

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO: UMA ABORDAGEM DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

LEGAL INTERPRETATION AND THE RIGHT TO PRIVACY IN THE INFORMATION AGE: A PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS APPROACH

André Martins Brandão¹

RESUMO

As legislações nacionais e internacionais reiteradamente protegem o direito fundamental à privacidade, porém, por muitas vezes, com enunciados vagos, sem estabelecer critérios claros para proteção, e sobre o que pode ensejar violação a esse direito, principalmente tendo em vista as grandes inovações tecnológicas contemporâneas. Desse modo, o presente trabalho se pergunta: Como o direito à privacidade pode ser interpretado na era da informação? Tem-se como hipótese que a partir da definição de tal conceito poderá se vislumbrar critérios para aferir possíveis violações a esse direito. Para responder tal pergunta, primeiramente, utilizar-se-á como modelo de interpretação a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. O autor alemão tinha com mote de pesquisa a hermenêutica, o ato de dicção translativa, de decifração da linguagem e da realidade. Nas mãos de Gadamer a hermenêutica deixa de ser uma técnica de encontrar significados ocultos, abandona a metafísica, passando a visar uma interpretação de dar sentido – tendo o mundo por um construído, e não um dado. A partir desse modelo de interpretação, buscar-se-á possíveis significados construídos para o direito à privacidade na sociedade da informação, principalmente no contexto da tradição ocidental, amplamente influenciada pelos valores de individualismo e busca por segurança, advindos da modernidade. Por fim, analisar-se-á a racionalidade que move a proteção ao direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro, por meio de enunciados normativos e jurisprudência, verificando se algum significado possível encontrado se adequa a tal racionalidade. Assim, por meio desse caminho, tentar-se-á responder como o direito à privacidade pode ser interpretado na atual era da informação.

Palavras-chave: Hermenêutica. Privacidade. Sociedade da informação.

ABSTRACT

National and international legislation repeatedly protect the fundamental right to privacy, however, many times with vague statements, without clear criteria for protection, and what can give rise to violation of that right, especially taking into account the contemporary great

¹ Doutorando em Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia; bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia.

technological innovations. Thus, this study asks: How does the right to privacy can be interpreted in the information age? It has been hypothesized that from the definition of this concept some criteria can be glimpsed for assessing possible violations of privacy. In order to answer this question it will be used as a model for interpretation the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer. In Gadamer's hands hermeneutics ceases to be a technique to find hidden meanings, abandons metaphysics, to target an interpretation that gives sense - taking the world by a built , not a given. From this model of interpretation, it will be searched possible constructed meanings for the right to privacy in the information society , especially in the context of the Western tradition, largely influenced by the values of individualism and the quest for security, arising from modernity. Finally, it will analyze the rationality that moves the protection of the right to privacy in the Brazilian legal system, through legal norms and jurisprudence, checking whether any possible meaning found suits such rationality. In this way, it will try to answer how the right to privacy can be interpreted in the current information age.

Keywords: Hermeneutics. Privacy. Information society.

1 INTRODUÇÃO

O problema entre o direito à privacidade e novas tecnologias não é exclusivo da contemporaneidade. Quando Warren e Brandeis (1890) escreveram seu artigo seminal *The Right to Privacy*, a preocupação deles era com as novas tecnologias à época, como máquinas de fotografar e grandes jornais, que supostamente haviam invadido o sagrado lugar da vida privada doméstica.

Ocorre que na atual era da informação esse problema tem se exacerbado. A tecnologia está cada vez mais acessível e disponível para todos, já são mais de 2.4 bilhões de usuários da internet no mundo, certamente um conjunto muito maior do que Brandeis e Warren (1980) imaginavam quando falavam de proteção à privacidade.

Chega-se inclusive a falar em uma sociedade de controle ou disciplinar, nos termos de Deleuze (1992) ou Foucault (2009), onde a privacidade é inexistente e se vive constantemente vigiado, inclusive uns pelos outros, em uma espécie de exacerbação do panóptico de Bentham: nunca se sabe quem está vigiando. Escândalos como o PRISM, revelado por Edward Snowden, reforçam essa posição, chegando a comparar nosso presente com o distópico futuro insólito de 1984 de George Orwell (2001).

Nesse compasso, as legislações nacionais e internacionais ocidentais reiteradamente protegem o direito fundamental à privacidade, como no art. 5º, X, da Constituição Brasileira, porém, por muitas vezes, com enunciados vagos, sem estabelecer critérios claros para proteção, e sobre o que pode ensejar violação a esse direito, principalmente tendo em vista as grandes inovações tecnológicas contemporâneas.

Desse modo, o presente trabalho se pergunta: Como o direito à privacidade pode ser interpretado na era da informação? Tem-se como hipótese que a partir da definição de tal conceito poderá se vislumbrar critérios para aferir possíveis violações a esse direito.

Para responder tal pergunta, primeiramente, utilizar-se-á como modelo de interpretação a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (2009). O autor alemão, um dos pupilos mais respeitáveis de Martin Heidegger (2005), tinha como mote de pesquisa a hermenêutica, o ato de dicção translativa, de decifração da linguagem e da realidade. Nas mãos de Gadamer (2009) a hermenêutica deixa de ser uma técnica de encontrar significados ocultos, abandona a metafísica, e com base no círculo hermenêutico de Heidegger (2005), passa a visar uma interpretação de dar sentido, uma nova teoria do conhecimento. Para o direito a hermenêutica filosófica traz mais possibilidades de entendimento da operação de interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto para resolução de conflitos.

A partir desse modelo de interpretação, buscar-se-á possíveis significados construídos para o direito à privacidade na sociedade da informação, principalmente no contexto da tradição ocidental, amplamente influenciada pelos valores de individualismo e busca por segurança, advindos da modernidade.

Por fim, analisar-se-á a racionalidade que move a proteção ao direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro, por meio de enunciados normativos e jurisprudência (cíveis e penais), verificando se algum significado possível encontrado se adequa a tal racionalidade.

Assim, por meio desse caminho, tentar-se-á responder como o direito à privacidade pode ser interpretado na atual era da informação.

2 GADAMER E A VERDADE SEM MÉTODO: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A hermenêutica é assim chamada devido a uma importante divindade do panteão grego, chamado Hermes, que posteriormente foi rebatizado de Mercúrio na Roma antiga. Filho de Zeus e Maia, Hermes significava a supremacia na decifração de palavras divinas, era o mensageiro dos deuses, aquele capaz de transmitir o sagrado tornando-o compreensível a todos. Por meio desse mito podemos já vislumbrar o ato hermenêutico como uma dicção translativa, uma forma de decifração da linguagem. (PALMER, 1969).

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) foi um filósofo alemão que concentrou esforços em criar uma nova visão da hermenêutica e da interpretação. No século passado escreveu um dos maiores ensaios acadêmicos sobre hermenêutica, seu clássico - *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* de 1960.

Primeiramente, vale diferenciar a hermenêutica clássica da hermenêutica filosófica. Enquanto a primeira é somente vista como uma técnica de interpretação para encontrar um significado verdadeiro, como ocorre em muitos manuais de direito; a segunda de matriz gadameriana, trabalha com um dar sentido. Isso ocorre porque a compreensão hermenêutica é sempre também uma autocompreensão, perpassando pela história e tradição, e pelos preconceitos daquele que compreende.

Seu estudo foi um aprofundamento da hermenêutica de Heidegger. Gadamer (2009) pretendia livrar a hermenêutica da alienação estética e histórica, baseando-se primariamente na tese de seu mestre que explicava “[...] a compreensão como forma de definir o *Dasein*”. A compreensão para Heidegger “[...] é um elemento que faz parte do modo de ser-no-mundo, que está presente na própria estrutura do ser humano (*Dasein*)” (STRECK, 2009, p. 195-200).

Gadamer parte também de outra premissa de Heidegger, ele vê a linguagem não mais como uma ponte entre sujeito e objeto, mas a linguagem como “[...] totalidade, no interior da qual o homem, o *Dasein*, se localiza e age”. Assim, a frase de Heidegger (2005) “[...] ser que pode ser compreendido é linguagem” serviu como base para Gadamer indagar não mais sobre a existência do ser, mas como ele pode ser compreendido ou interpretado. A hermenêutica filosófica aparece como forma de compreender a existência pautada na compreensão e na linguagem, mostrando novas formas de ver o mundo e novos caminhos para interpretação (STRECK, 2009, p. 200).

Seguindo a trilha de Heidegger, Gadamer é um opositor do uso indiscriminado do método científico - daquele propagado caminho que sendo seguido possibilita o encontro da verdade objetiva. Um dos grandes problemas enxergados pelo autor alemão é que a lógica das ciências do espírito, a partir “[...] de seu efetivo desenvolvimento no século XIX, está completamente dominada pelo modelo das ciências da natureza”. (GADAMER, 2008, p. 37).

Segundo Paul Ricoeur (2008, p. 45-46) isso ocorre em razão de um movimento de distanciamento alienante, pois “[...] a metodologia dessas ciências implica, a seus olhos, inelutavelmente, certo distanciamento; esse, por sua vez, exprime a destruição da relação primordial com a pertença”. Como resultado, nesse distanciamento alienante acaba por se perder a experiência hermenêutica do mundo, a ligação do *Dasein* com os fenômenos existentes. Acaba por se idealizar um caminho à verdade, porém se fechando a outras possíveis experiências. É necessário escutar o que o mundo tem a dizer, no mar imenso de possibilidades do ser, sem fechar o sentido em um método pronto e acabado.

Nesse contexto a interpretação, tão necessária para a ciência jurídica, não passa da tentativa de alcançar um correto entendimento de um determinado objeto, possibilitado por

meio da razão, ou seja, por meio de um método se pretende alcançar a verdade sobre determinado objeto. Para Gadamer (2008, p. 29) a hermenêutica filosófica, ao contrário, possibilita uma compreensão do ser e sua verdade existencial.

Gadamer busca uma hermenêutica que possa clarificar a relação do ser com a experiência, a qual desvela um tipo de verdade. Seu objetivo não é destruir o método científico para construir outro em seu lugar, mas sim demonstrar que existem outras formas de se chegar a um tipo de verdade, as quais não necessitam de método. Dir-se-á, então, a partir do nome de seu livro, que Gadamer (2008, p. 34) não busca uma hermenêutica de verdade e método, mas sim uma de verdade contra o método.

O hermeneuta alemão vê na experiência da arte as possibilidades da profundidade hermenêutica, assim como na experiência com a filosofia e a história. Para o autor existem certas verdades que não podem ser captadas por meio de um método, e esses três tipos de experiência tem essa característica. A compreensão nesses casos trabalha muito mais perto da experiência fenomenologicamente sentida do que um método pré-estruturado (GADAMER, 2008, p. 31-33).

Nesse ponto a experiência da arte pode ser comparada à experiência jurídica. Isso por que o direito não é um conhecimento meramente teórico. Assim como a experiência com a arte a experiência jurídica é um saber prático, que serve para lidar com situações concretas. Devemos entender isso para desconstruir uma forma idealizada do direito, onde o intérprete, extraído do mundo que o cerca, tenta uma análise objetiva da verdade da lei, buscando o “espírito da lei” ou a “verdade do legislador” como norte de seu caminho. Gadamer insiste em outra compreensão da interpretação, o que possibilita uma nova forma de enxergar a própria aplicação do direito. A hermenêutica para o autor alemão não é um saber puramente teórico, porém um saber eminentemente prático.

A hermenêutica jurídica, portanto, não pode ser tomada com uma mera técnica de subsunção da norma ao caso concreto. Esse pensamento levou ao fetichismo da norma, onde o intérprete buscava o seu sentido original ou a vontade do legislador. No esteio da hermenêutica filosófica a existência é pautada na compreensão, e a compreensão na interpretação. Assim não existe nada que tenha significado em si, nenhum texto jurídico que já tenha um significado pronto esperando pelo intérprete. Toda a aplicação do direito depende de interpretação, vez que essa é inerente à compreensão e à própria existência. Porém a interpretação não é um esforço teórico, é um esforço prático, pois tem como fundamento uma compreensão para ser utilizada no presente (GADAMER, 2008, p. 487).

Assim, a compreensão do passado não serve como mera atividade contemplativa, mas sim como atividade útil à prática. O passado não está sepultado, ele está sempre oferecendo novas formas de compreensão e interpretação prática para o presente. Por essa razão a interpretação é sempre histórica. (RICOUER, 2008, p. 48)

Além do mais, para Gadamer (2008, p. 406-407), compreensão, interpretação e aplicação fazem parte da mesma atividade. São momentos diferentes do mesmo processo de apreensão do mundo. Para existir deve-se compreender, e para compreender interpreta-se, em ordem de aplicar a compreensão em dada situação da vida.

Esse fator é muito importante para o direito, vez que feito em parte por normas jurídicas escritas, que dependem de aplicação em casos concretos. Toda a atividade do intérprete do direito, nesse sentido, se pauta não só para a compreensão de dada norma, porém para a sua aplicação no caso. Assim, a aplicação do direito sempre ocorre em conjunto com a interpretação, são duas fases de uma mesma operação.

Gadamer, por todos esses motivos, não acredita que as ciências do espírito podem seguir o padrão das ciências naturais, de interpretação metódica, objetiva e imparcial. O autor alemão acredita que a hermenêutica é uma forma ligada à tradição e à história, e até às perspectivas de sentido do intérprete, logo não pode ser objetiva como a interpretação sonhada pelo idealismo. Para afastar-se da pretensa imparcialidade e objetividade da atividade do intérprete, Gadamer (2008, p. 368) trabalha no sentido de reabilitar a categoria preconceito, repudiada pelo iluminismo. Para Gadamer o preconceito está fincado na existência; o intérprete e o interpretado não são dados congelados, estanques; todo o resultado do processo de interpretação depende dos preconceitos contidos naquela vivência, naquela existência.

Segundo Gadamer, existe uma rede de influências negativas e positivas da história e da tradição sobre os sujeitos, que constroem uma espécie de dimensão de pré-compreensão do mundo, necessária para a própria compreensão. A partir dessa reflexão Gadamer (2008, p. 407) cria o conceito de *consciência-da-história-dos-efeitos*, sua teoria da consciência histórica. Esse conceito “[...] trata-se da consciência de ser exposto à história e à sua ação, de tal forma que não podemos objetivar essa ação sobre nós, porque faz parte do próprio fenômeno histórico”. Dessa forma, mesmo sendo conscientes da ação da história sobre nosso modo de ser, não podemos tudo compreender, vez que fazemos parte do meio, e a parte do meio não pode se extrair para o todo entender. Podemos sim ter lampejos de entendimento, podendo fundir com lampejos de outros, tornando uma visão mais completa, porém nunca totalizadora ou objetiva. (RICOUER, 2008, p. 48)

Cabe ressaltar que para Gadamer (2008) o preconceito pode ser tanto negativo quanto positivo, não constituindo assim um falso juízo, e sim um juízo prévio, que pode vir a ser ou não confirmado. É uma das tarefas da hermenêutica saber dimensionar esses preconceitos na tarefa de interpretação. Aquele que interpreta deve buscar compreensão de seus próprios preconceitos, em ordem de entender o mundo por diferentes olhares, por novos pontos de vista. Deve haver uma abertura do sujeito em ordem de poder compreender.

Para isso deve-se sempre estar aberto a novas opiniões, a novos significados, o diálogo proporciona a possibilidade de construção e destruição de conceitos e interpretações. De nada vale se fechar na torre do absolutismo cego, o sujeito deve abrir-se para novas experiências dialógicas em ordem de construir melhores interpretações para o mundo e para a existência. Nesse sentido é exigido humildade do intérprete. A vaidade com o conhecimento impossibilita compreensão de novos pontos de vista e novas maneiras de enxergar a realidade.

Ademais, o caráter da interpretação é sempre produtivo. A hermenêutica filosófica trabalha com um dar sentido. O intérprete, a partir de certos dados, cria um novo sentido ao interpretado. Isso ocorre porque a interpretação acontece sempre a partir de uma “[...] fusão de horizontes [...]” “É impossível o intérprete se colocar em lugar do outro”. Cada indivíduo possui um horizonte de sentido, e um diálogo, até com um texto, permite a fusão de horizontes entre os dialogantes. O indivíduo estende seu horizonte em ordem de incluir o do outro, havendo um acordo sobre o sentido de certo fenômeno dado (RICOEUR, 2008, p. 50).

Nesse contexto, toda a interpretação e aplicação de enunciados jurídicos é uma produção de normas jurídicas. A norma jurídica não pode ser confundida com o enunciado legal. A atividade do intérprete/aplicador do direito, como em um círculo, vai do enunciado ao caso concreto, e desse de volta ao enunciado, em ordem de produzir a norma cabível para o caso em questão. Assim ele desvela o sentido potencialmente contido no texto legal face aos fatos que se apresentam, produzindo norma jurídica (GRAU, 2006).

Cabe aqui realçar o problema da verdade. Se toda a batalha de Gadamer foi em razão da impossibilidade de uma verdade absoluta e de um método nas ciências do espírito para nela chegar, como fica a questão da interpretação verdadeira do direito, por exemplo? Se todos os seres são imersos na história e na tradição, com preconceitos devido à facticidade da existência, podendo chegar a diferentes interpretações da norma e da realidade, como é feita a escolha do ponto de vista que deve vigorar?

Primeiro devemos deixar a ideia de que o sujeito é um ser do qual nascem todas as concepções. A noção de subjetividade deve ser revista, do *cogito* cartesiano devemos passar a

uma análise existencial do ser, levando em consideração a história e a tradição para a construção do sujeito e da subjetividade.

Gadamer (2009, p. 100) lembra a filosofia aristotélica, na qual a expressão para sujeito era *Hypokeimenon*, o que significa “[...] aquilo que se encontra à base da mudança de todas as transformações.” Não é o ser humano o responsável pela existência e designação do mundo, ele é um ser-no-mundo, um ser-jogado, um ser-aí, na ontologia fundamental de Heidegger. Logo todas as verdades e interpretações produzidas pelo sujeito são um produto do tempo em que vive, um produto da história e da tradição. O ser humano que consegue uma abertura para percepção desse fato pode até dele fugir, porém nunca completamente, pois vive imerso nessa concepção, não sendo possível nos extrair desse meio para uma observação objetiva (ZABALA, 2004).

O diálogo tem por função levar os seres humanos ao entendimento de seus pontos de vista, quicá compartilhado, a partir da abertura para o conhecimento, podendo gerar uma fusão de horizontes que leve a uma nova maneira de enxergar a realidade. Tudo isso na e pela linguagem, possibilitadora da existência.

Nesse sentido não existe uma interpretação verdadeira para a norma jurídica, tampouco uma interpretação no sentido desejado pelo legislador, e sim uma melhor interpretação lastreada na experiência dialógica, que pode ser coletiva.

A verdade jurídica, portanto, deve ser bem calcada e construída, vez que saber prático que trata sobre resolução de questões concretas. É necessário para o intérprete do direito, como diria Gadamer (2008, p. 411), no esteio de Aristóteles, trabalhar com *Phronesis* - uma sabedoria ética prática para interpretar e lidar com o direito. (GADAMER, 2008, p. 412-413).

Apesar de ser um saber prático, o agir ético não é objetivo. Nesse sentido, não se assemelha ao saber matemático, por exemplo, das ciências da natureza. Em ordem de ilustrar essa problemática, Aristóteles faz diferenciação entre o saber prático (*Phronesis*) e o saber teórico (*episteme*). “Em oposição a essa ciência teórica, as ciências do espírito fazem parte, estritamente, do saber ético. São ciências ‘morais’. Seu objetivo é o homem e o que ele sabe de si mesmo.” Nessa construção aristotélica se “descobre em que ponto pode intervir sua atuação [do homem]. Seu saber deve orientar o seu fazer.” (GADAMER, 2008, p. 414).

Dentro desse saber ético-prático encontra-se a atividade do intérprete do direito. “Aristóteles mostra que a lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação.” Dessa forma cabe ao intérprete/aplicador analisar a situação concreta em conjunto com

a normatividade, tendo por base seu saber ético-prático (*phronesis*), em ordem de não cometer injustiças (GADAMER, 2008, p. 419).

É necessário esclarecer que o saber ético não pode ser usado de forma dogmática, muito menos pode ser apreendido como um saber teórico ou um saber técnico. É exatamente por isso que no cotidiano é uma atividade mais difícil, pois depende de valores e experiências construídos ao longo da vida, e da capacidade de verificar uma situação com todos os seus contornos possíveis. Por essa razão a atividade do intérprete requer muita responsabilidade. A aplicação do direito não depende somente de subsumir a norma ao caso, depende da interpretação do direito, e de sua aplicação conforme ditames éticos, com base no saber prático.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E POSSIBILIDADES DE VIOLAÇÃO

Os problemas envolvendo privacidade na era da informação se acentuam cada vez mais, principalmente a partir da última década - com a ascensão de centros de fusão de informação e big data, o crescimento do marketing comportamental, a proliferação de tecnologias de rastreamento e milhares de falhas na segurança da informação (SOLOVE, 2013).

A partir dos ensinamentos gadamerianos pode-se verificar a inexistência de um significado dado para a realidade. As significações são constructos humanos, tendo por fulcro o contexto de tradição e história no qual estão imersos. Assim, a privacidade, como um construído, não possui um significado ontológico, inerente a ela, porém perpassa por diversas transformações significativas ao longo da história humana. Atentando especificamente para a sociedade contemporânea da informação, pergunta-se: Quais os significados construídos para o direito à privacidade?

Partir-se-á da racionalidade ocidental na qual se está imerso, fortemente influenciada pelo projeto de sociedade moderno, fundamentando no individualismo e segurança (como afastamento da contingência), para investigar possíveis significados tecidos para o direito à privacidade.

Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram um artigo seminal em 1890 sobre a questão da privacidade, chamado *The Right to Privacy*, que despertou enorme interesse sobre o tema. Nele os autores definem a privacidade como o direito de estar, ficar ou ser deixado só. O principal pressuposto para a existência desse direito, nessa construção, seria a violação da personalidade, acarretada pelas novas tecnologias à época – algo que não podia ser medido de forma física, pois se tratava de uma forma de dor psicológica (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Essa tese foi defendida em um voto de dissenso por Brandeis trinta e oito anos depois, quando se tornou *Justice* da Suprema Corte Americana, no caso *Olmstead v. United States*. Nessa ação, a Corte decidiu que a interceptação telefônica não se tratava de uma violação ao direito à privacidade, pois não se tratava de uma invasão física do domicílio do indivíduo. O voto de dissenso de Brandeis, de modo contrário, afirmava que o direito à privacidade “[...] conferred, as against the government, the right to be let alone—the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men” (*Olmstead v. United States*, 1928).

A tese do voto de dissenso de Brandeis influenciou a revisão do precedente acima no caso *Katz v. United States*, julgado em 1967 pela Suprema Corte Americana, no qual foi afirmado a existência do direito à privacidade desde que verificada uma razoável expectativa de privacidade (*reasonable expectation of privacy*). No caso foi defendido como direito “[...] to live one’s life as one chooses, free from assault, intrusion or invasion except as they can be justified by the clear needs of community living under a government of law” (*Katz v. United States*, 1967).

Apesar do intuito protetivo bem além de seu tempo, a tese do direito à privacidade como direito de ser deixado só se trata de uma definição muito ampla e vaga, não tecendo pormenores sobre sua aplicabilidade, ou no que pode consistir uma prática de violação a tal direito.

Uma segunda concepção para o direito à privacidade o define como direito de limitado acesso à personalidade – segundo E.L Godkin (1890), o direito de cada pessoa decidir o quanto de sua vida pode ser exposta ao público. Porém, de acordo com David O’Brien (1979) dada a vivência humana em sociedade, tal direito de escolha não é absoluto, havendo situações em que, por força social, não existe qualquer expectativa de privacidade.

O conceito em tela, apesar de fornecer certos parâmetros para a proteção à privacidade, não define quais são as situações e informações nas quais o acesso não permitido consistiria em uma violação a privacidade. A partir dele verifica-se a existência de uma área de proteção da privacidade, sob controle do indivíduo, porém não se tem exata certeza dos limites dessa área.

Uma terceira conceituação para privacidade a vê como direito ao sigilo, ou seja, que certas manifestações da vida privada podem ser mantidas em segredo, e a divulgação de tais matérias consistiria em uma violação à privacidade. Richard Posner (1981) afirma que a palavra privacidade tem pelo menos duas implicações: o direito de ser deixado sozinho e o direito de esconder certas informações, o qual é violado sempre que uma informação é obtida contra a vontade daquele a qual pertence.

Nesse sentido, o direito a esconder informações é diretamente ligado à privacidade como sigilo. Posner (1981) crê que as pessoas, em sua vida social, escondem de outros, informações possivelmente danosas a sua personalidade, uma espécie de comportamento econômico do ser humano para evitar situações indesejadas. Assim, quando pessoas pedem por mais privacidade, na realidade estão pedindo por mais poder para esconder fatos de sua vida possivelmente danosos a ela mesma em situações sociais. Nisto consiste o direito de esconder informações, ou direito à privacidade como direito ao sigilo.

O conceito em questão pode ser interpretado como um subconjunto do acesso limitado à informação, observado anteriormente, uma vez que o sigilo de informações pode ser visto como uma forma de limitar o acesso à personalidade. Porém, o conceito de sigilo é muito mais específico, tendo em vista que se trata apenas do direito de esconder certas informações pessoais do conhecimento público. É importante diferenciar que existem informações que pertencem a essa zona de privacidade, logo cobertos pelo direito ao sigilo (como registros médicos) e outras que não pertencem, pois dizem respeito principalmente à identificação do indivíduo (como registros criminais, por exemplo).

O conceito de privacidade como sigilo oferece um guia mais específico para sua proteção, porém mesmo assim sofre de problemas. Algumas ações praticadas em público não são sigilosas, mas vistas como atividades dentro do escopo da privacidade – como, por exemplo, a compra de um livro em uma livraria ou a leitura de certo artigo de jornal pela manhã no caminho para o trabalho. Assim, podem existir violações de privacidade que não envolvam necessariamente o desvelamento de um segredo. Ademais, a teoria da privacidade como sigilo mostra que, uma vez que uma informação deixa de ser sigilosa, ela também deixa de ter proteção da privacidade. Assim, somente há direito à privacidade quando há sigilo sobre a ação ou situação. Tais críticas demonstram que esta concepção, apesar de útil, é muito específica e não consegue captar todas as possíveis violações ao direito à privacidade.

Uma quarta conceituação tece o direito à privacidade como controle sobre informações pessoais. Arthur Miller (1971, p. 25) afirma que o “[...] atributo básico de um direito efetivo à privacidade é a habilidade individual de controlar a circulação de informações relacionadas a si mesmo”. A dificuldade de aplicação desse conceito vem da falta de definição das informações sobre as quais o indivíduo deveria ter pleno controle. Ver-se-á mais a frente que a diferenciação entre informações pessoais e informações sensíveis de uma pessoa tenta fazer exatamente essa especificação – protegendo com a privacidade dados (sensíveis) que podem levar a práticas discriminatórias de qualquer sorte, como sexismo e racismo; e permitindo o acesso a dados pessoais, de identificação, principalmente na seara pública.

Uma quinta teoria trata o direito à privacidade como direito à personalidade, mais especificamente englobando o direito de fazer decisões sobre a própria vida sem interferência externa, da sociedade ou de governo, com fulcro na autonomia e dignidade humana. De acordo com essa tese, cada um é responsável por suas próprias escolhas, sobre qual personalidade deseja constituir, havendo proteção da privacidade nessa escolha. Jed Rubenfeld (1989, p. 794) chega a falar de um direito antitotalitário à privacidade, ligado ao seu conceito de personalidade, o qual teria o condão de “[...] prevenir o Estado de impor aos indivíduos uma identidade prevenida”.

Outra concepção interessante de privacidade enxerga esse direito como uma forma de intimidade. Coloca o centro da discussão não na autonomia individual, porém nos relacionamentos. A privacidade, nesses termos, consistiria em uma forma de controle sobre o desenvolvimento de relações interpessoais. Assim, o ser humano forma diversos relacionamentos, com níveis diversos de intimidade, e a privacidade seria exatamente o direito de manter o nível de intimidade desejado para cada relacionamento formado.

Nesse contexto, Charles Fried (1970) defende que essa sorte de intimidade consiste na decisão sobre o compartilhamento de informações sobre as ações, crenças e emoções de uma pessoa, os quais cada um tem o direito de não compartilhar com ninguém. Assim, o direito à privacidade cria um capital moral que pode ser gasto em romances ou amizades – as próprias informações íntimas de um indivíduo, que, quando compartilhadas, aumentam o nível de intimidade de uma relação. Para o autor essas informações íntimas podem ser definidas como aquelas que os indivíduos desejam apenas revelar para poucas outras pessoas.

Novamente se trata de uma teoria muito estreita, uma vez que mira somente em aspectos de relações interpessoais, e não na autonomia privada da constituição da personalidade do indivíduo, por exemplo.

As seis concepções observadas, isoladamente consideradas, não conseguem abarcar todo o espectro de práticas sociais consensualmente tidas como protegidas pelo direito à privacidade, porém, coletivamente consideradas, demonstram várias facetas do que foi historicamente convencionado conhecer como privacidade.

Nesse sentido, Daniel J. Solove (2013, p. 1880) explica que na atual era da informação “[...] o sistema jurídico provê as pessoas com um conjunto de direitos para possibilitá-las a realização de decisões sobre como gerenciam seus dados”. São direitos primariamente de aviso, acesso e consentimento sobre a coleta, uso e divulgação de dados. Tais direitos têm como finalidade possibilitar o controle dos indivíduos sobre suas informações pessoais. Dessa forma, por meio desse controle, ter liberdade para decidir como sopesar os

benefícios e os custos da coleta, uso e divulgação de suas informações, Solove chama essa concepção de *privacy self-management*, a qual o presente trabalho se referirá como autogerenciamento da privacidade.

A concepção de autogerenciamento da privacidade engloba todas as práticas previamente citadas nas seis concepções anteriores, colocando o sujeito como centro de decisão sobre suas informações. É a forma como a privacidade tem sido vista na presente era da informação.

O conceito de autogerenciamento da privacidade, de acordo com Solove (2013), é albergado no consentimento do sujeito, buscando neutralidade sobre a substância, ou seja, se aquela forma específica de coleta, uso ou divulgação é boa ou nociva, e mirando sobre o consentimento do sujeito em inúmeras práticas de privacidade.

Stefano Rodotà também reforça o conceito de autogerenciamento da privacidade, afirmando que o direito à privacidade passou de “[...] definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída” (RODOTÁ, 2008, p. 17).

Anderson Schreiber lembra que essa concepção de privacidade não abarca somente a isenção da vida alheia, porém também deveres positivos, “[...] como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo titular, a qualquer tempo” (SCHREIBER, 2011, p. 131).

Assim, parece que a concepção do direito à privacidade como autogerenciamento da privacidade, fulcrado no consentimento individual, vem se ajustando como a forma presente de se compreender tal manifestação social no contexto da sociedade de informação.

Faz-se ainda uma diferença entre informações que gozariam de mais proteção e informações que necessitam de menos tutela, separando-as como dados pessoais (não sensíveis) e dados sensíveis. Tal diferenciação serve como critério para aferir violações à privacidade – a utilização de um dado sensível sem o consentimento do titular constitui uma ofensa a sua privacidade, porém a mesma situação quanto a um dado pessoal pode não ser considerada uma violação, dependendo do contexto.

Quanto aos dados pessoais, não sensíveis, Victor Drummond (2003, p. 34) os conceitua como “[...] aqueles mais facilmente susceptíveis ao tratamento, nome, sobrenome, data de nascimento [...] os quais, em um primeiro momento, não trazem em si extrema relevância no que se refere ao aspecto da privacidade do titular dos dados tratados”; quanto aos dados sensíveis, Danilo Doneda (2006, p. 160-161) afirma que esses

“[...] seriam determinados tipos de informação que, caso sejam conhecidas e processadas, prestar-se-iam a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva [...] informações sobre raça, credo, político ou religioso, opções sexuais”.

A diferenciação em questão se trata de mais uma forma de tentar criar critérios para aferir a violação de privacidade em um caso concreto, tendo em vista que dados sensíveis merecem proteção maior que dados pessoais, que servem meramente para a identificação do indivíduo. Porém estes últimos também gozam de proteção, não podendo ser utilizados de forma arbitrária ou lesiva.

Nesse sentido, da privacidade como autogerenciamento informacional, a coleta, utilização e divulgação de dados sem o consentimento do sujeito interessado consiste em uma violação ao seu direito à privacidade, logo uma invasão à sua vida privada. Deve-se esclarecer que este é um conceito histórico, construído para, de certa forma, manter a autonomia do indivíduo sobre sua própria vida dentro de uma sociedade onde a informação é um bem extremamente valorizado.

Deve-se ressaltar que tal capacidade de autogerenciamento não se trata de um direito absoluto. Principalmente por motivos de ordem pública a capacidade de autogerenciamento pode ser afastada, com fundamento em outros princípios e regras do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, em uma investigação criminal o direito de autogerenciamento da privacidade de um investigado pode ser afastado com a permissão de interceptações telefônicas, para assegurar o princípio do Estado de Direito. Essa tensão entre direitos é tratada por Robert Alexy (2008), por exemplo, como uma colisão de direitos, que deve ser solucionada com a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; Ronaldo Dworkin (2007), por sua vez, falaria em um sopesamento de direitos, devendo-se verificar a dimensão de peso dos princípios em colisão, decidindo o caso mediante relações de precedência.

Independente do método utilizado para resolução desse tipo de caso deve-se lembrar dos ensinamentos de Gadamer: na aplicação de conceitos como de privacidade á casos concretos é necessário utilização de uma espécie de *phronesis* pelo indivíduo, ou seja, uma sabedoria prática na aplicação do geral ao particular, levando em consideração a racionalidade e o contexto histórico tradicional no qual o intérprete-aplicador se encontra, buscando a melhor interpretação-aplicação para o caso concreto. Não se trata de um conjunto de significados fechados, cerrados, a ser seguidos, tampouco algo extremamente relativo, que pode conter

qualquer conteúdo, porém uma constante construção prudencial em busca de um significado mais adequado e coerente ao contexto.

4 ANÁLISE DO DIREITO À PRIVACIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Observou-se no último capítulo que o conceito corrente para o direito à privacidade na sociedade da informação diz respeito ao autogerenciamento da privacidade. Dessa forma, cabe ao indivíduo decidir como ponderar os riscos e benesses do consentimento para coleta, utilização e divulgação de suas informações. Trata-se de um significado construído levando em consideração a história e a tradição em que se vive principalmente no que tange o projeto da modernidade, de individualismo e afastamento da contingência (segurança), tentando preservar certa autonomia individual.

Assim, no presente capítulo pergunta-se: a racionalidade do sistema jurídico brasileiro, nos ramos civil e penal, segue essa noção de autogerenciamento da privacidade? Nos próximos tópicos serão analisados enunciados legais e decisões judiciais civis e penais brasileiras, com a finalidade de responder tal pergunta.

Ao analisar o sistema jurídico o mais interessante não é buscar respostas prontas e acabadas em seu texto, porém investigar a racionalidade que sustenta as significações construídas, ou seja, a razão daquele determinado enunciado ou decisão dentro da ordem jurídica. Nesse escopo trilhar-se-á a presente pesquisa.

4.1 PRIVACIDADE E QUESTÕES CIVIS

No sistema jurídico brasileiro a privacidade é um direito fundamental positivado na Constituição Federal em seu artigo 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”.

Outros direitos fundamentais presentes na Constituição Federal também se encontram sob o espectro do direito à privacidade, constituindo corolários desse princípio maior, como: inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI); inviolabilidade da correspondência e demais formas de transmissão de informação (art. 5º, XII); o direito ao acesso à informação e resguardo do sigilo de fonte, quando necessário para atuação profissional (art. 5º, XIV); dentre outros.

O Código Civil, por sua vez, na seara infraconstitucional, confirma a proteção à privacidade como um direito da personalidade, em seu art. 21: “[...] A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

A lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que objetiva estabelecer “[...] princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil”, em seu art. 3º dispõe que “[...] o uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II. Proteção da privacidade; III. Proteção aos dados pessoais, na forma da lei”. Em seu artigo 8º, ao seu tempo, o projeto dispõe que o pleno exercício do direito de acesso à internet é condicionado à garantia do direito a privacidade e a liberdade de expressão.

O Código de Defesa do Consumidor ao tutelar a formação e organização de base de dados com informações do consumidor, avançou quanto à matéria de proteção à privacidade nas relações de consumo. Muito embora tal normatização tenha sido construída à época para regulamentar serviços referentes à proteção de crédito, seu escopo recai sobre coleta, utilização e divulgação de dados na relação de consumo, apresentando pistas para os critérios de racionalidade que sustentam a proteção à privacidade no Brasil.

Nesse sentido, o art. 43 do CDC dispõe sobre a proteção de dados do consumidor: “[...] o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

No mais, o §2º do art. 43 impõe a obrigação de comunicar por escrito ao consumidor quando do registro dos dados pessoais e de consumo, em seu § 2º: “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Não obstante, o §3º do art. 43 prevê a possibilidade de o consumidor requerer a correção de seus dados: “[...] o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”.

Pode-se observar que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de proteger a privacidade em sede constitucional e infraconstitucional, não define claramente quais os critérios para proteção, utilizando de expressões vagas, que dependem muito mais da atividade interpretativa do intérprete-aplicador. O Código do Consumidor, como exceção, demonstra alguns critérios para a proteção da privacidade do consumidor nas relações de consumo, quando da coleta e utilização de suas informações nessa seara, começando-se a perceber uma inclinação

para a concepção de privacidade como autogerenciamento. Em ordem de pesquisar mais a fundo tais critérios, investigar-se-á a jurisprudência civilista brasileira nos próximos parágrafos, tendo principalmente em vista julgados dos tribunais superiores.

No Recurso Extraordinário 215.984, o Supremo Tribunal Federal analisou caso sobre a publicação midiática não consentida de fotografia. O Tribunal decidiu que essa sorte de utilização de imagem fotográfica de um indivíduo é uma afronta a seu direito de imagem – um direito de personalidade, assim como o direito à privacidade. Para a presente pesquisa, a importância do julgado não se refere ao direito violado (imagem), porém a fonte dessa violação – a falta de consentimento do indivíduo. Pode-se vislumbrar nessa construção um critério de autogerenciamento da imagem – que pode ser aplicável também a questões sobre privacidade.

Dano moral: fotografia: publicação não consentida: indenização: cumulação com o dano material: possibilidade; [...] CF, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X." (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002).

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 2002/0060956-7, sobre o uso indevido de imagem, afirmou que tal ato se tratava também de uma violação ao próprio direito à privacidade do indivíduo. Na decisão expressamente o STJ declarou que a “[...] ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade”. Novamente, nessa expressão, pode-se observar um critério de autogerenciamento, fundado no consentimento pessoal.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IMAGEM. USO INDEVIDO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. 1. Ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade. 2. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo que garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade. 3. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro provido e recurso especial de Daniel Faria Loureiro parcialmente provido. (REsp 440150 / RJ RECURSO ESPECIAL 2002/0060956-7; Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094); T2 - SEGUNDA TURMA; 19/04/2005).

No Recurso Especial 1168547/RJ, especificamente sobre privacidade na seara cibernética, no que tange à utilização de imagem de indivíduo não autorizada em sítio eletrônico espanhol, o STJ veiculou que:

Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. (REsp 1168547 / RJ RECURSO ESPECIAL 2007/0252908-3 Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) T4 - QUARTA TURMA 11/05/2010 DJe 07/02/2011).

Nesse sentido, o Tribunal em questão vê o consentimento como fundamento de todo uma construção do direito à privacidade, a capacidade do indivíduo decidir racionalmente sobre os benefícios e prejuízos da coleta, uso e divulgação de suas informações, tendo, portanto, como racionalidade da decisão uma espécie de autogerenciamento.

Em julgamento recente no Recurso Especial 1334097/RJ, foi discutida a exibição de documentário em rede nacional, sobre a sequência de homicídios conhecida como massacre da candelária, onde foi veiculado, sem consentimento, nome e imagem de indiciado nos crimes, posteriormente absolvido por negativa de autoria. Nesse caso, foi decidido que a exibição do documentário viola direitos de personalidade do indivíduo, principalmente a privacidade, no que tange ao seu direito ao esquecimento. Novamente a racionalidade que dirige a decisão é uma espécie de autogerenciamento da privacidade, uma vez que a violação ocorreu pela falta de consentimento do indivíduo retratado no documentário.

O critério de autogerenciamento da privacidade também pode ser observado na jurisprudência quanto às relações consumeristas. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento sobre a obrigatoriedade de informação por escrito ao consumidor quando da inserção de seus dados em base dados de proteção ao crédito, em ordem de manter certo controle do consumidor quanto a utilização de suas informações, mesmo em caso de dívida reconhecida. (STJ, REsp 789046 / RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. 24.07.2007).

O autogerenciamento da privacidade, porém, não é ilimitado – o direito a privacidade não é absoluto. Existem limitações jurídicas para seu exercício, dependendo sempre do contexto histórico tradicional no qual o sujeito se situa.

Um desses limites é a utilização de dados como elementos identificadores do indivíduo. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não haveria proteção constitucional aos dados pessoais como elementos identificadores, tendo em vista sua necessidade para o convívio em sociedade. Essa utilização, porém, não pode ser arbitrária e fora dos limites socialmente esperados. Dessa forma, faz uma diferenciação entre dados sensíveis e dados pessoais, mesmo que de forma implícita, justamente para disciplinar separadamente a forma de tratamento dos mesmos.

Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos — como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial etc., condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, r.g., filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privada (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito'. Não é demais evocar a jurisprudência emanada da Corte Suprema brasileira, em especial o trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que também dá amparo ao acolhimento da ordem pleiteada na peça exordial: 'Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da 'intimidade' protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse (STJ, Carta Rogatória n.º 297, Rel. Ministro Barros Monteiro, 18.09.06).

Desse modo, é possível observar tendência em classificar os dados de acordo com o impacto discriminatório que podem acarretar na vida do indivíduo, separando aqueles que servem apenas para identificação, daqueles de natureza da esfera íntima. Os dados sensíveis possuem nível maior de proteção do que os dados pessoais, pois podem ensejar práticas discriminatórias relativas à cor, credo e sexualidade, por exemplo.

Outra limitação, que pode ser observada na jurisprudência do STJ diz respeito à própria exposição do indivíduo como limitador de sua privacidade. Nesses termos, a exposição da vida íntima em ambiente público, ensejada por decisão deliberada do indivíduo, pode fazer com que, naquela determinada situação, seu direito à privacidade seja limitado, ou seja, uma decisão anterior (de exposição) limita decisões futuras (de proteção) – reduzindo o espaço de autogerenciamento.

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Recurso especial não conhecido. (REsp 595600 / SC; RECURSO ESPECIAL; 2003/0177033-2; Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098); T4 - QUARTA TURMA; 18/03/2004).

Pode-se observar também na jurisprudência do STJ que quando há referência a um indivíduo de forma accidental, como em caso de uso de sua imagem sem consentimento, em um contexto onde o objetivo não era a exploração de sua imagem, por exemplo, não havendo prejuízo ao indivíduo, não há o que se falar em violação da privacidade.

CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma accidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Recurso especial não conhecido. (REsp 85905 / RJ; RECURSO ESPECIAL 1996/0002388-3; Ministro ARI PARGENDLER (1104); T3 - TERCEIRA TURMA; 19/11/1999).

Em julgamento recente, no Recurso Especial nº 1335153/RJ, discutindo novamente a exibição de documentário exibido em rede nacional, sobre homicídio de repercussão nacional no ano de 1958, chamado caso “Aida Curi”, o STJ decidiu que não consiste uma violação à privacidade da família da vítima a veiculação do nome da mesma na televisão, uma vez que as suas informações estão atreladas à história pública, de modo que impossibilitaria contar a própria história sem as informações sobre a pessoa. Desse modo, trata-se de outra limitação para o autogerenciamento da privacidade. (REsp 1335153 / RJ Recurso Especial 2011/0057428-0; Ministro Luis Felipe Salomão (1140); T4 - Quarta Turma; 28/05/2013).

Conclui-se, nesse tópico, que, em matéria civil, o sistema jurídico brasileiro adota uma concepção de privacidade como autogerenciamento, fincado no consentimento do indivíduo, que possui a prerrogativa de decidir racionalmente os critérios para sopesamento dos males e benefícios na dação de consentimento para coleta, utilização e divulgação de seus dados. Logo, constitui uma violação ao direito fundamental à privacidade perpetuar quaisquer dessas ações sem seu consentimento.

Existem, porém, exceções a essa regra, como no caso da utilização de dados de identificação, em certas situações; quando o próprio indivíduo decide, mesmo que implicitamente, abdicar de sua privacidade; quando citado de uma maneira accidental, sem prejuízos decorrentes; ou quando as informações do indivíduo estão, de certa forma, atreladas à história pública, de modo que impossibilitaria contar a própria história sem as informações

sobre determinada pessoa; dentre outras. Assim, o direito ao autogerenciamento da privacidade não é absoluto, possuindo limites em certas situações.

4.2. PRIVACIDADE E MATÉRIA PENAL

Diversas figuras típicas do Código Penal têm como condão proteger o direito à privacidade do indivíduo, como por exemplo: violação de domicílio (art. 150); violação de correspondência (art. 151); divulgação de segredo (art. 153); e a violação de segredo profissional (art. 154). Une todos esses crimes a racionalidade que os fundamenta – só se trata de uma violação pois o agente perpetrador da conduta não possuía o consentimento da vítima. Isso fica claro no crime de violação de domicílio: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Se houvesse consentimento para adentrar ao domicílio, não se trataria de crime.

A Lei 12.737/2012 adicionou o art. 154-A ao Código Penal, tipificando a conduta de invasão de dispositivo informático. Tal enunciado normativo incrimina a invasão “[...] mediante violação indevida de mecanismos de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidade para obter vantagem ilícita”.

Vê-se assim, novamente, que a condição para ocorrência do crime é a ausência de autorização expressa ou tácita do titular, ou seja, falta de consentimento da vítima. Observa-se, nesse sentido, que a racionalidade da lei penal também se adequa ao conceito de privacidade como autogerenciamento, uma vez que se fundamenta na capacidade racional do consentimento individual para aferir possíveis violações.

Cabe ressaltar que o direito ao autogerenciamento da privacidade não é absoluto na esfera penal, devendo, por vezes ceder diante de outras normas, ou ser relativizado em razão da suspeita de práticas criminais. O Supremo Tribunal Federal, no AI 655.298-AgR, entendeu que o direito ao sigilo bancário, corolário do direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses públicos, sociais e de justiça. Assim, apesar do indivíduo possuir, *prima facie*, direito à gerência de seu sigilo bancário, diante de certas situações esse poderá ser quebrado, sem seu consentimento.

Por sua vez, a Lei 9.296/1996 permitiu a interceptação de comunicações telefônicas em caso de investigações criminais. O Supremo Tribunal Federal, no HC 103.236, considerou que tal ação não consiste em uma afronta a privacidade do indivíduo, sendo uma medida de

caráter excepcional, autorizada quando preenchidos os requisitos legais e constitucionais. Assim, diante de suspeita fundada de prática criminosa, o direito ao autogerenciamento da privacidade do indivíduo também pode ser relativizado, e suas comunicações interceptadas sem consentimento.

Nesse sentido, pode ser também observada na jurisprudência criminal o critério de racionalidade da privacidade como autogerenciamento, fundamentado no livre consentimento do indivíduo. Revela-se também que tal direito não é absoluto, podendo ser relativizado diante de certas situações na seara criminal.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o intuito de perguntar como a privacidade pode ser interpretada no mundo contemporâneo, na sociedade da informação, tendo por hipótese que o esclarecimento de tal conceito auxiliaria no buscar por critérios para aferir possíveis violações ao direito à privacidade.

Partiu-se da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer como modelo de interpretação. A partir dela observou-se que o mundo é um construído, e não um dado – todos os seus significados dependem de juízos interpretativos, os únicos possíveis, de alguma visão em determinado contexto histórico-tradicional, sempre eivada de preconceitos. Porém o ser humano é um ser-jogado, dentro de um mundo de significações construídas que o preexistiam – cabendo a ele encontrar significações para o mundo coerentes com esse universo de pré-compreensão. Essa atividade é possibilitada pelo diálogo, mesmo com um texto, que permita uma fusão de horizontes com objetivo a um entendimento intersubjetivo. Desse modo, cabe ao sujeito utilizar de uma espécie de sabedoria ética prática (*phronesis*) para interpretar e aplicar o conhecimento geral no caso particular da melhor forma possível – não se tratando de uma lista fechada de regras, tampouco de um saber relativo, que pode conter qualquer conteúdo. Não se trata de encontrar a verdade subjacente escondida, porém de construir significados mais coerentes com o contexto histórico-tradicional.

Desse modo, passou a investigação de significados construídos para a privacidade no contexto histórico contemporâneo. Foram vistas seis concepções: o direito de ficar sozinho; o limitado acesso à pessoa; privacidade como segredo; controle de informações pessoais; privacidade como direito de constituição de personalidade; e intimidade. Todos os conceitos apresentam pontos positivos e negativos, não sendo capazes de abarcar toda a significação necessária isoladamente. Daniel Solove propõe o conceito de privacidade como

autogerenciamento, construção que abarca todas as outras previamente observadas, fundamentada na capacidade racional de decidir critérios para o sopesamento de benefícios e males quanto ao consentimento para coleta, uso e divulgação de informações sobre o indivíduo.

Em um terceiro momento foi analisado que o conceito de privacidade como autogerenciamento se adequa com o critério de racionalidade sobre direito à privacidade e possíveis violações no sistema de direito brasileiro, uma vez que o critério utilizado tem como fundamento o consentimento informado do agente. Tal empreitada foi perpetuada a partir da análise de enunciados normativos e jurisprudência na seara civil e criminal.

Apesar de toda essa construção, admito que ainda tenho dúvidas quanto a capacidade significativa do consentimento individual fundamentar toda uma construção de privacidade como autogerenciamento. Reconheço a importância dessa construção no auxílio à proteção de direitos individuais, porém desconfio da capacidade de um consentimento realmente informado no meio cibernético, pelo menos nos moldes atuais. Muitos fatos o impedem, por exemplo: a política de termos de adesão – enormes, com letras pequenas e muitas vezes ilegíveis; o desconhecimento sobre o valor econômico de dados pessoais no meio cibernético – os serviços parecem ser gratuitos, mas são cobrados mediante uma moeda ainda pouco divulgada como tal – dados pessoais; problemas de ordem cognitiva quanto ao entendimento do meio cibernético; tecnologias como de Big Data – fazendo conexões entre dados e criando informações sobre determinado objeto; dentre outras. Na impossibilidade de um consentimento realmente informado, vejo também um grande déficit na possibilidade de fazer escolhas racionais sobre benefícios e prejuízos sobre coleta, uso e divulgação de dados pessoais.

Por esses motivos desconfio da capacidade da construção da privacidade como autogerenciamento possibilitar um controle significativo da vida privada na era da informação. Talvez o caminho seja uma desconstrução do próprio entendimento da privacidade como autogerenciamento, principalmente no que tange a capacidade de consentimento racional, possibilitando a construção de um conceito mais adequado à proteção de direitos individuais em nosso tempo.

Assim, devo constatar, em conjunto com Le Moigne (2006), que toda teoria é uma modelização da realidade – funciona como um mapa. A realidade é extremamente complexa, logo precisamos de uma redução de complexidade em ordem de entendê-la. A teoria, então, é uma redução de complexidade da realidade, para compreendê-la de certa forma. Assim como um mapa, permite que se chegue a algum lugar. Mas a teoria não pode ser confundida com a

realidade, assim como um mapa não pode ser confundido com a cidade, se o mapa fosse igual a cidade, seria ela mesma, e não um mapa e isso também vale para teoria.

Toda teoria, assim como todo mapa, tem a finalidade de situar alguém dentro de uma realidade complexa. A física permite compreender como funcionam certos fenômenos naturais, assim como a química; a matemática permite chegar a resultados comprovados, mediante uma prova matemática; a teoria do direito permite se situar dentro da realidade de normatização social.

Nesse esteio, caso uma teoria não consiga exercer sua finalidade – guiar os sujeitos em um espaço complexo, deve ser descartada, buscando-se outra mais adequada para tal tarefa.

Há um grande problema em ontologizar teorias, ou seja, confundi-las com a realidade, pois esse descarte se torna mais difícil. Se se pensar a teoria como realidade, é muito mais difícil descartá-la. Isso me lembra Pirro de Élis, o filósofo cético, que diante da incapacidade de encontrar um significado verdadeiro para a vida, se contenta, em seu ceticismo, a continuar buscando (LAÉRCIO, 1977).

Afinal, talvez o que realmente importe são melhores perguntas, e não respostas prontas e acabadas.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CARR, David. **The paradox of subjectivity: the self in the transcendental tradition**. New York: Oxford University Press, 1999.

CUTROFELLO, Andrew. **Continental philosophy**. New York: Routledge, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DELEUZE, Gilles. Controle e devir. In: DELEUZE, Gilles. **Conversações**. São Paulo: Editora 34, 1992.

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

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

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2009.

FRIED, Charles. **An anatomy of values**: problems of personal and social choice. MA: Harvard University Press, 1970.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2009.

GODKIN, Edward L. The rights of the citizen, IV – to his own reputation. **Scribner's Magazine**, v. 8, n. 1, 1890.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introducción a la hermenêutica filosófica**. Barcelona: Herder, 1999.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **A caminho da linguagem**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HODGE, Joanna. **Heidegger and ethics**. London; New York: Routledge, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAÉRCIO, Diógenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Brasília, Ed. UnB, 1977.

LE MOIGNE, Jean-Louis. **La théorie du système general**: théorie de la modélisation. Paris: IC-MCX-APC, 2006.

MELNICK, Arthur. **Kant's theory of the self**. New York: Routledge, 2008.

MILLER, Arthur. **Assault on privacy**: computers, data banks and dossier. Michigan: University of Michigan Press, 1971.

NUNES, Benedito. **Heidegger & ser e tempo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

O'BRIEN, David. **Privacy, law and public policy**. New York: Praeger, 1979.

- ORWELL, George. **1984**. 25. Ed. São Paulo: Nacional, 2001.
- PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1969.
- POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- RICOUER, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Petrópolis: Vozes, 2008.
- RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUBENFELD, Jed. **The right to privacy**. MA: Harvard Law Review, v. 102, n. 4, 1989.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOLOVE, Daniel J. Privacy self-management and the consent dilemma. **Harvard Law Review**, v. 126, 2013.
- STRECK, Lênio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- _____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, 1890.
- WILSON, Margaret Dauler. **Descartes**. New York. Routledge, 1982.
- ZABALA, Santiago. Religion without theists and atheists. In: RORTY, Richard; VATTIMO, Gianni. **The future of religion**. New York: Columbia University press, 2004, p. 4.