-lo de maneira a melhor protegê-lo em cada sociedade.

Sendo assim, para a sociedade contemporânea, em sua Era da Tecnologia, com a demasiada exposição da imagem e vida privada dos indivíduos às câmeras de vigilância, sensores, gravadores, entre outros, em todos os espaços, o direito fundamental à privacidade deve ser garantido não só nos limites das quatro paredes de um lar, onde há recato e segredo, mas também nos espaços públicos ou abertos ao público, nos quais os indivíduos se encontram permanentemente em contato e expostos uns aos outros, uma vez que cada um carrega consigo a sua privacidade e não vincula esta proteção apenas ao espaço do seu lar. A máxima “my home is my castle” pode e deve ser repensada, evoluindo quem sabe talvez para uma máxima “I am my castle”¹⁸.

4.5.1

Privacidade versus Segurança

Até o presente momento a abordagem deste capítulo foi no sentido de buscar fundamentos para a construção de uma visão sobre a privacidade aplicada à sociedade contemporânea. A partir de agora, busca-se uma análise do direito fundamental à privacidade contraposto ao direito fundamental à segurança, tendo como base a realidade fática de que, em decorrência da crescente violência nos grandes centros urbanos, o monitoramento através de câmeras, que capta diuturnamente a imagem das pessoas, vem sendo adotado em larga escala, em espaços públicos e privados, como política de prevenção e combate à violência. Busca-se, então, saber até que ponto pode-se restringir a privacidade dos indivíduos em prol da segurança da população nas cidades.

¹⁸ A proteção ao direito fundamental a privacidade, nos moldes previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, deve, pois, se preocupar com o olhar atual sobre esse direito ora abordado, sob pena de transformar a Constituição Brasileira de uma constituição escrita em uma mera constituição de papel (LASSALE, 2001), mascarando a vontade da Constituição e sua força normativa (HESSE, 1991).

Para este debate e como especial exemplo tem-se a discussão atual sobre a implantação do SINIAV (Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos) na cidade de São Paulo, uma boa e atual demonstração do conflito entre privacidade e segurança.

A Prefeitura do Município de São Paulo será a primeira a implantar o SINIAV (Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos), exigido pelo Código de Trânsito Brasileiro, com a instalação gratuita de chips para identificação eletrônica dos veículos da capital paulista, visando aumentar a segurança da população e possibilitar planejamento e controle de tráfego mais inteligentes. Esse Sistema deve entrar em vigor em maio de 2008 implantando etiquetas eletrônicas nos veículos, nas quais serão gravados o código de identificação e dados do automóvel (placa, número do chassi e código Renavam) e, ainda, implantando antenas dotadas de sensores capazes de captar os dados dessas etiquetas pelas ruas da cidade. Haverá uma estação informatizada para receber e gerenciar as informações enviadas por essas antenas. Assim, as informações do veículo serão detectadas e retransmitidas para a estação de gerenciamento, que as armazenará em um sistema criptografado (código secreto), garantindo seu absoluto sigilo¹⁹.

No entanto, com a implantação do mencionado sistema torna-se legítima a preocupação com a preservação do direito à privacidade, uma vez que a multiplicação de tecnologias de identificação eletrônica, apesar dos efeitos benéficos para o controle do tráfego e da segurança, aumenta os riscos de violação aos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada.

Para MORAES (2007),

O Siniav respeita a Constituição Federal e a razoabilidade, pois observa a proporcionalidade, a justiça e a adequação entre os meios utilizados pelo poder público (obtenção dos dados) no exercício de suas atividades administrativas (autoridade de trânsito) e os fins almejados (segurança da população e planejamento do trânsito), levando em conta critérios racionais e coerentes (instalação gratuita de chips).

E isso porque, segundo o mesmo autor, essas informações sobre os dados do veículo e o local, o dia e a hora em que trafegou, somente poderão ser utilizadas para as finalidades previstas em lei, ou seja, somente para possibilitar às

¹⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. **O chip e a privacidade**. 07 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0710200702.htm>. Acesso em: 18 out. 2007.

autoridades de trânsito a identificação de veículos irregulares (falta de licenciamento, dívida de IPVA, multas não pagas), a localização de veículos furtados, roubados ou utilizados em seqüestros-relâmpago, além de garantir a otimização de gestão no tráfego, pois as informações recebidas permitirão a criação de rotas alternativas, a reprogramação de semáforos e, ainda, algumas outras medidas de engenharia de trânsito. Em hipótese alguma haverá a possibilidade de utilização dos dados para fins não previstos no Código Brasileiro de Trânsito ou sua divulgação, em respeito ao sigilo garantido pela Constituição e à proteção legal ao direito à intimidade e à vida privada. (MORAES, 2007)

Já COSTA (2007) ressalta que, no caso do chip para os carros, as autoridades estaduais e municipais confirmam que podem armazenar o número de série do veículo, a placa, o chassi e o código Renavam e que têm capacidade de mapear o trajeto realizado, trazendo tal fato a preocupação de que, neste primeiro momento, a captura e o armazenamento de dados pode acabar expondo a privacidade das pessoas. Uma vez armazenados os dados, estes podem vir a sofrer tratamento automatizado com resultados devastadores sobre a privacidade do motorista. Aliado a isso, se a tecnologia permite a transmissão de informações entre o chip e as antenas, há a preocupação de que terceiros possam interceptar a comunicação, apropriando-se dos dados, inclusive para monitoramento das vias por onde um determinado veículo costuma passar, podendo levar, assim, ao atendimento de interesses escusos.

Dessa forma, hoje o sistema é empregado para ações vinculadas ao trânsito, mas uma vez instalada a infra-estrutura, quem é capaz de assegurar que dentro em breve, em torno de dois ou três anos, seu uso não será destinado a objetivos diversos dos iniciais? Esta deve ser uma preocupação legítima de todos os cidadãos que passam a ser cada vez mais vigiados pelo Estado.

Fazendo um paralelo com a sociedade imaginada por ORWELL (2004) com o seu sistema onipresente que tudo vê e tudo controla, COSTA (2007) alerta que atualmente a segurança eletrônica junto à adoção de determinadas leis podem tornar o fenômeno “Big Brother” uma realidade às vezes não tão desejada assim e ressalta, ainda, que o importante a toda tecnologia é servir a seus propósitos sem constituir uma ameaça aos direitos fundamentais dos cidadãos, como a privacidade e a intimidade.

Neste viés, para HOLTZMAN (2006) a privacidade vem diminuindo, vem sofrendo uma rápida retração frente às inovações tecnológicas atuais. A tecnologia tem provocado uma erosão mais ágil sobre a privacidade do que o sistema legal é capaz de protegê-la. E, para o autor, essa tendência não é reversível por nenhum caminho mais óbvio e o direito fundamental à privacidade tal qual era conhecido até então está perdido!

Ainda segundo a opinião do autor (HOLTZMAN, 2006), a questão bipolar entre a garantia da segurança pública e a proteção à privacidade pode ser a mais importante do século XXI dentro da elaboração de políticas públicas. Ressalta que as pesquisas de opinião indicam que as pessoas encontram-se ansiosas para abrirem mão do seu direito à privacidade desde que em troca possam usufruir de segurança no seu dia-a-dia e se verem livres da sensação de medo que as acompanha constantemente. No entanto, adverte que os danos causados pela perda da privacidade podem alcançar outras áreas de extrema importância para o indivíduo que não apenas a privacidade em si. Por exemplo, comenta o autor que a habilidade de guardar para si os próprios pensamentos e opiniões é o que permite ao indivíduo expressá-las em público sem medo de repreensões e é o direito à privacidade o responsável por garantir aos indivíduos o exercício pacífico de direitos como a liberdade de expressão e a liberdade de religião.

Assim, analisando não só a questão do SINIAV (Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos), mas focalizando no tema do presente trabalho, qual seja, o crescente monitoramento através de câmeras sobre os indivíduos nos espaços públicos e privados a fim de garantir a segurança e coibir as práticas de violência nos grandes centros urbanos ao redor do mundo, pergunta-se: o direito fundamental à segurança não estaria se contrapondo ao direito fundamental à privacidade? A busca por uma segurança cada vez maior não estaria colidindo com a privacidade dos indivíduos, lesando-a e restringindo-a? Neste ponto, valendo-se de uma análise constitucional dos direitos fundamentais à privacidade e à segurança, é possível afirmar que existe um conflito? E, existindo, qual a melhor maneira para a solução dele?

Diante do fato de que segurança e privacidade são ambos direitos fundamentais e especialmente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão protegidos de forma expressa (artigo 5º, caput; artigo 5º, X e artigo 6º) e considerando ainda que não são intocáveis e absolutos, principalmente

porque o homem vive em sociedade e em permanente contato com outros sujeitos que gozam das respectivas garantias e prerrogativas que defluem do Estado Democrático de Direito (VIZZOTTO, 2006:135), torna-se evidente a hipótese de conflito e eventual choque entre esses direitos.

É importante, pois, observar que para a Teoria dos Direitos Fundamentais a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (principalmente choque e conflito entre direitos) é a diferenciação entre regras e princípios. Trata-se aqui de uma distinção entre dois tipos de normas, pois ambos, princípios e regras, são normas no sentido de que dispõem sobre o que “deve ser”, são razões para juízos concretos do “dever ser”, ainda que sejam razões um tanto ou quanto diferentes (ALEXY, 2002:81).

Princípios são, portanto, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandatos de otimização, e não mandatos definitivos, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e a exata medida desse cumprimento depende, pois, não só das possibilidades reais como também das possibilidades jurídicas em questão. O fato de que um princípio vale e deve ser aplicado para um caso concreto não significa que o exigido por esse princípio para este caso concreto possa valer como resultado definitivo para outros casos, pois os princípios podem apresentar razões que serão, em dado caso, desconsideradas por razões opostas. As regras, por sua vez, são normas que podem ser cumpridas ou não, são válidas ou inválidas. Elas possuem determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível e, sendo uma regra válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Isso significa que a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau, sendo que toda norma ou é uma regra ou é um princípio. (ALEXY, 2002:86-87)

A distinção entre princípios e regras se dá de forma mais clara quando se observa a colisão entre princípios e os conflitos de regras, sendo comum a ambos os casos o fato de que duas normas aplicadas de forma independente conduzem a resultados distintos e incompatíveis, ou seja, conduzem a dois juízos de “dever ser” juridicamente contraditórios. A forma de solução destes conflitos, porém, é diferente. Para efeito desse trabalho os direitos fundamentais são concebidos primordialmente como princípios e não regras, portanto será aplicada, no caso da colisão entre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à

segurança, a Teoria dos Princípios e a ponderação que são instrumentos capazes de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem, no entanto, introduzir uma rigidez excessiva²⁰.

Assim, quando, consoante o que dispõe um princípio, ‘algo’ é permitido e, de acordo com um outro princípio, esse mesmo ‘algo’ está proibido, ambos entram em colisão e um dos dois terá que ceder perante o outro. No entanto, isso não significa que o princípio desconsiderado será declarado inválido ou que será introduzida para ele uma cláusula de exceção, mas sim que, diante destas circunstâncias, a aplicação de um princípio deve preceder à aplicação do outro e, quando as circunstâncias que envolverem o caso forem outras, a solução poderá ser dada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios são dotados de diferentes pesos e que a solução para a colisão de princípios deve primar pela aplicação do de maior peso. Desta forma, enquanto os conflitos de regra são levados a cabo pela dimensão da validade, a colisão de princípios leva em conta a dimensão de peso (ALEXY, 2002:89). Portanto, quando se está diante de princípios que possuem abstratamente o mesmo nível, o mesmo nível constitucional como, por exemplo, a segurança e a privacidade, entre os quais não existe uma relação absoluta de precedência, deve ser aplicado aquele direito fundamental que, no caso concreto, naquele caso em especial, possui o maior peso, levando em conta, ainda, as condições mediante as quais um princípio precederá o outro, sendo este instrumento conhecido como ponderação²¹.

²⁰ Consoante o proferido por Alexy em conferência realizada no Rio de Janeiro e citada por MENDES (2004:26), a diferença entre princípios e regras se dá de acordo com a Teoria dos Princípios, observando que “[...] princípios são normas que permitem que algo seja realizado da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização e [...] podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. [...] Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São postulados definitivos. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.” (grifos nossos)

²¹ Não há que se falar, portanto, em resolução de conflitos entre direitos fundamentais através da aplicação de um critério hierárquico entre os mesmos, uma vez que a imposição de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos fundamentais acabaria por desnaturá-los por completo, desconfigurando a própria Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico. (MENDES, 2004:80)

Na busca pela solução de uma colisão de princípios, segundo ALEXY (2002:111), não deve ser deixada de lado a máxima da proporcionalidade, diretamente conectada à Teoria dos Princípios, e suas três máximas parciais: a adequação (relação entre os meios utilizados e os fins almejados), a necessidade (postulado do meio mais benigno, mais suave e menos restritivo) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dita). A aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, é a alternativa mais adequada para que se efetue esta ponderação no caso concreto e essencial para que se possa alcançar um resultado equilibrado e coerente com o Estado Democrático de Direito (VIZZOTTO, 2006:141), uma vez que quando dois princípios entram em colisão, a aplicação de um implica a redução no campo de aplicação do outro.

A adoção cada vez em maior escala de um monitoramento dos indivíduos através de câmeras em espaços públicos e privados com o intuito de garantir a segurança nestes espaços e coibir as práticas de violência e de atividades ilícitas demonstra, portanto, uma clara colisão de princípios, uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (MENDES, 2004:78), na qual as medidas tomadas para a consecução do direito fundamental à segurança afetam o âmbito da proteção ao direito fundamental à privacidade. Sendo assim, passa-se agora a uma reflexão sobre ambos os direitos e, enfim, por uma análise sob a ótica da ponderação segundo os critérios aventados por ALEXY (2002).

Observa-se, pois, que um perigo a longo prazo que pode atingir uma sociedade que se vê diante de uma perda total da privacidade é o império da mediocridade, com o fim de uma cultura fundada na criatividade e na liberdade de pensamento. O simples fato de existir uma tecnologia que permite o controle permanente da sociedade através do monitoramento por câmeras ou mesmo por chips, a fim de garantir a segurança, não significa que ela deva ser aplicada em todo o seu potencial. Não é porque a tecnologia diz que um controle pode ser feito que ele necessariamente tem de ser feito, porque diante disso há o risco de que a utilização de um padrão de comportamentos contínuos de erosão da privacidade gere danos à cultura que envolve os indivíduos, limitando-os enquanto sociedade. (HOLTZMAN, 2006:37-39)

Independente do conceito ou da visão adotados para a caracterização da privacidade, é pacífico afirmar que a violação à privacidade é uma violação a um direito das pessoas consideradas individualmente, mas HOLTZMAN (2006:41)

ressalta, de forma válida e coerente, que tal violação também é capaz de afetar a sociedade em si e isso porque quando um indivíduo perde o controle sobre as informações a seu respeito, ele muda o seu modo de agir e se torna mais cuidadoso. O efeito cumulativo deste ‘tornar-se mais cuidadoso’ no plano individual leva a uma mudança de comportamento da sociedade em geral.

A sociedade como um todo se beneficia quando existe um exercício de uma cidadania segura, uma vez que neste momento as pessoas são mais criativas e mais produtivas e não estão preocupadas em prestar atenção e olhar por sobre seus próprios ombros. É difícil se sentir seguro quando há a real percepção de que algo pode acontecer a qualquer momento, é difícil ser criativo quando se tem medo de que esta criatividade seja mal interpretada por terceiros em algum momento futuro e se volte de forma danosa contra você mesmo. Quando a pessoa não sabe se está sendo observada ou quando está sendo observada, ou mesmo quando tem a certeza de estar sendo observada a todo tempo, tais situações são dignas de insegurança e enervantes para o indivíduo. A ausência de privacidade leva a um risco reverso para a cultura de uma sociedade. (HOLTZMAN, 2006: 42-43)

Na opinião proferida por HOLTZMAN (2006:48), quando é dado à tecnologia o poder de tomar decisões que levem à violação da privacidade dos indivíduos, a sociedade sofre duplamente as conseqüências. Em um primeiro momento porque as pessoas são rotuladas pelas máquinas que as observam e controlam. As informações pessoais captadas pela tecnologia são analisadas por este mesmo sistema de tecnologia e não por seres humanos. E, em um segundo momento, quando as pessoas têm a certeza de que se encontram permanentemente vigiadas pela tecnologia e que esta tecnologia é capaz de rotulá-las, elas passam a agir com cautela e em conformidade com as regras impostas pelo próprio padrão tecnológico adotado. Sendo assim, estas violações à privacidade que de fato levam à perda da própria privacidade, corroem também a criatividade e a inovação que fazem uma sociedade vibrar.

As pessoas passam a agir de forma diferente quando têm a consciência de que estão sendo filmadas e vigiadas. Dessa forma, o destino deste tipo de sociedade seria viver em um mundo no qual os indivíduos caminham pela vida prestando estrita atenção aos seus próprios passos, contando e analisando tais passos no intuito de atender aos rótulos esperados e impostos institucionalmente por esse sistema de vigilância, esquecendo por completo como os seres humanos

deveriam tomar suas próprias e autênticas decisões. O resultado dessa sociedade seria, na melhor hipótese, o de uma sociedade de cautela, avessa ao risco e, na pior hipótese, o de uma sociedade completamente conformada. E uma sociedade que perde seus membros mais especiais, aqueles de maiores dons de criatividade e inovação, ainda seria uma sociedade capaz de crescer e se desenvolver? (HOLTZMAN, 2006:50-53)

O maior prejuízo quando se abre mão do direito à privacidade é certamente o efeito colateral que tal fato pode gerar, pois a ausência de privacidade resulta também na ausência de dignidade e respeito pelos cidadãos e, se todas as condutas destes cidadãos são gravadas, julgadas e talvez utilizadas contra eles mesmos, neste momento não há mais o que se intitula como liberdade. E neste ponto encontra-se o maior risco da bipolaridade entre segurança pública e privacidade! Optar por uma aplicação em maior grau, em maior peso, do direito à segurança (opção claramente plausível em uma sociedade inserida na era do medo, que vive uma sensação permanente de insegurança) significa não só a depreciação da privacidade, ou melhor dizendo, sua aplicação em menor proporção, uma vez que os direitos fundamentais não são excludentes nem tampouco diretamente conflituosos, como também a depreciação da liberdade em todos os seus sentidos.

Portanto, é válido ressaltar a análise de MENDES (2004:03),

Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

Assim, não há que se falar apenas em bipolaridade, uma vez que a disputa real envolve não só segurança, não só privacidade, mas também e principalmente a liberdade. Não se trata de uma colisão entre dois direitos fundamentais, e sim de uma colisão na proporção de aplicação de um (segurança) em contraposição a outros (privacidade, liberdade, dignidade). Sendo assim, a identificação precisa do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental, no caso a privacidade, exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

Desta feita, questiona-se, o instrumento que vem sendo adotado para a consecução da segurança, qual seja, a videovigilância, é um instrumento adequado?

Não há como negar a alta intensidade no uso da videovigilância e, ainda, a sua intervenção constante sobre o comportamento e a vida cotidiana dos indivíduos. O alto índice de instalação de câmeras nos espaços públicos e privados contribui para a consolidação de uma sociedade vigiada, de uma sociedade de controle, desprovida cada vez mais das manifestações espontâneas de seus membros e, portanto, mesmo que se pudesse afirmar que a videovigilância é capaz de reestabelecer de forma eficiente e completa a segurança da população (e não só um simples reestabelecimento de uma sensação de segurança) e levar ao fim a era do medo, o que é passível de questionamento e de fato não é a realidade atual, mesmo assim este não seria o meio mais adequado para o alcance do fim desejado, ou seja, para o alcance da segurança, pois a videovigilância contribui em larga escala para a consolidação de uma sociedade civil gelatinosa e frágil, como a sociedade abordada por DORNELLES (2003: 129) e o fator insegurança estará sempre presente nessas sociedades.

Ainda, a restrição que a videovigilância gera sobre o direito à privacidade é necessária? Existiriam outros meios menos gravosos?

Quanto maior o uso da videovigilância mais incisiva deve ser a fundamentação sobre a sua necessidade, mas uma fundamentação plausível é difícil de ser encontrada nesse caso, uma vez que outros meios e instrumentos poderiam ser desenvolvidos, inclusive dentro das próprias políticas públicas de segurança e até de educação com o intuito de coibir a insegurança sem que a sociedade precisasse ser transformada em uma sociedade de controle, sem que os indivíduos fossem obrigados a subjugar sua privacidade, sua liberdade e sua dignidade ao permanente olhar de um 'Big Brother'. Outros meios que conseguissem conjugar a construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais espontânea e democrática a uma sociedade ao mesmo tempo segura seriam por certo mais benéficos e menos gravosos à proteção dos direitos fundamentais.

E mais, a restrição à privacidade obedece à proporcionalidade em sentido estrito?

Para responder a tal questionamento faz-se necessária a estrita ponderação entre a garantia da segurança ou a proteção à privacidade e, se como exposto

acima, a aplicação em maior grau do direito à segurança é capaz de ferir não só a privacidade mas também, como efeito colateral, a liberdade e a dignidade do indivíduo, não é razoável que a segurança prepondere neste caso concreto da discussão sobre a videovigilância. O maior peso de aplicação deveria ser o do direito à privacidade, pois uma sociedade que preserva o íntimo, a liberdade e a dignidade de seus indivíduos acaba sendo uma sociedade muito mais sólida e responsável por uma interação espontânea e democrática entre seus membros sendo, por conseguinte, mais preparada e capaz de desenvolver instrumentos para a realização da segurança.

Além de todo o exposto e enfatizando o entendimento do presente trabalho pela aplicação de uma ponderação em prol do direito fundamental à privacidade, é válido ressaltar o disposto por MENDES (2004:95) ao analisar a questão da colisão de direitos:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação de cláusulas pétreas (CF, art. 60, parágrafo 4), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art 1, III). Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).

E mais, considerando o mencionado por VIZZOTTO (2006), sobre a busca de uma solução para o caso concreto de uma colisão de princípios, tem-se que, a melhor resposta possível é o princípio da proporcionalidade e, ainda,

Não podemos nos esquecer da frase de Thomas Jefferson, em correspondência enviada a James Madison, no sentido de que ‘uma sociedade que troca um pouco de liberdade por um pouco de ordem acabará por perder ambas, e não merece qualquer delas’. A manutenção dos direitos e garantias fundamentais, dentro de um dado ordenamento jurídico, evidentes que consideradas as características de cada caso concreto que se apresenta ao operador do direito, é a certeza de que a democracia e a dignidade humana não serão atingidas de modo fatal e irreversível.