

Área: Direito Privado – Direitos da Personalidade – Direito e Internet.

Os limites da autodeterminação informativa frente aos direitos da personalidade: considerações sobre privacidade, intimidade e vida privada na Internet.

Fernando Amorim Soares de Mello
fernando.amorim.mello@usp.br
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP

Ribeirão Preto
Outubro de 2010

1) Introdução

“O legislador tem sempre o passo trôpego. Caminha com vagar. Bem mais lentamente que os fatos sociais, que evoluem e reivindicam normas e providências. Mas que vão avante, valores novos ou desprotegidos que surgem, a reclamar tutela. A tarefa de renovação é ininterrupta”.

Paulo José da Costa Jr. (1970)

O tom profético do discurso de Costa Jr. em sua proeminente tese “O Direito de Estar Só” reveste-se de atualidade e vigência, principalmente no âmbito da análise dos direitos da personalidade. Neste trabalho, daremos peculiar ênfase ao direito à privacidade e intimidade, manifestações do direito ao respeito à vida privada e cujas distinções apresentaremos em momento oportuno.

Como veremos, o conceito contemporâneo de privacidade encontra suas origens em Warren e Brandeis¹, cujo brado consistiu exatamente na necessidade de adaptação da tutela jurídica de um direito inerente ao indivíduo frente ao desenvolvimento de novas tecnologias – à época, o registro da imagem por meios fotográficos e ampla divulgação na imprensa. Consideraremos, aqui, os limites (ou seriam ilimitações?) da autodeterminação informativa face aos meios cibernéticos.

Capelo de Souza sublinha que as inovações tecnológicas engendradas no segundo grande pós-guerra do século XX acarretaram o surgimento de novas formas de intrusão à vida privada do indivíduo, tendo o europeu desenvolvido uma “consciência dos riscos de subalternização face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado”². Em outras palavras, passou a reivindicar um espaço próprio (físico e psíquico)³, uma esfera dinâmica de resguardo que lhe possibilitasse defesa e autoafirmação em seu meio social⁴.

A globalização desenfreada permitiu a propagação desse ideal⁵, culminando em sua classificação como direito fundamental decorrente da personalidade humana⁶. Sua positivação, portanto, surge como ação afirmativa de seu ser, reconhecendo-o como

¹ The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 4, dec.1890.

² *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 84.

³ Cf. Lucrecio Rebollo Delgado, *Derechos fundamentales y protección de datos*, 2004, p.40.

⁴ Cf. Capelo de Souza, loc. cit.

⁵ Nuria Matellanes Rodríguez, *Contexto supranacional de la punición del intrusismo informático*, 2010, p.116.

⁶ Como observa Perez Luño, integra aqueles que são “derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en el Estado de Derecho”. (*Los derechos fundamentales*, 1995, p. 175.)

direito previamente existente e intrínseco ao ser humano. A adoção desta doutrina pela quase totalidade dos sistemas jurídicos possibilita uma discussão ampla e que perpassa os limites da *Common* ou *Civil Law*⁷, como observaremos no decorrer do trabalho.

2) Abordagem dos conceitos de privacidade, intimidade e vida privada sob a ótica do Direito

Como já ressaltado, a discussão acerca de uma definição contundente do direito à privacidade como reconhecido hoje encontra suas origens no fim do século XIX, com o notório artigo de Warren e Brandeis sobre o tema. Neste, engendrou-se um *right to be alone* como direito próprio à individualidade humana, referente não apenas a um conceito estanque e “positivável” de privacidade, mas ao conforto, dignidade e tranquilidade⁸ essenciais para o bom desenvolvimento da personalidade humana.

Em complementação a estes conceitos, William L. Prosser enunciou, em meados do século XX, quatro formas de proteção à *privacy* em *tort law*:⁹a) *intrusion upon seclusion*; b) *public disclosure*; c) *false light*; d) *misappropriation or the right of publicity*¹⁰.

Contemporaneamente a Prosser, Hubman propôs uma divisão do conceito em camadas, círculos concêntricos¹¹. A esfera individual diria respeito ao modo de ser próprio do indivíduo, das idiossincrasias que possui como ser humano que é¹², dela emanando, portanto, o direito de que estas não sejam lesadas. A esfera privada, por sua vez, trataria de um direito à *riservatezza*¹³ privada, manifestado, por exemplo, no direito a que determinadas informações ou circunstâncias referentes à sua vida privada não sejam expostas¹⁴ a um público distinto daquele a que se destinam. Capelo de Souza

⁷ Marcel Leonardi, *Tutela da privacidade na internet*, 2009, p. 20.

⁸ Jed Rubenfeld, *The end of privacy*, 2008, p. 117.

⁹ Peculiar aos países de Common Law, *tort law* se refere a atos lesivos (civis) frente aos quais há meios legais de reparação ou indenização, equiparável, portanto, ao instituto da responsabilidade civil da *Civil Law*. Na definição do Black's Law Dictionary, “a civil wrong for which a remedy may be obtained”.

¹⁰ Privacy, *California Law Review*, Berkeley, vol. 48, 1960. Como observa Craig Tindall, estes direitos tiveram sua origem na proteção dos indivíduos contra intrusões do Estado. No que se refere a uma outra situação em particular, o autor afirma: “In the United States there's no right of privacy against private entities such as corporations. Short of some highly injurious or offensive use, corporations can use personal information about customers in almost any manner they believe might be profitable.” (**Argus rules**: the commercialization of personal information, 2003, p.187.)

¹¹ Cf. **Das Persönlichkeitsrecht**. Colônia: Böhlau, 1967.

¹² Incluindo-se, portanto, na primeira definição de direitos da personalidade enunciada pelo professor Carlos Alberto Bittar: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento.” (**Os direitos da personalidade**, 1995, p.10)

¹³ Paulo José da Costa Jr., **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade, 1970, p. 27.

¹⁴ O que é abarcado pelo segundo item da divisão de Bittar: “b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).” (loc.cit.).

observa que, a partir daí, distinguiu-se também a esfera privada da íntima¹⁵. Privacidade (mais ampla, englobando a intimidade e o segredo) e intimidade (restrita e secante ao círculo do segredo) passaram, portanto, a ser analisadas como conceitos distintos¹⁶, concêntricos e internos ao círculo da vida privada¹⁷.

Ilustrativamente, tem-se um direito (emanado da personalidade de cada indivíduo, logo, personalíssimo) de ter sua vida privada respeitada, seja por meio da não invasão de determinados âmbitos de sua vida sem seu consentimento (privacidade), seja pela não publicidade das circunstâncias e informações por ele divulgadas em âmbito íntimo, de “não ser arrastado para a ribalta contra a vontade” (intimidade).¹⁸

As noções de privacidade e intimidade aqui expostas reforçam o caráter subjetivo¹⁹ destes direitos da personalidade. Ainda que aparentemente redundante, atestar a subjetividade de um direito da personalidade é o mesmo que ressaltar a faculdade do titular de não demandá-lo. No caso em tela, significa que, embora possuamos o direito de que nossa esfera privada não seja invadida, bem como de que nossas informações íntimas não sejam amplamente divulgadas, podemos dispor negativamente²⁰ destas faculdades, objeto do tópico a seguir.

3) Questionamentos sobre a autodeterminação informativa²¹ e os novos desafios do Direito frente a evolução e popularização dos serviços virtuais.

¹⁵ Op.cit., p.41.

¹⁶ “No obstante, el término “íntimo” se puede utilizar también en un sentido amplio que se identificaría con lo privado.” (Carlos Ruiz Miguel, **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**, 1995, p.58).

¹⁷ Costa Jr., op.cit., p.33.

¹⁸ Ibid., p. 40.

¹⁹ A este respeito, assevera Capelo de Souza: “Noção esta em que assume particular relevância o facto de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjectivo, ou seja, face a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportameto positivo ou negativo, normativamente determinado, com a possibilidade de recurso aos tribunais para a instauração de providências coactivas, caso tal comportamento não se verifique”. (op.cit., p.93)

²⁰ “A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. [...] Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações.[...] Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade”. (Roxana Cardoso Brasileiro Borges, **Direitos de personalidade e autonomia privada**, 2007, p.120.)

²¹ Predominante na doutrina ibérica e que classificamos aqui como uma manifestação mais ampla do consentimento informado no âmbito do direito à privacidade, especialmente relevante na discussão sobre as novas tecnologias cibernéticas na medida em que o conceito se refere não apenas ao ato informativo, mas ao direito de controle do fluxo das informações pessoais disponibilizadas. Nas palavras de Wilson Zauhy Filho, é “o direito de o indivíduo poder dispor dos atos de informação pessoais próprios e, portanto, permitir ou recusar seu uso por parte das agências de informação que manejam os bancos de dados; direito de controlar a veracidade dos dados, o acesso a seu conhecimento por parte de terceiros e o uso que deles se faça com finalidades sociais, econômicas ou políticas”. (A **proteção do direito à privacidade à luz da informática**: o direito ao habeas data – liberdade informática e autodeterminação de dados, 2001, p.59)

A evolução das tecnologias informáticas e cibernéticas vem tornando necessária a rediscussão dos conceitos enunciados no tópico anterior²². Os serviços fornecidos pelos provedores encontram-se em constante evolução e demandam, a exemplo da expansão da *Web 2.0*, uma colaboração cada vez mais direta do próprio usuário da rede mundial de computadores.²³

De início, havia uma sensação – real – de privacidade no uso da Internet, tendo em vista a baixa regulação promovida pelos provedores.²⁴ O rol de opções que dispunha o usuário da *web* era restrito e de cunho muito mais informativo, quando não meramente acadêmico, o que de fato explicava a falta de controle.

A *entretimentização* da Internet, com destaque ao avanço acelerado das redes sociais virtuais pelo mundo, estabeleceu novas formas de intrusão à vida privada e intimidade dos indivíduos. Não se trata, contudo, de uma evolução que afeta apenas os usuários de Internet, uma vez que nada freia a disponibilização de informações pessoais na rede, independentemente do sujeito a que digam respeito.

Entretanto, a grande alteração de paradigma trazida pelas redes sociais foi a abertura de um canal por meio do qual o próprio usuário controla a disponibilização de informações privadas²⁵ a seu respeito – seja para um grupo de amigos, seja para a generalidade dos usuários da rede. Ressante-se, porém, que grande parte da privacidade presumida pelos usuários que restringem o acesso geral aos seus dados é também relativa, uma vez que o próprio meio utilizado já pertence a outrem (provedores de serviço), a quem se vinculam por meio de contratos de adesão²⁶ (muitas vezes abusivos para a legislação brasileira, ou aos quais adere-se sem nem tomar conhecimento).

No que tange a tutela legal do tema, já observamos que desde sua origem anglo-saxã vêm sendo desenvolvidos meios legais para evitar a exposição alheia, ou seja,

²² “En una sociedad como la que nos está tocando vivir, en la que la información, es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario.” (Perez Luño, op. cit., p. 176.)

²³ Sobre a *Web 2.0*, cf. <<http://webinsider.uol.com.br/2006/10/30/o-que-e-web-20>>; <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20173.shtml>>. Acessados em 15-09-2010.

²⁴ “At its birth, the Internet gave individuals great freedoms of speech and privacy. This was because it was hard, under its original design, for behavior on the Net to be monitored or controlled. And the consequence of its being hard was that control was rarely exercised.” (Lawrence Lessig, **Future of ideas: the fate of the commons in a connected world**, 2001, p. 140.).

²⁵ “On the web, the most popular innovations of the past few years are social networking applications designed to help people share what is clearly private information – your tastes and preferences [...] or even, in the case of Twitter, a 140-character miniblog about what you are thinking about right this minute”. (Downes, op. cit., p.79)

²⁶ Doc Searls, Do we have to “trade off” privacy?, **Doc Searls Weblog**, set. 2010.

aquela em que terceiros violam o direito à privacidade ou divulgam circunstâncias íntimas de um indivíduo qualquer²⁷. Todavia, o grande cerne que envolve a discussão atual sobre o tema diz respeito à abdicação voluntária do interessado ao seu direito de privacidade. Não há terceiros violando sua esfera privada, mas ele próprio que, usando de seu arbítrio²⁸, oferece aos demais usuários detalhes pessoais e muitas vezes de caráter intimamente privado. Assim, consideraremos como a expressão máxima da autodeterminação informativa esta superexposição voluntária dos usuários na internet.

As razões deste fenômeno, principalmente entre os jovens²⁹, encontram amparo na fragilidade dos laços sociais enunciada por Zygmunt Bauman, característica da pós-modernidade³⁰. Assevera o sociólogo que

a proximidade virtual reduz a pressão que a contiguidade não virtual tem por hábito exercer. Ela também estabelece o padrão para todas as outras proximidades. Toda proximidade está agora no limite de medir seus méritos e falhas pelo modelo da proximidade virtual.³¹

Desenvolvendo a ideia do sociólogo, o processo de auto-exposição voluntária na Internet pode ter uma relação compensatória com a liquidez social já afirmada. Há um entendimento cultural no sentido de observar os meios virtuais como independentes da vida real dos usuários, uma Utopia em que se poderia colocar em prática as inviabilidades da vida cotidiana. As próprias redes sociais trouxeram à tona mecanismos que evidenciam isso, a exemplo das ferramentas destinadas a “bloquear” outros usuários ou conteúdos – quebrando de forma imediata vínculos (ainda que líquidos) de uma maneira que não fariam em âmbito não virtual.

Uma vez (supostamente) isentos dos riscos, os usuários da web sentem-se, pois, livres para prosseguir com a superexposição de sua esfera íntima. Não obstante, valorizam cada vez mais seu direito à privacidade – enquanto, paralelamente, dele abrem mão –, colocam-se no denominado *privacy paradox*³², discutido de forma ampla mormente pela doutrina anglo-saxã. O que observamos, porém, é que o dito paradoxo se explica de outra forma: não se trata de uma maior valoração concedida pelo indivíduo à própria privacidade, mas ao direito de que não seja violada sem seu aval.

²⁷ Solove, op. cit., p. 196

²⁸ Elimar Szaniawski, **Direitos de personalidade e sua tutela**, 2005, p. 323.

²⁹ Marwick, Murgia e Palfrey, **Youth, privacy, and reputation**, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series (Harvard University)*, paper n.º 10-29, 2010.

³⁰ Cf. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos, 2004.

³¹ *Ibid.*, p.82

³² Cf. Susan B. Barnes, **A privacy paradox**: Social networking in the United States, 2006; H. Brian Holland, **Privacy paradox 2.0**, 2010; e Downes, op.cit., p. 80.

Na seara dos impactos da ampliação da autodeterminação informativa no campo dos direitos da personalidade em questão, entendemos que abrir mão destes, em certa medida, não implica sua disponibilidade efetiva³³: o direito permanece intacto e inerente à essência humana do indivíduo; seu exercício, porém, pode encontrar regulamentações (positivas ou negativas) na autodeterminação informativa. Sobre este peculiar aspecto, Murilo de la Cuerva considera que

si es evidente que, al menos en parte, coinciden el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa, ya no lo es tanto que puedan considerarse incluidas en el primero las exigencias relacionadas con la protección de los datos de carácter personal no encuadrables en la noción de intimidad en sentido estricto.³⁴

Analisando a correlação entre a tutela dos direitos da personalidade e a autodeterminação informativa, ganha força, pois, a tese que sustenta a persistência do direito ainda que frente a renúncia de seu exercício.

Contudo, certos autores admitem o contrário, que havendo disposição negativa do exercício à intimidade este se tornaria inexistente. Para Pontes de Miranda,

Se A consentiu em que se desvelasse essa intimidade, - o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento “intimidade”; se A consentiu em que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente³⁵.

Capelo de Souza, por sua vez, propõe a seguinte análise:

Não haverá, desde logo, comportamentos antijurídicos quando se trate de relato de acontecimentos da vida gerais e comuns a qualquer pessoa se não forem divulgados pormenores íntimos, quando as circunstâncias do ser e da vida privada sejam tornadas pelos próprios interessados livremente acessíveis ou ainda quando o titular não guarde ele mesmo o seu segredo.³⁶

Insistimos que, ainda que o consentimento acarrete a antijuridicidade da intrusão – que perde seu caráter invasivo –, não se justifica reconhecer o direito referido como inexistente a partir de então. O foco da disponibilidade neste caso não deve ser o direito em si, mas seu exercício. Sendo os direitos à privacidade e intimidade intrinsecamente vinculados à personalidade humana, seria impossível dispor destes direitos, despindo-se de um hipotético “véu da personalidade” sem que este sofresse rasgos existenciais. Ao passo que o direito personalíssimo é manifestação da personalidade (e dela decorrente),

³³ Borges, op.cit., p.114.

³⁴ **El derecho a la autodeterminación informativa**: la protección de los datos personales frente al uso de la informática, 1990, p.26.

³⁵ **Tratado de direito privado**, atual. Wilson Rodrigues Alves, 2000, p.159.

³⁶ **O Direito geral da personalidade**, p. 341

seu exercício resta qualificado como manifestação secundária, não se vinculando diretamente à personalidade em si, viabilizando, desta forma, que dele se disponha positiva ou negativamente sem prejuízo à personalidade a que se refere.

Portanto, conclui-se novamente que a autodeterminação informativa aqui tratada não produz antinomias frente aos direitos da personalidade em tela. Ainda que represente limitações principalmente ao direito à intimidade, não implica supressão deste³⁷.

4) Perspectivas atuais e futuras sobre a tutela da privacidade, intimidade e vida privada em âmbito virtual

Não há consenso a respeito do papel do Direito frente ao controverso contexto da privacidade e superexposição voluntária. Concordamos com Solove³⁸ que uma intervenção pública direta no assunto, por meio de restrições a certos comportamentos do usuário da Internet, beiraria o autoritarismo e deve ser afastada.

A vedação de manutenção de bancos de dados e informações pessoais far-se-ia também ilusória, tendo em vista a velocidade e facilidade de propagação de dados em meio virtual. Por outro lado, a inércia do Estado frente a um cenário no qual surgem novas e claras ameaças aos seus tutelados daria ensejo à perpetuação do injusto.

Víctor Rodríguez pondera, em perspectiva penal do assunto, que

o anonimato, então, no uso da rede, seria grande garantia da intimidade, porquanto impediria que dados pessoais fossem colhidos ou identificados. Assim, a impossibilidade de identificar o usuário que acessou tais e quais páginas, que fez essa ou aquela compra ou um e outro comentário figuraria como proteção da vida privada, dada a função específica da Internet.³⁹

Trata-se de uma proposta de anonimato relativo⁴⁰, uma vez que os próprios provedores possuiriam meios de identificar, a partir dos pontos de acesso, os usuários que realizaram determinada ação⁴¹, relatividade necessária também para evitar que se

³⁷ Edilson Pereira De Farias, **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2000, p. 143.

³⁸ Op. cit., p. 190.

³⁹ **Tutela penal da intimidade**: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação, 2008, p. 88.

⁴⁰ No mesmo sentido, Solove assevera que “in many instances, we can protect both privacy and speech by allowing people to tell their stories anonymously” (**The future of reputation**, 2007, p. 191)

⁴¹ Cf. Brian Kane, **Balancing anonymity, popularity, & micro-celebrity**: the crossroads of social networking & privacy, 2010, p.357; e Sears, op. cit.

torne um fator criminógeno⁴². Em outras palavras, uma “redefinição da intimidade para a rede”.⁴³

A vedação ao anonimato pela Carta Magna brasileira consistiu em uma escolha política do nosso constituinte.⁴⁴ Não surgiu em decorrência da dignidade da pessoa humana, tampouco de outro princípio universal e intrínseco ao homem como ente social. Assim, o debate trazido por Rodríguez é válido e salutar, ainda que o conceito de anonimato não seja aplicável sob a luz do ordenamento jurídico pátrio vigente⁴⁵.

Em abordagem mais radical, Downes propõe a relativização máxima do conceito de privacidade, com sua consequente transformação em *commodity*.⁴⁶ Segundo o professor de Stanford, o debate não deve rever o conceito de privacidade para os usuários da rede – posto que estes encontram-se dispostos a trocá-la por serviços⁴⁷ –, mas a valoração desta para que sua mercantilização ocorra de maneira justa⁴⁸. Portanto, o debatedor deverá refletir sobre o valor que concede à própria privacidade, escolhendo os serviços que está disposto a adquirir em detrimento dela⁴⁹.

Desta forma, o autor retira a privacidade do âmbito dos direitos da personalidade e a ela outorga caráter patrimonial⁵⁰. Desta forma, seria criado um mercado de personalidades⁵¹ em que dados individuais seriam comercializados por seus

⁴² Rodríguez, op.cit., p. 92.

⁴³ Ibid., p. 88.

⁴⁴ Observe-se que a legislação infra-constitucional admite formas de anonimato, por exemplo na denúncia anônima como catalisadora de investigações preliminares ao inquérito no processo penal.

⁴⁵ Op.cit., p. 92. Em contraponto, Basso e Polido discordam frontamente da tese, afirmando que “a possibilidade de anonimato sistemático nas redes digitais torna os litígios de Internet muito especiais em relação aos conflitos humanos comum.[...] O anonimato de tantos usuários de internet permite a prática de crimes, violação de direitos da personalidade e de direitos de propriedade intelectual.” (**Jurisdição e lei aplicável na internet**: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social, 2008, p.461.)

⁴⁶ Op. cit., p.87; No mesmo sentido, Marwick, Diaz e Palfrey, op. cit., p.23.

⁴⁷ Cf. H. Brian Holland, **Privacy paradox 2.0**, 2010, p. 901.

⁴⁸ Holland, ibid., p.895.

⁴⁹ Downes, **The laws of disruption**, 2009, p.80.

⁵⁰ Litman tece dura crítica a este modelo, considerando a criação de novos *torts* – ou atualização dos já existentes – como solução mais plausível para a questão: “A tort law breach of trust approach does have significant advantages over a privacy-as-property model. It avoids the trap of alienability and the perverse incentives that a market in alienable personal data would create” (**Information privacy/information property**, 2000, p.1312). De Cupis, por sua vez, observa a prevalência de um direito não-patrimonial sobre um direito patrimonial de forma que um hipotético direito de propriedade sobre a própria privacidade rebaixaria o conceito desta numa macro-análise jurídica (**Os direitos da personalidade**, Trad. Afonso Celso Furtado Rezende, 2004).

⁵¹ “Daí se corroborar a afirmativa de um imprescindível e necessário nível de circulação de informações pessoais, inclusive (e principalmente) no mercado” (Diego Carvalho Machado, **Autonomia privada, consentimento e corpo humano**: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica, 2010, p.38)

“proprietários”⁵². Trata-se de uma ideia especialmente interessante ao *marketing* cibernético: por meio de um banco de dados de informações pessoais⁵³ as empresas poderiam anunciar diretamente a um público mais propenso a aceitar seu produto, otimizando de forma contundente a abordagem aos consumidores e evitando as perdas que teriam nos usuais “tiros no escuro” do marketing⁵⁴.

Na realidade, é sabido que o controle de informações pessoais na internet já ocorre há tempos⁵⁵, mas sem o consentimento dos usuários. Estes divulgam informações sem cogitar que softwares especializados em vasculhar a rede irão captar e armazená-las em bancos de dados especializados⁵⁶. A solução de Downes vincularia a “propriedade” do direito à privacidade ao seu legítimo “portador”, que, a partir daí, poderia dele dispor de acordo com sua própria discricionariedade, sem o intermédio de terceiros indesejados e, seguindo a lógica de mercado, implicando sua valorização⁵⁷.

5) Conclusões

Da análise do exposto, temos diversas posições que demonstram ter o usuário-médio da rede mundial de computadores desenvolvido uma tendência a se orientar nos rumos da disposição negativa de seu personalíssimo direito à privacidade e intimidade.

Entendemos, todavia, que não se trata de uma renúncia, uma vez que, apesar desta relativização, ainda resta sobre o direito à privacidade um interesse, uma pulsão de

⁵² Downes, *op.cit.*, p. 86. Parte da doutrina brasileira também admite a realização de negócios jurídicos, inclusive onerosos, com a própria privacidade, a exemplo de Roxana Borges: “A existência dessas revistas e programas só é possível diante da possibilidade de se fazerem negócios jurídicos tendo como objeto a própria privacidade. [...] Algumas vezes os negócios abrangem amplamente a vida privada das pessoas, outras vezes, apenas alguns de seus aspectos. (op. cit., p. 166).

⁵³ “Gravi minacce alla riservatezza possono derivare dalla diffusione dell’informatica. I computers possono essere utilizzati, e vengono sempre più largamente utilizzati, per la tenuta delle cosiddette banche dei dati, ossia per la sistematica raccolta e memorizzazione di informazioni. Queste possono essere[...] notizie di carattere soggettivo, ossia notizie sul conto di persone, di imprese, di enti...” (Francesco Galgano, **Diritto privato**, 2006, p. 96)

⁵⁴ Downes, *op. cit.*, p.83

⁵⁵ Rita Peixoto Ferreira Blum, **Direito do consumidor na internet**, 2002, p.86.

⁵⁶ Interessante reflexão pode ser feita a partir do fato de que, aqui, softwares – robôs, *lato sensu* – são responsáveis pela intrusão na esfera privada dos indivíduos. Considerando o caráter personalíssimo do direito em questão, sua invasão não demandaria um agente também dotado de personalidade? Sobre o assunto, cf. Ivo Teixeira Gico Junior Responsabilidade civil dos robôs? Normas sociais de controle dos agentes eletrônicos, 2008. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet II**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁵⁷ Neste sentido, Machado: “Os úteis resultados obtidos através da aplicação das novas técnicas para o tratamento de dados agregam, por conseguinte, maior valia à informação. Observa-se, ainda, que o aumento da importância desta daí resulte se dá em maior medida relativamente àquela informação que se prende à pessoa: a informação pessoal.” (op.cit. p.32).

controle⁵⁸. Ainda que não se relute em divulgar informações íntimas na Internet, persiste-se em nutrir uma expectativa razoável⁵⁹ que delas não se faça mau uso.

Não obstante os círculos concêntricos da clássica concepção germânica de privacidade terem diminuído em tamanho, não se justificaria uma redução do valor (moral e jurídico) concedido à privacidade e intimidade. Esta diminuição dos círculos decorre da subjetividade de seus raios, ou seja, de uma autodeterminação informativa individual que estabelece a medida dos conceitos que integram nossa privacidade⁶⁰ a partir da referida expectativa razoável de cunho moral. Em última análise, cada usuário tem discricionariedade para definir o que considera privado ou íntimo.

Fato é, contudo, que a discussão deve ultrapassar o âmbito acadêmico e abranger soluções práticas para o personalíssimo impasse da autodeterminação informativa frente aos riscos que apresenta.

Dentre estas, ressaltamos a promoção de políticas públicas de educação dos usuários da rede⁶¹, em especial os mais jovens, de forma a conscientizá-los da medida de seus direitos e dos riscos de uma superexposição de informações pessoais na web. Políticas que abarquem um processo educativo que abarque o âmbito familiar e escolar⁶², esclarecendo ao jovem os pontos principais do assunto sem, entretanto, impor-lhes condutas éticas. Isto tornará desnecessária a mitificação da privacidade como direito exclusivamente não-patrimonial ou até mesmo a ampliação de sua tutela penal⁶³ para que seu valor seja devidamente conhecido e comunicado socialmente.

Num cenário em que a circulação de informações se dá de forma ineditamente rápida e eficaz⁶⁴, torna-se necessário, paralelamente às medidas educativas, repensar as formas de controle deste fluxo informativo, principalmente por sua potencialidade de,

⁵⁸ Solove, op.cit., p. 198.

⁵⁹ Cf. Larry Downes, **The laws of disruption**, p. 103; Daniel J. Solove, **The future of reputation**, p. 191.; e Jana McGowen, **Your boring life, now available online: analyzing Google Street View and the right to privacy**, 2009-10, p. 482.

⁶⁰ Stéfano Rodotà classifica a privacidade como o direito que tem o indivíduo de “direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”, aproximando-se, portanto, do conceito de autodeterminação informativa (RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie i diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995, apud DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. RJ: Renovar, 2006, p.90)

⁶¹ Solove, op. cit. p. 196.

⁶² Ibid., p.204.

⁶³ Rodríguez, op.cit., p.135.

⁶⁴ Machado, op. cit., p. 32.

além das ameaças à privacidade, causar dano social⁶⁵ – a exemplo da disseminação de mensagens de ódio, racismo e *propaganda* neonazista.

No mais, visando à otimização da solução de conflitos, o Direito surge como regulador necessário para fomentar uma reformulação do judiciário⁶⁶, bem como tentativas alternativas processuais para a solução dos conflitos surgidos em âmbito virtual, em especial a mediação e arbitragem – ainda incipientes nos países em desenvolvimento.

Se nos furtamos aqui da tentativa de apresentar uma grande panacéia contra os riscos decorrentes da autodeterminação informativa frente às novas tecnologias, repisamos a necessidade de dar prosseguimento ao debate, cuja demanda por constante atualização (retomando a epígrafe, “a tarefa de renovação é ininterrupta...”) é reflexo de seu próprio objeto: tecnologias e relações sociais em amplo desenvolvimento e constante evolução, num mutualismo de fronteiras ora incogitáveis.

⁶⁵ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**, 2009.

⁶⁶ A exemplo do que observa Alves da Silva sobre a justiça e o processo na Era da Informação, “A resolução de conflitos depende menos da atuação pura da lei que do equacionamento da multiplicidade de interesses a partir dela...[...] A sensibilidade sobre a efetividade do provimento jurisdicional se intensifica. E o sistema processual se esforça para criar novos métodos procedimentais para a resolução de conflitos policêntricos.” (**Condução planejada dos processos judiciais** – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo, pp.45-48.)

BIBLIOGRAFIA

- ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Condução planejada dos processos judiciais** – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARNES, Susan B. A privacy paradox: Social networking in the United States. **First Monday**, vol. 11, n.9, set. 2006. Disponível em < http://firstmonday.org/issues/issue11_9/barnes/index.html>. Acesso em: 11-09-2010.
- BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Jurisdição e lei aplicável na internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____. **Metodologia da pesquisa jurídica** – teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do consumidor na internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUDISH, Ryan. In the Face of Danger: Facial Recognition and the Limits of Privacy Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 120, maio de 2007. Disponível em <http://www.harvardlawreview.org/issues/120/may07/notes/facial_recognition_privacy_law.pdf>. Acesso em: 10-09-2010.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- COSTA JR., Paulo José da. **O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DE FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2000.
- DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2004.
- DONEDA, Danilo. **A Privacidade à proteção dos dados pessoais**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- DOWNES, Larry. **The Laws of Disruption: harnessing the new forces that govern life and business in the digital age**. Nova York: Basic Books, 2009.
- GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2006.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade Civil dos Robôs? Normas Sociais de Controle dos Agentes Eletrônicos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- HOLLAND, H. Brian. Privacy Paradox 2.0. **Widener Law Journal**, vol. 19, p.893-932, abr. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1584443>>. Acesso em: 20-09-2010.
- KANE, Brian. Balancing Anonymity, Popularity, & Micro-Celebrity: The Crossroads of Social Networking & Privacy, Kane, Brian. **Albany Law Journal of Science & Technology**, vol. 20, n.2, 2010. Disponível em: < <http://heinonline.org>>. Acesso em: 06-09-2010.

- LEONARDI, Marcel. **Tutela da privacidade na internet**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- LESSIG, Lawrence. **Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world**. Nova York: Random House, 2001. Disponível em: <<http://www.the-future-of-ideas.com>>. Acesso em: 06-09-2010.
- LITMAN, Jessica. Information Privacy/Information Property. **Stanford Law Review**, vol. 52, maio de 2000. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=218609> Acesso em: 06-09-2010.
- MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.37, p17-52. jan/mar. 2010.
- MARWICK, Alice E.; DIAZ, Diego Murgia; PALFREY, John. Youth, Privacy, and Reputation. **Public Law & Legal Theory Working Paper Series (Harvard University)**, Cambridge, paper n.º 10-29, jun. de 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1588163>>. Acesso em: 13-09-2010.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. Contexto supranacional de la punición del intrusismo informático. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.84, p.111-138, jun. 2010.
- MCGOWEN, Jana. Your Boring Life, Now Available Online: Analyzing Google Street View and the Right to Privacy. **Texas Wesleyan Law Review**, vol. 16, 2009-2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 06-09-2010.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. **El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática**. Madrid: Tecnos, 1990.
- NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica – como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Tutela Penal da Intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- RUBENFELD, Jed. The End of Privacy. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 61, out. 2008. Disponível em: <www.stanfordlawreview.org/system/files/articles/Rubinfeld.pdf>. Acesso em: 06-09-2010.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1995.
- SEARLS, Doc. Do we have to “trade off” privacy? In: **Doc Sears Weblog**, Harvard Law School, Cambridge, set. 2010. Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/vrm/2010/09/19/do-we-have-to-trade-off-privacy>>. Acesso em: 22-09-2010.
- SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet**. Yale University Press, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1019177>>. Acesso em: 08-09-2010.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TINDALL, Craig D. Argus Rules: The Commercialization of Personal Information. **Journal of Law, Technology & Policy (University of Illinois)**, Champaign, 1ª ed., prim. 2003. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 08-09-2010.
- ZAUHY FILHO, Wilson. **A proteção do direito à privacidade à luz da informática: o direito ao Habeas Data – liberdade informática e autodeterminação de dados**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- ZITTRAIN, J. L. **The Future of the Internet – and how to stop it**. Yale University Press, 2008.