

A *PRIVACY* NORTE-AMERICANA E A RELAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

Fernanda dos Santos Macedo *

Michelle Dias Bublitz **

Regina Linden Ruaro ***

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A Privacy Norte-Americana: Noções Introdutórias; 3 A Definição de Privacy; 4 A Privacy na Ordem Jurídica Norte-Americana; 5 Paralelo Entre a Privacy Norte-Americana e o Direito Brasileiro; 6 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo objetiva estudar o surgimento da *privacy* norte-americana e a relação com o direito brasileiro. O motivo desta temática revela preocupação com o tratamento que a proteção dos dados pessoais recebe, seja da doutrina, seja da jurisprudência brasileira. Nesse sentido, percebe-se certa ligação entre o direito à privacidade e à intimidade com a proteção de dados pessoais, uma vez que as relações entre as pessoas, os órgãos públicos e as entidades privadas ou não governamentais estão cada vez mais exigentes quanto ao arquivamento de dados. Assim, a preocupação com a proteção da privacidade nunca foi tão grande como no presente. De fato, a sociedade da informação e da vigilância em que se vive alteram quantitativamente e qualitativamente os paradigmas dos direitos de personalidade. A metáfora do homem de vidro conquista espaço em pleno Estado Social e Democrático de Direito. Por ter o direito brasileiro se referido expressamente à vida privada e à intimidade, aliás, sob influência da *privacy* norte-americana, que não mais deve ser entendida como direito ao isolamento, necessário se faz compreendermos qual a sistematização lhes deve ser atribuída. Ao contrário do que se vem constatando, defende-se aqui a importância de se definir contornos aos conceitos de vida privada e de intimidade sob a perspectiva existencial e não patrimonial, tendo-se como pano de fundo o indivíduo concretamente considerado que, submetido a novas tecnologias, sente necessidade de ser tutelado de forma mais ampla e diferenciada.

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Bolsista CNPq; Pesquisadora voluntária no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS; Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS; Integrante do Grupo de Estudos Processos Coletivos, coordenado pelo Dr. Prof. José Maria Rosa Tesheiner – PUCRS. E-mail: fernanda.macedo10@gmail.com

** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Bolsista da CAPES; Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC; Integrante qualificada como Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas (CNPq) intitulado “*Novas Tecnologias e Relações de Trabalho*”, sob coordenação da Dra. Profa. Denise Pires Fincato, sediada na PUCRS. Integrante qualificada como Estudante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq), sob coordenação do Dr. Prof. Ingo Wolfgang Sarlet e do Dr. Prof. Carlos Alberto Molinaro – PUCRS. E-mail: michellebublitz@gmail.com

*** Docente Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados; *Privacy* Norte-Americana; Direitos Fundamentais.

U.S.-STYLE PRIVACY AND ITS RELATIONSHIP WITH BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: U.S. privacy and its relationship with Brazilian Law are provided. The theme is a concern on the treatment that personal data receive from legal doctrine and Brazilian jurisdiction. There is a certain link between the right to privacy and intimacy and the protection of personal data. This is due to the fact that relationships between people, public and private institutions or non-governmental organizations are becoming highly demanding in data storing. In fact, concern on the protection of privacy is so high currently. Current information and vigilance society change quantitatively and qualitatively the criteria of the rights of the person. The metaphor of the glass man finds its place in the legal social and democratic state. Since Brazilian law refers explicitly to privacy and intimacy under the aegis of U.S. privacy laws, which may not be understood as the right to isolation, it is important to understand which systematization should be attributed to them. Contrastingly to what has been stated, it is relevant to define the concepts of private life and intimacy under an existential rather than a property perspective. The real person, subject to new technologies and feeling the needs for a broader and more differentiated type of tutelage, should be taken into account.

KEY WORDS: Data Protection; U.S.-Style Privacy; Basic Rights.

LA *PRIVACY* ESTADOUNIDENSE Y LA RELACIÓN CON EL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN: Ese artículo objetiva estudiar el surgimiento de la *privacy* estadounidense y la relación con el derecho brasileño. El motivo de esta temática revela preocupación con el tratamiento que la protección de los datos personales recibe, sea de la doctrina, sea de la jurisprudencia brasileña. En ese sentido, se percibe la relación entre el derecho y la privacidad y la intimidad con la protección de datos personales, una vez que las relaciones entre las personas, los órganos públicos y las entidades privadas o no gubernamentales están cada vez más exigentes en relación al archivamiento de datos. Así, la preocupación con la protección de la privacidad nunca fue tan grande como en el presente. De hecho, la sociedad de la información y de la vigilancia en que se vive altera cuantitativamente y cualitativamente los paradigmas de los

derechos de personalidad. La metáfora del hombre de vidrio conquista espacio en pleno Estado Social y Democrático de Derecho. Por haber el derecho brasileño se referido expresamente a la vida privada y a la intimidad, además, a partir de la influencia de la *privacy* estadounidense, que no más debe ser entendida como derecho al aislamiento, necesario se hace que nosotros comprendamos cual es la sistematización que le deber ser atribuida. Al contrario de lo que se viene observando, se defiende aquí la importancia definirse contornos a los conceptos de vida privada y de intimidad desde la perspectiva existencial y no patrimonial, teniéndose como plan de fondo el individuo concretamente considerado que, sometido a nuevas tecnologías, siente necesidad de ser tutelado de forma más amplia y distinta.

PALABRAS-CLAVE: Protección de Datos; *Privacy* Estadounidense; Derechos Fundamentales.

INTRODUÇÃO

As questões envolvendo a definição e os limites da privacidade ocupam – em qualquer sistema social, econômico e político – a pauta de decisões em âmbito jurídico, uma vez que os campos do público e do privado se interligam, sendo necessário preservar a ideia das quatro paredes individuais e indispensável ao desenvolvimento de cada indivíduo, onde este possa cultivar sua intimidade e tomar suas próprias decisões.

O presente trabalho tem por objeto a análise do surgimento e da evolução histórica da *privacy* no direito norte-americano e a relação com o direito brasileiro. A escolha dessa temática deve-se ao fato de que foi nos Estados Unidos que se concebeu a valorização da individualidade como base para todo um sistema social, econômico, político e, por que não, jurídico.

Assim sendo, parece razoável utilizar como a experiência de um sistema jurídico que já há bastante tempo se ocupa em equacionar os enfrentamentos diários relacionados com o direito à privacidade em seus diversos sentidos.

2 A PRIVACY NORTE-AMERICANA: NOÇÕES INTRUDUTÓRIAS

Antes do século XIX, o direito à privacidade não era tutelado de forma direta pelos sistemas jurídicos, na medida em que a falta de complexidade da sociedade

da época não exigia a elaboração de uma norma jurídica sobre a intimidade e a vida privada das pessoas. Até esta etapa histórica, dizia-se haver certo receio de que a proteção a interesses intangíveis, como a tutela da esfera íntima, pudesse levar a uma inundação de litígios no sistema judiciário¹.

Num país ainda predominantemente rural, os danos provocados por boatos e intromissões na vida alheia eram relativamente pequenos, na medida em que não havia ainda os meios de circulação de informação de massa – jornais, rádio, televisão e computadores – e o controle social era mais ou menos severo em relação à extensão da invasão da privacidade das pessoas (por mecanismos morais, não jurídicos). Aliás, a eclosão do *right to privacy* nos Estados Unidos deu-se justamente na substituição de um perfil rural por outro urbano², na medida em que o advento tecnológico, somado às novas interações sociais, trouxera uma série de problemas ligados ao tema da privacidade *lato sensu*. A partir desses acontecimentos, os juristas passaram a preocupar-se com os diretos inatos da personalidade, inclusive com o direito à intimidade e à vida privada.

Importante referir que o surgimento do debate acerca do direito à privacidade teve como origem, nos séculos XVIII e XIX, o crescimento das cidades, a criação de uma sociedade de consumo e o desenvolvimento da tecnologia. Tais acontecimentos exigiram do direito uma tutela jurídica a respeito do tema. Essa proteção se deu, no início, de forma reflexa, isto é, havia o direito à privacidade caso existisse também outros direitos, tais como: direito à propriedade, até alcançar, finalmente, sua posição de direito à personalidade.

Nesse contexto de inovações tecnológicas capazes de tornar a invasão de privacidade mais agressiva e com efeitos mais abrangentes, surge, em 1890, um texto reclamando proteção jurídica para esses casos. De fato, pode-se localizar a origem da proteção à privacidade na *Common Law* não num *case* em específico, mas em um artigo publicado por dois jovens juristas, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, na *Harvard Law Review*, intitulado *The right of privacy*³. O texto, que inicia com a afirmação de que do direito à vida logo se passou ao direito de aproveitar a vida (*right to enjoy life*), ou o direito de ser deixado em paz (*the right to be*

¹ MILLER, Arthur R. **The assault in privacy**: computers, data banks and dossiers. [s.l.]: The University of Michigan Press, 1971. p. 169-209.

² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 265.

³ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right of privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. IV, n. 5, dec. 1980. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 19/04/2012.

let alone), salienta que o direito à propriedade teve seu alcance ampliado para a noção de propriedade intangível. Os autores afirmaram, também, que as mudanças políticas, sociais e econômicas, bem como o avanço tecnológico, requereram o reconhecimento e a criação de novos direitos, construídos a partir de direitos clássicos de proteção à pessoa e à propriedade e que eles denominaram direito à privacidade, correspondente ao direito de ser deixado em paz. Em sequência, externaram a preocupação – ainda atual à realidade do século XXI – de que o maldizer não era mais o recurso da pessoa ociosa e dos perversos, mas tinha-se tornado um comércio, perseguido com audácia por alguns.

Merece destaque, no tocante ao modelo americano, o fato de que o artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, além de representar uma criação doutrinária da *privacy* – muito embora já houvesse casos anteriores em que o tema fora enfrentado pela Suprema Corte Americana, ainda que em outras bases como no comentado *case Boyd vs. United States*⁴ -, traz como relevante a lição da desvinculação da ideia de privacidade como reflexo de propriedade⁵. A partir daí passou-se a visualizar o *right to privacy* de forma autônoma, sem ligações substanciais com o direito à propriedade, mas, sim, com a inviolabilidade pessoal da intimidade.

O propósito do referido artigo, pois, foi o de averiguar se o direito vigente na *Common Law* previa um princípio que pudesse ser invocado para proteger o direito à privacidade e, em caso afirmativo, qual o alcance dessa proteção.

Uma das conclusões do texto citado é a de que, para as ofensas à privacidade, além da necessária reparação civil, uma repressão penal era desejável.

Contudo, a atual sociedade brasileira, caracterizada como social e democrática de direito, face da Constituição Federal de 1988, compromete a identificação exclusiva da privacidade como o “direito a estar sozinho”, ou seja, a legitimação jurídica do isolamento como um valor a ser tutelado e, ainda, como simples soma de esferas individuais, privadas.⁶

⁴ Um dos cases mais antigos e que se estrutura sobre essa emenda é o de *Boyd v. United States*, de 1886, referente à exposição de documentos fiscais, a qual foi considerada inconstitucional com base na quarta emenda; o que não impediu outras decisões em sentido contrário, de forma que tem-se, em 1928, no caso *Olmstead v. United States*, a recusa de estender a proteção da mesma emenda a uma interceptação telefônica, já que não se tratava de uma “invasão física” na residência alheia (os fios que permitiram a escuta se situavam no lado externo da casa).

⁵ Danilo Doneda nos diz que a popularidade desse artigo, de forma paradoxal, teve sentido negativo para a aceitação da *privacy* nas cortes, na medida em que os juízes não viam com bons olhos o surgimento de um direito pela via doutrinária (DONEDA, op. cit., 2006, p. 275).

⁶ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-85.

É dessa maneira que a privacidade vai encontrando seus contornos, ou seja, identificada com aquilo que a pessoa é, e não com o que ela tem⁷, na medida em que o direito subjetivo de matriz patrimonialista se revela inadequado, uma vez que as situações existenciais da pessoa são ilimitadas, sendo a cláusula geral de tutela da pessoa a mais adequada. Não é por outro motivo que o artigo 21 do Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) ao prever que o juiz adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma, deve ser lido sob a perspectiva da lesão a aspecto da dignidade do indivíduo, e não à luz de bases patrimonialistas, em que a indenização no equivalente pode ser adequada. Ao contrário, nas situações existenciais não há equivalente, critério quantitativo do dano material, não do dano moral⁸, na medida em que as coisas têm um preço e, portanto, um equivalente, e as pessoas, como já afirmava Kant, dignidade.

Destarte, a própria ideia de *privacy* americana rechaça a tradução do termo como sendo literalmente um direito à privacidade, preferindo a doutrina aproximada de um direito geral da personalidade. Sob esse prisma, reúnem-se a tutela da tranquilidade no próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o domínio sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, num rol aberto e cujos limites não se pode estabelecer *a priori*.

3 A DEFINIÇÃO DE *PRIVACY*

Denomina-se *privacy* – ou *the right of privacy* – geralmente como o direito à privacidade. Todavia, a doutrina aponta várias são as conceituações sobre *privacy*⁹.

Enzo Roppo esclarece que se trata de um

[...] concetto di amplissimo spettro, que rinviava a significati anche molto diversi fra loro, coprendo tutto una serie di interessi, prerogative, aspettative e pretese del singolo, attinenti alla sfera della sua persona o personalità, e muniti di tutela legale.¹⁰

7 Ibidem, 2003, p. 87.

8 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 136.

9 REILLY, Robert A. **Conceptual foundations of privacy: looking backward before stepping forward**. Richmond Journal of Law & Technology. Richmond: TC Williams School of Law, University of Richmond, Fall 1999. Disponível em: <<http://www.richmond.edu/jolt/v6i2/article1.html>>. Acesso em: 10 set. 2007. No mesmo sentido: FRIEDMAN, Lawrence M., 1994, p. 180 apud BUCAR, Daniel. **Proteção de dados da pessoa humana na administração pública**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro. p. 25.

10 ROPPO, Enzo. I diritti della personalità. In: CAPPELETTI, Mauro. **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. Milano: Giuffrè Editore, 1985. p. 102.

O referido autor repele a tradução da *privacy* como exatamente um direito à privacidade, preferindo aproximá-lo de um verdadeiro direito geral da personalidade.¹¹

Sendo assim, a primeira definição doutrinária da privacidade surgiu como sendo o “*direito a ficar só*”, elaborado por Warren e Brandeis¹², fundando-se em uma criticável e anacrônica perspectiva do indivíduo “*entre quatro paredes*”, conduzindo a um isolamento protegido, a uma tutela negativa que se concretiza apenas na exclusão dos demais¹³.

Bruno Lewicki afirma que:

A maioria das palavras antes utilizadas para expressar a idéia da privacidade padecia ou do escasso alcance ou da confusão causada pelo uso corrente. Assim, ‘segredo’ e ‘sigilo’ são mais associadas à inviolabilidade das comunicações pessoais, enquanto ‘recato’ remete à idéia de pudor. ‘Intimidade’ é termo usado em muitos sentidos, normalmente ligado à noção de proximidade, da mesma forma encerrando um certo conteúdo sexual. ‘Reserva’ é muito imprecisa, pela quantidade de significados que possibilita, muito diferentes entre si, e também pelo pouco uso, atual, do sentido diretamente ligado à idéia de proteção de aspectos íntimos.¹⁴

Para Rodotà, por exemplo, seria “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”¹⁵. A partir dela, percebe-se a crescente tendência em priorizar o aspecto informacional da esfera privada, por vezes deixando à margem outros aspectos também merecedores de tutela jurídica. E aqui se identifica o conteúdo da vida privada como o direito de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada, e o da intimidade como o direito de manter o controle sobre as próprias informações, ambas definições de Stefano Rodotà.

11 Nesse sentido, ver LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção de dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81-85; ROPPO, Enzo. I diritti della personalità. In: CAPPELETTI, Mauro. **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. Milano: Giuffrè Editore, 1985.

12 DONEDA, Danilo. Alerta: a menção a um ‘direito a ser deixado só’, tantas vezes apontada como sendo a definição de Warren e Brandeis, não é de todo exata: em seu célebre artigo *The right to privacy*, os autores em nenhum momento definem estritamente o *right to privacy*. A associação que geralmente é feita do artigo com o *right to be let alone* deve ser relativizada: esta é uma citação da obra do magistrado norte-americano Thomas Cooley, que os autores não chegam em nenhum momento a afirmar que traduziria propriamente o conteúdo do direito à privacidade - ou seja, Warren e Brandeis trabalharam com uma perspectiva aberta de *privacy* (DONEDA, op. cit., 2006, p.105-106).

13 LEWICKI, op. cit., 2003, p. 9.

14 Ibidem, 2003, p. 30.

15 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15.

Não à toa que a privacidade como direito à “autodeterminação informativa”, o qual concede a cada um o real poder sobre as próprias informações, os próprios dados, pode ser conceituado como o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada.¹⁶

Para Danilo Doneda, privacidade deve ser compreendida como um espaço de liberdade com condições de desenvolvimento da própria personalidade, de modo que a pessoa não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada e inviabilizariam o livre desenvolvimento da personalidade¹⁷.

Desse modo, afirma-se que a privacidade pode ser compreendida como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”¹⁸, em um quadro caracterizado justamente pela “*liberdade das escolhas existenciais*”¹⁹.

De qualquer forma, a maioria dos estudos converge ao ponto central de que constitui conceito variável no tempo, espaço e cultura. Tendo em vista isso, a definição de John L. Mills, calcada fundamentalmente na experiência norte-americana da *privacy*, parece adequada, porque analisa a privacidade sobre quatro prismas, sem necessariamente implicar em uma pretensão de completude.²⁰

Por fim, conclui-se que a vida privada da pessoa natural é inviolável, não comportando ponderações no caso concreto, cabendo ao indivíduo, somente a ele, e a mais ninguém, definir como irá construir a sua vida privada.

4 A PRIVACY NA ORDEM JURÍDICA NORTE-AMERICANA

Para a compreensão do objeto do presente estudo, necessário se faz um breve enfrentamento de como funciona o sistema jurídico norte-americano.

Primeiramente, convém estabelecer que as fontes jurídicas norte-americanas são a jurisprudência e a legislação, esta última possuindo no seu topo hierárquico

16 Ibidem, 2008, p. 7.

17 DONEDA, op. cit., 2006, p.142.

18 FRIEDMAN, 1990, p.184 apud RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.92-93.

19 RIGAUX, 1990, p.167 apud RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.92-93.

20 RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; RUARO, Regina Linden. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 36, p. 178-199, 2010.

uma constituição escrita. Ainda assim, malgrado a existência de inúmeras leis, sejam estaduais ou federais, é o modelo da *Common Law* (baseado em precedentes – regras jurisprudenciais referidas como *unwritten law*, embora o conjunto desses possa ocupar livrarias inteiras), fundado no princípio denominado *stare decisis (to stand by that which is decided)*, que prevalece. Isso quer dizer que os juízes norte-americanos se pautam por suas próprias decisões ou em decisões de juízes hierarquicamente superiores, chamadas de *precedentes (rules of precedent)*. Em resumo, pode-se afirmar que, pelo sistema de precedentes, decisões proferidas em casos anteriores que guardem semelhança com casos atuais devem ser repetidas. Atualmente, os juízes norte-americanos já não se sentem mais vinculados a essas decisões prévias, podendo (senão que deva fazê-lo) adequá-la ao caso concreto. Nesse contexto, os *leading cases* não seriam nada mais do que uma decisão ou julgamento (de última instância) que serve, no sistema da *Common Law*, de paradigma para outras decisões em determinada área do direito.

No que diz respeito à Constituição norte-americana, não existe uma previsão específica ou expressa quanto ao tema; sua natureza, extensão e limites são resultado de construções interpretativas. O que não afasta do assunto a tutela constitucional; antes pelo contrário: foi mediante inúmeras decisões da Suprema Corte que se desenhou o instituto tal como se tem hoje. Se a jurisprudência é a fonte imediata da construção da *privacy* no sistema norte-americano, não é possível não ver na sua origem material, por assim dizer, o texto constitucional.

No plano infraconstitucional, foi somente na década de 70 que surgiram as primeiras leis federais. Ainda em 1970 aparece o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), destinado ao controle dos cadastros de crédito de consumo e que influenciou a legislação consumerista brasileira quase duas décadas mais tarde. Mas é na Lei da Privacidade (*Privacy Act*, de 1974) que surge uma ideia de direito geral à privacidade, ainda que a iniciativa legislativa seja bastante criticada por voltar-se apenas contra o uso indevido de dados em registros de órgãos federais, sem atingir terceiros que manipulem esses dados indevidamente. Essa lei está contextualizada numa previsão anterior, de 1966, do direito de informação do cidadão em face desses órgãos públicos, conhecido como *Freedom of Information Act* (FOIA). O *Privacy Act* participa do *Freedom of Information Act* na medida em que restringe a circulação de dados pessoais do indivíduo, ao mesmo tempo em que lhe garante o

acesso a esses dados. Em 1986 promulgou-se o *Freedom of Information Reform Act*, visando à regulamentação de informações para finalidade de segurança nacional; dez anos mais tarde, surgiu o *Freedom of Information Act Amendments*, voltado para a tecnologia da comunicação em redes.

No âmbito da sua atividade diária, o governo norte-americano precisa manter centenas de bases de dados sobre pessoas individuais. Com o avanço da tecnologia tornou-se mais fácil para as agências cruzar as referências dos indivíduos por meio dos dados pessoais. Desse modo, os cidadãos e os legisladores começaram a verificar as formas que estas informações, se compiladas, poderiam ser abusadas. Por meio de computadores capazes de vasculhar rapidamente e de fazer a referência cruzada de arquivos, ficou claro que vários detalhes da vida de uma pessoa podem ser compilados em um único banco de dados.

Por isso, a chamada *privacy* americana foi criada em 1974 sob a denominação de *Privacy Act of 1974 (Public Law 93-579)*, a qual se refere a considerações sobre a criação e o uso de bases de dados informatizados que poderão ter impacto nos direitos de privacidade individuais. A política de salvaguarda da privacidade opera por meio da criação de quatro direitos processuais e substantivos em dados pessoais. Em primeiro lugar, *privacy act* requer que as agências governamentais mostrem os registros de indivíduos quaisquer, mantidos sob o seu controle. Em segundo lugar, exige que as agências governamentais sigam determinados princípios, chamados “práticas de informação justa”, quando do recolhimento e do tratamento com dados pessoais. Já em terceiro lugar, coloca restrições sobre como as agências podem compartilhar dados de um indivíduo com outras pessoas e agências. Por sua vez, em quarto lugar, permite que indivíduos processem o governo por violar as disposições.

Todavia, a *privacy act* 1974 apresenta muitas exceções, tais como: as agências do governo que estão envolvidas na aplicação da lei podem descumprir as regras da lei; as agências também têm contornado as regras de partilha de informação através da exploração de um “uso rotineiro” isenção, por exemplo.

Em que pese a *privacy act* de 1974 seja o documento norte-americano mais importante sobre a defesa dos dados pessoais, o precursor desse movimento de proteção à privacidade e à intimidade foi escrito em 1973. Neste ano, o departamento de saúde, educação e bem-estar (HEM) editou um relatório, chamado “*Records, Computers and the Rights of Citizens*”, o qual recomendava que o Congresso editasse uma legislação, adotando o código de informação justa para a prática de

sistemas automatizados de dados pessoais. O código apresentava os seguintes princípios: não deve haver dados pessoais no sistema de manutenção de registros, cuja existência é secreta; deve haver uma maneira para o indivíduo descobrir quais informações sobre ele estão em um registro e como estas são usadas; deve haver um caminho para o indivíduo impedir que informações sobre ele, as quais foram obtidas com um único propósito, fossem utilizadas ou disponibilizadas para outros fins sem o seu consentimento; deve haver uma maneira para que o indivíduo corrija ou altere um registro de informação identificáveis sobre ele; qualquer organização para criar, manter, usar ou divulgar registros de dados pessoais identificáveis deve garantir a confiabilidade dos dados para a sua utilização, bem como a precaução para evitar o uso indevido dos dados. O relatório também trouxe recomendações específicas sobre direito as quais deverão implementar e reforçar o código. Estas recomendações são necessárias para as organizações que mantêm bancos de dados autorizados sobre indivíduos. O relatório também estabelece uma lista de direitos individuais que os titulares dos dados devem ter. Em razão disso, muitas destas recomendações se tornaram parte da *privacy act* de 1974.

A *privacy act* de 1974 foi criada como um compromisso entre dois projetos de lei em que um deles foi introduzido no Senado e outro na Câmara Norte-americana. O projeto do Senado – S. 3418 – tende a ter exigências mais rigorosas para o governo que fez o projeto da Câmara, incluindo penas mais duras para as violações da lei e da criação de uma Comissão de Proteção de Privacidade para supervisionar a implementação da lei. A convergência das propostas da Câmara e do Senado proporcionara a criação da Lei de Privacidade (*privacy act*) em 1974. Um dos aspectos mais importantes da Lei de Privacidade reside no fato de que ela restringe o compartilhamento de informações entre as agências governamentais. A restrição ocorre por meio da limitação chamada “programas de correspondência”, cuja definição consiste na comparação de bases de dados informatizado a fim de determinar o estatuto, os direitos e os benefícios dos indivíduos dentro desses sistemas de registros. Além disso, programas correspondentes podem ser usados para compartilhar informações entre órgãos federais, ou entre um órgão federal e um não federal e podem ser usados para compartilhar informações entre órgãos federais, ou entre uma federal e uma agência não federal. Importa referir que a *Privacy Act* proíbe as agências de programas correspondentes sem sistema de registro a menos que haja um acordo escrito entre as agências. Este acordo deve

ser fornecido à Comissão de Assuntos Governamentais do Senado e da Comissão de Operações Governamentais da Casa e também devem ser disponibilizados ao público. O acordo só pode durar 18 meses, embora possa ser renovada a cada ano, desde que não mude. Qualquer alteração deve ser relatada como um novo sistema de registros seria. A *privacy act* prevê penalidades civis e criminais para a violação de determinadas seções do documento. Se uma agência se recusar a alterar o registro de um indivíduo mediante pedido, o indivíduo poderá processar a agência em tribunal civil para ter o registro alterado.

Vale destacar, por fim, que em outubro de 2011 o senador Daniel Akaka havia introduzido o projeto de lei para o Senado (S. 1732) chamado de “*Privacy Act Modernization for the Information Age (PAMIA) Act of 2011*” para atualizar a *privacy act* de 1974²¹.

Em contrapartida, percebe-se que o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos da América, reduziu o conceito de *privacy*, na medida em que criou um clima de quase paranoia, o que aumenta os riscos à privacidade e aos direitos fundamentais do ser humano, momento em que permitiu ao governo federal e local americano o acesso, quase ilimitado, aos dados das pessoas e coisas, seja por meio eletrônico ou não.

5 PARALELO ENTRE A *PRIVACY* NORTE-AMERICANA E O DIREITO BRASILEIRO

O direito a privacidade e a intimidade é tratado sob enfoques diferentes no que tange ao Direito norte-americano e ao Direito brasileiro. Se por um lado no Direito norte-americano a preocupação em proteger a privacidade e a intimidade dos indivíduos, quando do compartilhamento de dados pessoais ocorreu em 1973, no Direito brasileiro o assunto foi claramente discutido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X²², bem como na garantia constitucional do *Habeas Data*²³.

21 Disponível em: <<http://epic.org/privacy/1974act/>>, <<http://www.justice.gov/opcl/privstat.htm>>; <<http://www.epa.gov/privacy/laws/index.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

22 CF, art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2012.

23 CF, art. 5º LXXVII - são gratuitas as ações de “habeas-corpus” e “habeas-data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2012.

Todavia, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 o direito à privacidade e à intimidade estava regulado no Código Civil de 1916, sendo enfrentado sob o viés do direito de propriedade, sobretudo em razão do ranço cultural que estabelecia ao sexo masculino (coronel) não só o direito à propriedade urbana e rural, mas também o direito sobre pessoas (escravos e mulher) e coisas. Nesse ponto, a proteção da privacidade e da intimidade quanto aos dados pessoais não era cogitada no cenário cultural da época, porque as relações eram apenas patrimonialistas. Além disso, outro período da história nacional de abuso e desrespeito à privacidade e à intimidade ocorreu na Ditadura Militar, já que havia ampla repressão no país, como se percebe nos relatos sobre o DOI-CODI²⁴. Não havia, pois, direitos à privacidade e à intimidade no que se refere a dados pessoais.

No Direito norte-americano, como já foi explorado, a proteção à privacidade e à intimidade reflete mais destaque sob a égide dos dados pessoais, isto é, informações particulares que são cadastradas em arquivos administrativos. A preocupação em não violar dados pessoais ficou flagrante nos *cases*²⁵ enfrentados pela Suprema Corte Americana.

Com o passar dos anos, os estudos sobre a proteção de dados pessoais no Brasil ganhou destaque no ambiente acadêmico e judicial, já que houve a preocupação em resgatar não só a identidade de indivíduos perseguidos pela Ditadura Militar, atribuindo-lhes certa indenização, mas ainda promover o estudo de meios de proteção para os dados pessoais. Aqui, destaca-se o advento da Lei nº. 12.527/2011 a qual regula o acesso à informação no ordenamento jurídico brasileiro.

A violação da privacidade e da intimidade pode ter caráter de dano, o qual deve de ser analisado sob o enfoque de convergência entre do direito penal e o direito civil, pois a intensidade da lesão supera a esfera patrimonial, portanto cível, transformando-se em um dos tipos de crime contra honra²⁶, cuja previsão legal do código penal enseja a condenação na forma de detenção ou reclusão e multa.

24 O Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) foi um órgão subordinado ao Exército, de inteligência e repressão do governo brasileiro durante o regime inaugurado com o golpe militar de 31 de março de 1964, os chamados "Anos de Chumbo". Destinado a combater inimigos internos que supostamente ameaçariam a segurança nacional, como a de outros órgãos de repressão brasileiros no período, a sua filosofia de atuação era pautada na Doutrina de Segurança Nacional, formulada no contexto da Guerra Fria nos bancos do National War College, instituição norte-americana, e aprofundada, no Brasil, pela Escola Superior de Guerra (ESG). Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/doi-codi/> Acesso em: 19 abr. 2012.

25 A título de exemplo tem-se: Doe v. Chao; Clarkson v. Internal Revenue Service; Britt v. Naval Investigative Service; R.R. v. Department of the Army. Disponíveis em: <<http://epic.org/privacy/1974act/>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

26 Os crimes contra a honra são: calúnia (CP, art. 138); difamação (CP, art. 139) e injúria (CP, art.140). BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 abr. 2012.

Infelizmente, no Brasil, as notícias sobre a violação da privacidade e da intimidade não abrangem com grande destaque situações que envolvam infringir os dados pessoais dos indivíduos, mas, sim, a veiculação de notícias envolvendo artistas, celebridades, esportistas e políticos. Em relação a isto, destaca-se o caso do cantor Roberto Carlos, que requereu ao Poder Judiciário a proibição da circulação de biografia escrita sem sua autorização, além de ser sido taxado de (i) “infantil”, reações como (ii) “biografia é história e a história não pertence às pessoas – história é de domínio público” e que (iii) ressurgia uma “censura togada no Brasil” foram imediatas²⁷. Felizmente, há quem sustente que, mesmo diante de um suposto interesse coletivo, a condução da vida privada cabe ao indivíduo e não a terceiros ou à sociedade^{28 29}.

Questão gravíssima gira em torno dos casos de intensa agressão à privacidade que vem quase sempre justificada com base no “caráter público” da pessoa retratada ou do lugar onde a imagem foi captada³⁰, o que é preocupante, pois, no mínimo, demonstra uma tendência resignada no modo como a sociedade brasileira enxerga a questão da privacidade³¹. E a resposta do Poder Judiciário não parece ser diferente, na medida em que entendimentos como por se tratar de pessoa pública, os critérios de violação da privacidade são distintos daqueles desenhados para uma pessoa cuja profissão não a expõe³² são muito frequentes³³.

Entretanto, o binômio pessoa notória - local público, por si só, não é suficiente para afastar a proteção constitucional à privacidade e à imagem³⁴, sobretudo se a invocação da publicidade do local revela-se imprópria quando o uso da tecnologia configura artifício inesperado e até malicioso, hipótese de

27 Todos comentários, respectivamente, de Paulo Coelho, Alberto Dines e Fernando Moraes aqui referidos estão na obra de SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade e o Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo; FA-CHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II, p. 254-255.

28 Neste sentido, Idem.

29 Acerca de biografias e investigações históricas, já escreveu CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 43-46.

30 SCHREIBER, op. cit., 2008, p. 248.

31 LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *RTDC*, Rio de Janeiro, v. 27, 2006. p. 211.

32 REsp 1.082.878-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/10/2008.

33 Em doutrina também é possível encontrar entendimentos como este, como Fábio Siebeneichler de ANDRADE: (...) às pessoas notórias poderão, em comparação às pessoas comuns receber proteção menor em relação a aspectos de sua privacidade. Esta premissa não significa, porém, que a notoriedade ou a dimensão pública da pessoa seja um atributo capaz de retirar-lhes de modo absoluto o direito ao resguardo da vida privada, especialmente no que disser respeito aos seus contornos mais íntimos (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela da personalidade. In: *O NOVO Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.116).

34 LEWICKI, op. cit., 2006, p. 212.

manipulação do argumento do local público e se a qualificação de qualquer pessoa como pública sugerir que nenhum aspecto de sua vida privada permaneça a salvo de lentes indiscretas³⁵.

Com efeito, pelo fato de ser atriz, atleta ou político, não presume, por si só, autorização à divulgação de suas imagens ao argumento de serem “pessoas públicas”. Além disso, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinente apenas ao próprio retratado³⁶.

Em que pesem tais considerações, nos episódios envolvendo a modelo Daniella Cicarelli e o cantor Chico Buarque, o argumento de ausência de privacidade por terem os fatos ocorrido em local público seria, para muitos, razão para autorizar, *ipso facto*, a divulgação das imagens.³⁷

Nas palavras de Anderson Schreiber:

[...] Se a exposição pública não-autorizada renderá frutos, alegrará a pessoa exposta, despertará nela orgulho e satisfação, são todas questões que – bem como a dor, sofrimento e humilhação – dizem respeito às conseqüências subjetivas e eventuais daquela lesão, e que não podem se converter em condições para a tutela da personalidade do retratado. Portanto, a pessoa apenas pode ser considerada pública apenas em relação a certos atos, acontecimentos ou declarações dirigidos ao público, ou de seu legítimo interesse.

Por outro lado, a mesma proteção à privacidade e à intimidade é conferida a uma carta, a um diário, a um poema ou a uma obra-prima. Em todo o caso, o indivíduo tem o direito de decidir se o que é seu deve ser fornecido ao público. Sendo assim, nenhuma pessoa tem o direito de publicar as produções sob qualquer forma, sem o consentimento do titular.

35 SCHREIBER, op. cit., 2008, p. 248.

36 Ibidem, 2008, p. 248-249.

37 Em afiada crítica Anderson SCHREIBER: [...] Absurdo assim que como no episódio Cicarelli se diga pública a praia ao crepúsculo, onde alguns casais permanecem, e onde carícias trocadas na praia podem ser captadas à longa distância, ampliada, “corrigida”, de modo que, suprindo-se a precária iluminação natural, um afago a meia-luz acabe se convertendo em uma cena de alta definição e impactante clareza. Por meio de astúcia semelhante, o cantor Chico Buarque acabou surpreendido por cliques longínquos enquanto namorava nas praias do Leblon [...] (SCHREIBER, op. cit., 2008, p. 248). Acerca do caso Parreira Bruno LEWICK conta que o então técnico da seleção brasileira de futebol Carlos Alberto Parreira foi vítima de leitura labial quando, sentado no banco de reservas, murmura algo para o seu assistente Zagallo. Chama a atenção, igualmente, para a leitura labial promovida pela mesma rede de televisão do então treinador da seleção japonesa Zico quando conversava com o jogador Roberto Carlos em um momento de descontração nos vestiários do estádio, o que chama ainda mais atenção, pois não estavam participando de um espetáculo sequer como figurantes, tendo sido filmados em um ambiente bem menos “público” (LEWICKI, op. cit., 2006, p. 212).

Desse modo, percebe-se que a discussão sobre a proteção de dados pessoais, o direito à privacidade e à intimidade requer maior dedicação em estudos, produção legislativa e atuação dos órgãos administrativos e do Poder Judiciário. Sustenta-se que a proteção aos dados pessoais, no Brasil, pode seguir em parte o modelo da *privacy act* no que tange à elaboração de um documento legal que contenha noções básicas sobre dados pessoais, privacidade e intimidade, além de penalidades para aqueles que infringirem as regras.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, compreendida a privacidade como aspecto existencial e não patrimonial, espera-se que não demore voltar a ser uma necessidade da sociedade, agora sob novas bases, não mais limitada ao direito ao isolamento, mas como aspecto positivo, construtivo e transformador da própria personalidade do indivíduo, sendo fundamental, neste processo, o empenho da doutrina em sistematizar o mais amplamente possível a matéria, esforçando-se para elaborar conceitos jurídicos úteis e parâmetros eficazes, que sirvam como guia para o legislador e medida necessária para se evitar depender tão somente da sensibilidade dos juízes.

A relação com a *privacy* norte-americana mostra como a proteção de dados, a privacidade e a intimidade estão disciplinadas naquele país, o que pode influenciar a elaboração legislativa brasileira sobre as mesmas questões. O surgimento da *privacy act* em 1974 proporcionou aos norte-americanos maior segurança com atividades de compilação de dados pessoais, bem como a possibilidade de verificar possível abuso na coleta de dados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela da personalidade. In: **O NOVO Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. IV, n. 5, december 15, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 19 abr. 2012.

BUCAR, Daniel. **Proteção de dados da pessoa humana na administração pública**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **RTDC**, v. 27, 2006.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MILLER, Arthur R. **The assault in privacy: computers, data banks and dossiers**. s.l.: The University of Michigan Press, 1971. p. 169-209.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; RUARO, Regina Linden. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 36, p. 178-199, 2010.

ROPPO, Enzo. I diritti della personalità. In: CAPPELETTI, Mauro. **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. Milano: Giuffrè Editore, 1985. p. 102.

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

Enviado em: 13 de dezembro de 2012

Aceito em: 05 de abril de 2013