

COMO CONCILIAR OS DIREITOS DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE COM A PUBLICIDADE DE INFORMAÇÕES SOB AS PERSPECTIVAS NACIONAL E ESTRANGEIRA

ANA FLÁVIA VELLOSO BORGES D'AVILA LINS GUEDES¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS DIREITOS DA PRIVACIDADE, DA INTIMIDADE, DE INFORMAR E À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 PONDERAÇÃO ENTRE A PRIVACIDADE, A INTIMIDADE E A PUBLICIDADE DE CONTEÚDOS NORMATIVOS. 4 TRATAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS PRIVADOS E PÚBLICOS. 4.1 Realidade Norte-Americana: Right of Privacy e Right of Publicity. 4.2 Cenário Alemão: Teoria das Esferas. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente trabalho trata da privacidade, da intimidade e da informação como direitos fundamentais, intrinsecamente relacionados com a personalidade e consistentes em princípios, realçando o desafio de sua conciliação no cenário jurídico brasileiro e destacando os sistemas norte-americano e germânico como bases comparativas. Aspectos subjetivos e objetivos são levados em consideração para a proteção das esferas privada e pública concomitantemente. A finalidade da pesquisa é esclarecer como os conflitos gerados nessa dicotomia entre zona pessoal e comunitária precisam ser tratados, de modo que não comprometa a unidade sistêmica da Constituição Federal e não exclua nenhuma garantia envolvida à *persona*. Faz-se necessário um estudo interdisciplinar, que permeia as searas constitucional, civil e hermenêutica, a fim de que a compreensão proposta para a harmonização e o equilíbrio pretendidos entre privacidade, intimidade e publicidade de conteúdos informativos seja satisfatória. A metodologia usada no estudo envolve o tratamento doutrinário e jurisprudencial, através de uma avaliação dos direitos em análise nas perspectivas nacional e estrangeira.

¹ Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). E-MAIL: aflaviavb@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Privada. Pública. Informação. Ponderação.

HOW TO CONCILIATE THE RIGHTS OF PRIVACY AND INTIMACY WITH THE PUBLICITY OF INFORMATION UNDER NATIONAL AND FOREIGN PERSPECTIVES

ABSTRACT: This paper deals with privacy, intimacy and information as fundamental rights, intrinsically related to personality and consistent in principles, highlighting the challenge of reconciling them in the Brazilian legal scenario and highlighting the North American and German systems as comparative bases. Subjective and objective aspects are taken into account for the protection of the private and public spheres concurrently. The purpose of the research is to clarify how the conflicts generated in this dichotomy between personal and community zones need to be treated, so that it does not compromise the systemic unity of the Federal Constitution and does not exclude any guarantees involved with the persona. An interdisciplinary study is needed, which permeates the constitutional, civil and hermeneutic fields, so that the proposed understanding for the intended harmonization and balance between privacy, intimacy and advertising of informational content is satisfactory. The methodology used in the study involves doctrinal and jurisprudential treatment, through an assessment of the rights under analysis from the national and foreign perspectives.

KEYWORDS: Privacy. Publicity. Information; Weighting.

INTRODUÇÃO

A imprensa, a fotografia e as redes sociais são fatores que compõem de modo significativo o meio atual em que a sociedade está inserida. Os relacionamentos interpessoais e a dinâmica da convivência comunitária são diretamente influenciados pela tendência de se publicar conteúdos próprios.

A imagem, o nome e os dados biográficos são elementos da vida privada e íntima de um indivíduo, e a banalização como vem sendo tratada essa seara dos indivíduos é ameaçada pela busca constante e incessante de informações.

A privacidade, a intimidade e a publicidade contém pontos de ligação comuns que geram frequentemente situações de desequilíbrio entre eles.

Uma dicotomia entre o que é relativo ao âmbito pessoal e o que é de interesse público é percebida, quando muitas pessoas veem seu núcleo de dados impublicáveis sendo atentados pela justificativa da transparência necessária, ao mesmo tempo em que dados de relevância democrática são comprometidos de serem compartilhados pelo argumento dos envolvidos de que merecem resguardo de questões que se relacionem a eles.

A identificação da privacidade, da intimidade e da informação como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro não é novidade, contudo a importante avaliação de como é possível conciliar a aplicação dos três princípios e das duas esferas envolvidas merece mais atenção. Como garantias da personalidade, zelar por uma face da *persona* não invalida nem exclui a outra.

O conhecimento da sistemática do Direito nacional no tratamento da acomodação em questão é complementado através de uma análise de como é feito o manuseio dos dados privados e públicos em outras realidades jurídicas. O advento das garantias no cenário internacional é um paralelo cabível de ser estudado, principalmente porque o reconhecimento interno advém de uma movimentação muito mais complexa que envolve o desenvolvimento desses ideais em outros países.

Apesar de vivermos um *civil law*, a seleção dos Estados Unidos como uma nuance de *common law* se torna uma interessante contribuição à compreensão de como lidam, sob outras perspectivas, com a temática. A Alemanha, conquanto siga o mesmo parâmetro sistemático brasileiro, é uma outra vertente que merece destaque, na medida em que faz pontuações valiosas à conciliação entre a vida privada e íntima e à publicidade de conteúdos informativos.

O presente artigo, portanto, visa esclarecer, de modo simplificado, um antagonismo que exige ponderação para a resolução da antinomia principiológica entre privacidade, intimidade e informação. A extensão do tratamento de tal equilíbrio de direitos em nível estrangeiro é um conhecimento

adicional que permite ampliar os horizontes de uso e de aplicação no nosso ordenamento jurídico.

2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS DIREITOS DA PRIVACIDADE, DA INTIMIDADE, DE INFORMAR E À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, a demarcação de espaços entre as esferas privada e pública é um desafio que preocupa a sociedade e os operadores do Direito. Apesar de retratarem realidades distintas, as vertentes iniludivelmente são interdependentes, na medida em que se complementam e se limitam. A vida em comunidade realça a necessidade de se identificar as áreas de atuação e de influência de cada uma.

Dependendo do tempo e do local em que analisado o cenário conjuntural, percebe-se uma diferenciação no tratamento do conteúdo privado e público. Danilo Doneda² explica que nas sociedades antigas não havia lugar para a tutela jurídica da privacidade, uma vez que tal regulação era realizada tanto pela rigidez da hierarquia social quanto pela própria arquitetura dos espaços públicos e privados. A ausência de tal proteção pode ser associada também ao cunho patrimonialista inerente aos ordenamentos de épocas remotas, que tinham dificuldade em reconhecer bens de representatividade interligada à subjetividade.

Nos dias contemporâneos, no entanto, em um processo de contínua busca pela socialização, percebe-se a publicização dos comportamentos individuais e a equivocada impressão de que apenas o que é exposto é verdadeiro e real, enquanto o que permanece em sigilo é falso e mentiroso.

² DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.

A pós-modernidade traz à tona a efemeridade e a diversidade para vários âmbitos da vida humana, fazendo predominar a crença de que a aproximação entre pessoas é um bem moral, conforme afirma José Francisco Matos³. A procura pelos interesses comuns é destruída pela busca de uma identidade coincidente, identificando-se uma constante socialização dos espaços públicos e uma conseqüente perda de espaço reservado. Tal contexto, portanto, evidencia a importância de se compreender os direitos inerentes à *persona* relativos à temática em apreço, quais sejam a privacidade, a intimidade e a informação.

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal elenca a inviolabilidade de alguns bens jurídicos, dentre eles a vida privada e a intimidade. A explicitação de ambas as nuances da seara particular justifica a defesa de uma parcela de estudiosos acerca da diferenciação entre os termos. Embora não seja unânime a distinção, faz-se interessante compreender tal ponto de vista.

Àqueles adeptos da ideia de separar os conceitos de privacidade e de intimidade, o primeiro seria gênero e o segundo espécie. Dessa forma, apesar de possuírem o mesmo objeto, tratam-no a partir de dimensões diversas. As significações abarcam, assim, zonas pessoais em diferentes níveis, um mais afastado e outro mais próximo do núcleo de acesso limitado.

A privacidade é encontrada no Código Civil, no artigo 21, na medida em que a vida privada da pessoa natural é considerada inviolável também por esse diploma normativo, sendo autorizado ao juiz, através de requerimento do interessado, adotar providências necessárias para impedir ou fazer cessar atos contrários a tal premissa.

Jónatas Machado⁴ esclarece o fundamento desse direito constitucional e legalmente protegido, conceituando-o como “a possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, o grau de contato físico e a massa de

³ MATOS, José Francisco. Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa. 2010. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 40.

⁴ MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 793.

informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso”. É indubitável, então, a dificuldade de definir tal instituto e de estabelecer um rol de conteúdos que ele tutela.

A abstração da privacidade não retira a imprescindibilidade de seu reconhecimento no Direito, já que está intrinsecamente relacionada à dignidade, à individualidade, à autonomia, à confiança e ao bem-estar físico e psíquico dos seres humanos.

Não se pode negar a natureza egoísta do direito, sendo essa percebida mais facilmente quando se vê a contradição entre querer ter sua personalidade resguardada e a curiosidade de desejar acessar informações da vida privada alheia. Isso se estende de modo inquestionável para a base de intimidade.

A parte íntima da vida diz respeito a uma reserva mais profunda, um respaldo próprio que alguém guarda de si. O indivíduo procura preservar do conhecimento de terceiros valores que julga impúblicáveis. É certo que nem todo acontecimento, pensamento ou sentimento merece proteção irrestrita contra sapiência alheia bem como a medida não pode ser o subjetivismo de cada um.

Em virtude da precisão de regular essa dimensão da privacidade e da intimidade, em uma sociedade complexa e democrática, faz-se indispensável observar a outra face de visualização dessas questões, qual seja a compreensão dos direitos de informar e de ser informado.

As garantias de informar e de ser informado são expressões diferentes, porque tratam de objetos jurídicos distintos, constituindo o primeiro caráter coletivo e o segundo abordagem pessoal. Ambos os direitos, no entanto, lidam com dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato. A partir disso, fala-se em direito à informação.

Após vinte e um anos de regime autoritário, o Brasil apresentou o reconhecimento jurídico da garantia à informação na Constituição Federal de 1988 pela primeira vez, no processo de redemocratização. No artigo 5º, inciso XXXIII encontra-se seu dispositivo principal, não podendo deixar de apontar

outros desse mesmo instrumento de normas que também tem direta referência à relevância que foi atribuída a tal instituto, quais sejam os incisos XXXIV, LXXIII, LXXII, LXXVII do mesmo artigo e o artigo 216.

A notoriedade do direito à informação está diretamente relacionada com a própria democracia. O cidadão bem informado tem melhores condições de conhecer, de acessar e de cobrar o atendimento a outras garantias essenciais. O alcance a registros de interesse social permite uma participação mais efetiva na política e na execução de promessas governamentais.

A informação deve ser vista como bem público e esse novo papel que o instituto assumiu requereu um tratamento mais detalhado da matéria. Em 2011, a Lei de Acesso à Informação nº 12.527 veio trazer essa abordagem mais minuciosa. Ao longo do tempo, o avanço da tecnologia e da sociedade ensejou a necessidade de maior regulação do tratamento dos dados privados e dos públicos, uma vez que a área de influência deles é muito vasta, comprometendo as relações econômicas de concorrência, consumeristas, dentre outras.

Em 2018, foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709, que tratou sobre a coleta, a guarda e o tratamento de informações pessoais. Esta legislação, em seu primeiro artigo, já faz alusão ao direito fundamental da privacidade como sendo um objetivo que visa alcançar. No artigo 2º, inciso I, encontra-se o respeito à privacidade como um dos fundamentos provenientes da disciplina da proteção de dados. Na mesma lista, está a liberdade de informação, no inciso III, e a inviolabilidade da intimidade, no inciso IV.

A Lei Geral de Proteção de Dados apareceu como um reforço valioso para o tratamento de informações, ainda que não seja aplicável a algumas circunstâncias, devido à ressalva legal. É feita uma diferenciação útil entre dados pessoais e sensíveis, sendo os primeiros considerados informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável e os segundos apontados como dados pessoais sobre origem racial ou étnica; convicção religiosa; opinião política; filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso; filosófico ou político; dado referente à saúde ou à vida sexual; dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Um paralelo entre os dados pessoais e os sensíveis poderia ser feito aos conceitos de privacidade e de intimidade, na medida em que existe também um discernimento entre eles no mesmo nível de consideração proposto por uma parcela de juristas, qual seria as ideias de gênero e de espécie, isto é, o distanciamento e a aproximação do núcleo mais reservado da zona pessoal.

Conflitos na aplicação entre os princípios citados, em uma dicotomia entre a privacidade e a intimidade de um lado e a publicidade de informação de outro, são percebidos comumente num cenário social. Não haveria que se falar nesses direitos, se a vida fosse gozada de modo isolado por cada indivíduo. Surge a indispensabilidade de se sopesar as garantias devido justamente ao meio em que as pessoas vivem, qual seja uma comunidade.

A harmonia entre as esferas privada e pública é um desafio que os civis e os operadores do Direito enfrentam. No Brasil, a conciliação entre elas merece atenção, a fim de que uma espécie não comprometa a eficácia e a eficiência da outra, já que cada âmbito abordado tem especial contribuição a fazer na formação humana e social.

3 PONDERAÇÃO ENTRE A PRIVACIDADE, A INTIMIDADE E A PUBLICIDADE DE CONTEÚDOS INFORMATIVOS

A privacidade, a intimidade e a publicidade se revelam expressões da personalidade do ser humano. Entre esses direitos não existe hierarquia, na medida em que ocupam o mesmo *status* constitucional e são identificados no dispositivo referente às garantias fundamentais, sendo compreendidos como princípios.

Robert Alexy⁵ explica que regras são determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, enquanto os princípios são mandados de

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

otimização na mesma seara. Nicklas Luhmann⁶ acrescenta na mesma toada que princípios positivam valores a serem concretizados, já as regras estabelecem o meio de concretização de tais valores. Assim, o tratamento das regras e dos princípios é feito de forma diferenciada.

Edilsom Pereira de Farias⁷ enuncia que a privacidade é limite imposto à liberdade de expressão e de informação, contudo é interessante esclarecer que essa baliza é efetuada através de uma via de mão dupla, já que não apenas a privacidade e a intimidade restringem a informação, mas também essa breca aquelas.

Os pontos de contato entre os três institutos jurídicos em apreço revelam que o exercício de um deles interfere na plenitude dos outros. Os conflitos são inevitáveis, principalmente na sociedade plural em que estamos inseridos. A diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório da nossa Constituição Federal realçam a frequência com que as pessoas e os operadores do Direito lidam com controvérsias do gênero.

A solução dos impasses carrega alto grau de interpretação. Existem dificuldades naturais no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a plurissignificação característica dos conceitos; a possibilidade de se encontrar erros gramaticais, sintáticos e lógicos nos dispositivos e a generalidade como a norma é posta. Além desses entraves constantes na sistemática vigente, há que se considerar a natureza do imbróglio gerado, a partir da dicotomia entre a privacidade e a intimidade e a informação.

Antinomia é a tensão que se estabelece entre duas normas válidas. Existem critérios clássicos que são usados para dirimir essas situações conflituosas, como os parâmetros da hierarquia, da especialidade e da cronologia. Os primeiros disciplinam que dispositivos normativos de hierarquia superior prevalecem sobre os inferiores. Os segundos afirmam que as normas

⁶ LUHMANN, Nicklas. Sociologia do Direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 27-34. Sobre ela vide em: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 138.

especiais preponderam sobre as gerais. Os terceiros determinam que a disposição jurídica mais nova sobrepõe-se à antiga.

Não se pode deixar de indicar que a utilização dos metacritérios tradicionais exige a conexão entre normas díspares, ou seja, que não coincidam em sua posição dentro do ordenamento jurídico. Percebe-se que a aplicação dessas vias categóricas é útil para conflitos aparentes, em que exista apenas um estranhamento entre os bens jurídicos tutelados, mas em que se possa optar por uma das garantias em discussão.

As antinomias aparentes são aquelas que tratam de proposições superficialmente antagônicas. Por outro lado, há casos em que se percebe um conflito real entre direitos cuja solução não pode ser alcançada pelo uso dos mecanismos tradicionalmente indicadores de valores como hierarquia, especialidade ou cronologia. Essas antinomias reais não permitem a supressão de uma das garantias em xeque, exigindo um esforço interpretativo ainda mais significativo para encontrar o bem jurídico que merece mais proteção na perspectiva concreta.

Sabemos que estamos tratando antinomias entre princípios, que são a privacidade, a intimidade e a informação. O impasse apontado entre as duas faces em discussão, quais sejam as esferas privada e pública, precisa ser situado em uma das duas nuances conflituosas (aparente ou real), a fim de que se possa encontrar um meio de resolução para a tensão característica do exercício de tais garantias.

Manuela Kallajian⁸ defende a ideia de que o conflito entre a privacidade e a intimidade e a informação é de cunho aparente, ao argumentar:

(...) quando se analisa conjuntamente os dispositivos constitucionais, vislumbra-se que a própria Constituição acena para a solução do conflito, dando a diretriz ao intérprete. Em

⁸ KALLAJIAN, Manuela Cibim. Conflito entre o direito à privacidade e os direitos à informação e à liberdade de expressão: uma solução possível. 2018. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 216.

razão disso, não vislumbramos uma antinomia real no conflito aqui proposto, tendo em vista que: 1) o intérprete não estaria numa situação insustentável; 2) a solução para o conflito também faz parte do ordenamento jurídico; 3) os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto; 4) a presença do conflito não exclui qualquer das normas envolvidas. Temos, então, apenas um aparente conflito de normas, restando ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, cuidando, entretanto, de jamais anular integralmente uma em favor de outra.

A referência da autora supracitada à unidade do sistema constitucional é de grande valia, a fim de que não esqueçamos da unidade constitucional proposta pelo constituinte brasileiro. O objetivo na formulação de nosso rol de direitos e de deveres foi torna-lo viável de conviver em harmonia. Fala-se em coerência e em congruência entre institutos, principalmente quando se tratam de noções principiológicas, como os direitos fundamentais.

Apesar do esforço em justificar a defesa pela classificação do conflito em análise como aparente, parece não haver coincidência desse caminho com o adotado por outros juristas, como Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Maria Helena Diniz. Esses civilistas apontam que se estaria realmente diante de um impasse, consistindo, como afirma Maria Helena Diniz⁹:

(...) uma antinomia real ou lacuna de colisão, por não haver na ordem jurídica qualquer critério normativo para solução, a não ser pela edição de uma nova norma que escolha uma das normas conflitantes, ou pelo emprego da interpretação corretivo-equitativa, refazendo o caminho da fórmula normativa, tendo presente fatos e valores, para aplicar o significado objetivado pelas normas conflitantes, optando pela que for mais justa no caso concreto.

A colisão entre direitos fundamentais é caracterizada evidentemente pela insuficiência dos critérios tradicionais, pela inadequação do método subsuntivo e pela necessidade de uma interpretação ponderada e proporcional perante o

⁹ DINIZ, Maria Helena. Efetividade do direito a ser esquecido. Revista Argumentum, v. 18, n. 1. jan/abr. 2017. p. 24.

caso concreto. Dessa forma, parece melhor afiliar-se o problema cerne do presente estudo à classificação de antinomia real. A partir dessa atribuição, torna-se mais fácil compreender que não tem como se aplicar um direito em detrimento de outro, mas sim que é precisa uma equalização entre eles.

A subsunção peculiar do Direito não se mostra alternativa adequada de resolução de circunstâncias que envolvam os direitos fundamentais da privacidade, da intimidade e da informação. Não cabe a uma antinomia desse tipo apenas o uso de uma norma, exigindo-se, no entanto, que o intérprete atente para o manuseio dos princípios da maneira mais otimista possível, a ponto de conjuga-los.

Essa atividade de sopesamento envolve um nível de subjetividade do operador jurídico e, como resposta às críticas relativas a esse modo de solucionar conflitos reais relacionados a princípios, no intuito de atribuir o máximo possível de racionalidade ao balanceamento, Robert Alexy¹⁰ propôs a fórmula de peso. Tal formulação é a formalização da lei da ponderação, que diz que quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um dispositivo principiológico, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

O juízo pretendido, através do ato de ponderar do intérprete, busca atingir a solução para o cenário conflituoso mediante concessões mútuas dos princípios envolvidos, de modo que alcancem um ponto ótimo de aproveitamento, em que a restrição de um seja a mínima indispensável para a convivência com o outro. A privacidade e a intimidade representam a esfera privada humana e a informação se refere ao viés público expressivo de dados, então o equilíbrio entre esses lados que se balizam reciprocamente é obtido não pela exclusão de um deles, mas pela escolha da preponderância mais indicada à conjuntura concreta.

A forma de peso da lei da ponderação procura identificar qual bem jurídico possui mais peso no caso, ainda que ambos tenham validade e vigência. Essa técnica envolve a hermenêutica complexa de escolher qual ordem deve ser

¹⁰ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116.

estabelecida como saída ao conflito existente, de modo mais convergente e harmônico possível, reconhecendo-se a importância de ambas as abordagens.

Para que se possa ponderar, a proporcionalidade é um postulado imprescindível de ser considerado, porque representa um norte racional a medir os bens contrapostos na antinomia. Manuela Kallajian¹¹ direciona essa valiosa associação entre a ponderação e a proporcionalidade.

A conciliação entre a privacidade, a intimidade e a publicidade de conteúdos informativos merece ser encarada como um desafio conhecido como antinomia real jurídica, solucionável mediante a fórmula de peso ou a lei de ponderação casuisticamente. Além disso, algumas observações precisam ser efetuadas no desenrolar da busca pela atenuação do impasse. A percepção do interesse público, da veracidade dos fatos e da dignidade da pessoa humana exigem atenção.

O liame entre os espaços privado e público é muito tênue, por isso constatar se há no dado relevância social de caráter geral se faz preciso. As ideias norteadoras do Direito Administrativo, quais sejam a supremacia do interesse público sob o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos são cabíveis de serem lembrados e aplicados nas situações, ainda que envolvam civis, mas dependendo da perquirição sobre a existência ou não de contribuição da informação para o Estado Democrático de Direito.

A conveniência da publicidade e da transparência estão ligadas diretamente à atividade que as pessoas envolvidas no caso concreto desempenham. Indivíduos de reputação notória na sociedade e ocupantes de cargos políticos são personalidades que naturalmente despertam a diligência dos cidadãos, cabendo ver quais dados estão sendo postos em avaliação, para que seja compreensível se a tentativa de os acessar advém da curiosidade pura ou da valoração que tal matéria possui.

¹¹ KALLAJIAN, Manuela Cibim. Conflito entre o direito à privacidade e os direitos à informação e à liberdade de expressão: uma solução possível. 2018. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 221.

A veracidade dos fatos é outra pontuação a ser feita no tratamento da harmonização entre as esferas privada e pública, não se referindo, no entanto, à conferência da fidedignidade dos acontecimentos, contudo se relacionando com a aferição de que não houve manipulação de informações por má-fé, por negligência ou por dolo.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º, inciso III da Magna Carta, não pode deixar de ser contemplada na avaliação da ponderação de princípios fundamentais do indivíduo, devendo, no entanto, servir de guia para a solução do imbróglio. Com o fim último de proteger a *persona*, a acomodação da privacidade e da intimidade com a publicidade dos conteúdos normativos requer o respeito da proposta de ser digna a vida dos homens.

4 TRATAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS PRIVADOS E PÚBLICOS

O direito à informação no Brasil foi fortemente influenciado por outras nações, sendo, por isso, cabível observar o desenvolvimento dessa ferramenta jurídica em outros ordenamentos. O primeiro país a tratar do tema legalmente foi a Suécia, em 1766. Em 1789, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 15, previu o pedido da sociedade às contas da administração. A Alemanha, em 1977, desenvolveu uma lei federal de proteção de uso ilícito de dados pessoais.

Na América Latina, a Colômbia, em 1888, foi a pioneira ao estabelecer um código que proporcionou a obtenção pelos cidadãos de documentos de governo. Em 1966, os Estados Unidos aprovaram a *Freedom of Information Act* (FOIA), que trata da liberdade de informação.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1993, criou o Escritório do Relator Especial para a Liberdade de Opinião e de Expressão, produzindo atas que identificavam o direito de obter dados detidos pelo Estado como uma das

partes da garantia à liberdade de expressão. Em 2013, foi produzido o relatório que relacionou diretamente os direitos à verdade e à informação.

A evolução do reconhecimento do direito à informação pode ser percebida na realidade Europeia e Americana de forma gradativa, ao passo que as estruturas estatais iam firmando seus sistemas democráticos e os cidadãos iam reconhecendo seu papel diante do ordenamento jurídico nacional e internacional.

O contraponto de acessar os dados privados e públicos é justamente a privacidade e a intimidade já outrora apresentadas. A partir disso, é válido destacar duas realidades diferentes da brasileira, a fim de que se vislumbre outras formas de lidar com os conflitos provenientes da equalização entre as searas privada e pública de dados. Os Estados Unidos, como componente da América e do *common law*, e a Alemanha, como exemplo da Europa e do *civil law*, foram as origens selecionadas.

4.1 REALIDADE NORTE-AMERICANA: *RIGHT OF PRIVACY* E *RIGHT OF PUBLICITY*

Sabe-se do reconhecimento jurídico do direito à informação nessa cultura, consoante anteriormente apontado. A ideia de privacidade e de intimidade conjuntamente pode ser percebida numa gradação histórica de valoração. A primeira manifestação do interesse individual de “ser deixado só” foi percebida, em 1834, no caso *Wheaton versus Peters*, decidido pela Suprema Corte. A aparição da credibilidade à seara pessoal, naquela oportunidade, foi tímida.

Em 1880, o juiz Thomas Cooley, publicou um artigo sob título “A treatise on the law of torts”, em que utilizou de modo inovador a expressão “right to be alone”. Apesar de ensejar um pensamento mais direcionado à zona individual das pessoas, só com a contribuição de Samuel D. Warren e de Louis D. Brandeis

que houve efetivamente a referência à privacidade e à intimidade, de uma maneira geral, através do artigo intitulado de “The right of privacy”.

A valorização na comunidade jurídica somente ocorreu mediante as considerações de Warren e de Brandeis, que enunciaram o conceito de *privacy* como um *right*, deduzindo, portanto, a existência desse como um princípio do *common law* que, se desrespeitado, lesionaria o senso do próprio indivíduo e geraria novo modo de responsabilização civil (*tort*). Para fundamentar o instituto, os autores usaram o direito à vida e a tutela ao domicílio, com vistas a garantir proteção contra intromissões não desejadas na vida privada e íntima.

O “right of privacy” foi, aos poucos, sendo admitido nos tribunais norte-americanos, tendo seu reconhecimento constitucional acontecido em 1965. No caso de *Griswold versus Connecticut*, o juiz Douglas da Suprema Corte alertou para a decorrência daquela garantia das penumbras ou das zonas de liberdades criadas por uma interpretação mais abrangente da declaração de direitos constitucionais, especificamente das emendas primeira, terceira, quarta, quinta e nona, consoante esclarecem Darien Auburn Mcwhirter e Jon D. Bible¹².

Nas primeiras décadas de existência, a garantia do *privacy* assumiu um viés patrimonial e um abrigo na *property theory*, conquanto progressivamente tenha ocupado roupagem de direito pessoal. Tal modificação pode ser justificada e compreendida de modo mais eficiente, a partir de uma ruptura ocorrida desse bem jurídico que originou uma nova vertente, qual seja o “right of publicity”.

O “right of publicity” guarda origem no “right of privacy”, porém não decorreu de um processo evolutivo nem é dependente desse. A versão pública da garantia foi percebida após o caso *Haelan Laboratories Inc. versus Topps Chewing Gum Inc.*, quando se discutia a exclusividade do direito do uso da imagem, do nome e dos elementos biográficos de um grupo de jogadores de baseball. Na ocasião, aceitou-se o privilégio exclusivo às pessoas quanto ao aproveitamento econômico de sua notoriedade, na medida em que teria um valor pecuniário. O cerne da conjuntura não era o “right of privacy”, mas sim o “right of

¹² MCWHRITER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992. p. 97.

publicity', que passou a ser uma nuance transmissível com finalidade próxima a patente ou ao *copyright*, nada tendo a ver com os sentimentos dos envolvidos, de acordo com o que diz Leonardo Zanini¹³.

A patrimonialidade do direito público e a personalidade do privado nem sempre pode ser tão bem separada, já que casos relativos a personalidades de reputação conhecida inevitavelmente realçam a atribuição financeira de sua aparição social, mas cenários envolvendo cidadãos comuns não são tão fáceis de se identificar qual garantia pode ser considerada a protetiva ao caso concreto em discussão.

O que se percebe nos Estados Unidos, portanto, é a resolução dos conflitos entre privacidade, intimidade e publicidade por meio da atuação dos tribunais, que são influenciados pelos precedentes, pela lista limitada de dispositivos constitucionais e legais e pela influência indireta de produções científicas. O *common law* norte-americano traz à tona o ativismo judicial para o trabalho de harmonizar os espaços privado e público de dados.

4.2 CENÁRIO ALEMÃO: TEORIA DAS ESFERAS

A Lei Fundamental Alemã de 1949 tratou da teoria geral da personalidade pela primeira vez com amplitude e nitidez, tendo sido reconhecida a ilicitude do manuseio inadequado de dados privados vinte e oito anos depois, como supradito, através de disposição legal.

Há que se destacar o caso da Princesa Caroline de Mônaco que, na época de 1990, por várias vezes teria buscado a justiça alemã para impedir a publicação de fotos suas em revistas sensacionalistas que violavam sua vida privada. A hipótese foi levada a Corte Europeia dos Direitos Humanos pela vítima

¹³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html. Acesso em: 28 dez. 2017. p. 6.

em processo contra o Estado da Alemanha. A Corte de Estrasburgo reconheceu o direito à indenização à autora, em razão de a imprensa germânica ter atentado contra o direito de controle do próprio uso da imagem pessoal, com fundamento no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

A falta de atitude alemã faz perceptível a dificuldade que muitas nações enfrentaram para assumir a importância de proteção e de divisão entre as esferas privada e pública. Muitos excessos eram cometidos nas sociedades, usando como justificativa o exercício da liberdade de expressão e da informação.

O imbróglio de se desenhar as zonas íntima e comunitária levou Heinrich Hubmann a desenvolver um estudo conhecido pela teoria das esferas, em que delimitava diferentes níveis de tutela, acreditando-se que tal método classificatório atenderia à resolução da controvérsia a respeito da divulgação ou não de dados.

A fundamentação teórica se embasa, mediante entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, nos artigos 2.1 e 1.1 da Lei Fundamental Alemã. Embora não haja unanimidade na doutrina sobre as categorias propostas pelo estudioso, há um consenso sobre a utilidade de tal mecanismo e as principais espécies, quais sejam as esferas do sigilo, íntima e privada.

Em uma ordem decrescente de proximidade com as “mais profundas manifestações espirituais da pessoa”, segundo trata Gilberto Haddad Jabur¹⁴, o sigilo caracteriza o modo mais restrito e fechado de informação individual. A área íntima diz respeito ao âmbito vital interno, englobando dados menos densos do que os anteriormente referidos, mas que abarcam notícias sobre as particularidades mentais, sentimentais e sexuais. A esfera privada atenua a carga alta de confidencialidade, na medida em que se projeta para o exterior para além do próprio espaço interior, relacionando-se com a vida doméstica, a família e os amigos.

¹⁴ JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 257.

O resguardo que se pretende efetuar é referente ao conteúdo que compõe o ambiente livre de observação pública e, dessa maneira, de autocontrole forçado. É pertinente remeter esse cenário à realidade brasileira que se assemelha a esse juízo de classificação de níveis protetivos, fazendo-se menção aos dados pessoais e aos sensíveis diferenciados na Lei Geral de Proteção de Dados.

Embora possível auferir de modo preventido a categoria a que pertence um dado sob os ensinamentos alemães, o compartilhamento se limitar unicamente ao departamento em que é encaixado na base teórica apresentada alerta para a interligação precisa da tese das esferas com o interesse social e a relevância pública que a informação possui.

Manuel Medina Guerrero¹⁵, nessa ordem de pensamento, ratifica a magnitude da superação do uso isolado da teoria das esferas e de sua relativização, já que a publicação de um conteúdo informativo merece maior atenção:

(...) propugnando-se a seguinte fórmula: quanto mais íntimo seja o âmbito afetado, mais rigorosas devem ser as exigências para justificar tal medida; e quanto mais afetado é o interesse social, será mais factível proteger o interesse ou bem que colida com o direito geral da personalidade.

A definição não deixa de ser um ponto relevante a ser considerado para verificar a possibilidade ou não de exibição, mas a função pública não pode ser esquecida nesse trabalho de equalização de direitos. Os critérios de visibilidade social de determinado fenômeno jurídico, sociológico ou cultural da teoria das esferas é uma saída que os alemães encontraram para o conflito entre a privacidade, a intimidade e a publicidade de dados. A catalogação de um registro

¹⁵ GUERREIRO, Manuel Medina. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 15-16.

privado, nesse sistema de *civil law*, por outro lado, dá indícios de exigir, além disso, uma ponderação especial.

5 CONCLUSÃO

O exercício de harmonizar os direitos fundamentais da privacidade, da intimidade e da informação não é fácil e constitui um desafio aos operadores do Direito. Existem posicionamentos divergentes sobre a classificação dos conflitos entre os princípios em questão, mas a solução para equilibrá-los termina sendo de opinião convergente entre os estudiosos, que sugerem o uso da fórmula de peso e da lei da ponderação no caso concreto.

Apesar de a casuística não ser o meio norteador do ordenamento jurídico brasileiro e de haver uma subjetividade intrínseca ao processo que se pretende executar no apaziguamento do antagonismo estabelecido, os dados privados e públicos demandam esse manuseio específico com respeito às classificações preventivas sobre o cunho das informações e à noção de unidade constitucional.

Não podem deixar de ser considerados no ato de ponderar os princípios em questão, alguns elementos essenciais, como a presença de interesse público na divulgação da informação, de veracidade dos fatos e de atendimento à dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, com o estudo comparado desenvolvido, que os cenários norte-americano e germânico têm questões coincidentes do tratamento das esferas privada e pública com o que acontece no Brasil, como o papel decisivo do intérprete e a categorização dos conteúdos informativos, respectivamente. As divergências e as peculiaridades, no entanto, servem de reflexão para os juristas nacionais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do direito a ser esquecido. Revista Argumentum, v. 18, n. 1. jan/abr. 2017.

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

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

GUERREIRO, Manuel Medina. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

KALLAJIAN, Manuela Cibim. Conflito entre o direito à privacidade e os direitos à informação e à liberdade de expressão: uma solução possível. 2018. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 27-34. Sobre ela vide em: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MATOS, José Francisco. Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa. 2010. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MCWRITER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life. New York: Quorum Books, 1992.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html. Acesso em: 28 dez. 2017.

