

A TUTELA DO DIREITO À PRIVACIDADE NAS SOCIEDADES DE ALVOS DIRECIONADOS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.57.e11989>

Submetido em: 26/1/2021

Aceito em: 14/5/2021

Thais Aline Mazetto Corazza

Autora correspondente: Bolsista CAPES. Universidade Cesumar (UniCesumar). Av. Guedner, 1610 – Jardim Aclimação, Maringá/PR, Brasil. CEP 87050-900. <http://lattes.cnpq.br/3674899072994320>.
<https://orcid.org/0000-0002-5133-2238>. thaiscorazza@hotmail.com

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

Universidade Cesumar (UniCesumar). Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Maringá/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/0704785648361421>. <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>

Gustavo Noronha de Ávila

Universidade Cesumar (UniCesumar). Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Maringá/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>. <http://orcid.org/0000-0002-7239-1456>

RESUMO

O tema do presente artigo é os direitos da personalidade, com ênfase especial no direito à privacidade no contexto da sociedade da informação e da vigilância. O método utilizado para a pesquisa será hipotético-dedutivo, uma vez que partiremos de premissas gerais que possam ser aplicadas a situações concretas. Será analisado qual dos direitos da personalidade foi o mais atingido diretamente pelas novas tecnologias, e, após, verifica-se os novos problemas que se agregaram a tais direitos para se chegar à possibilidade ou não de uma tutela transversal (em âmbitos nacional e internacional e de dimensões verticais e complementares). A abordagem de pesquisa será dedutiva e a técnica empregada será bibliográfica. Como resultado verificou-se que, com especial destaque, o direito à privacidade foi o mais afetado. Ademais, na sociedade de alvos direcionados, na qual os aparatos técnicos tomam decisões independentemente do controle humano, a mera singularidade de um caminho passou a ser considerada uma atividade suspeita. A automatização, por si só, não é automática. Assim, a resposta para essas indagações deve sempre levar em consideração os efeitos considerados indesejados ou imprevistos e que frequentemente são consequências da análise incompleta ou parcial das tecnologias às quais se pretende recorrer, resguardando o respeito à dignidade da pessoa humana, à identidade pessoal e aos princípios da finalidade e da proporcionalidade, posto que somente por razões sociais extremamente fortes pode-se justificar o uso de recursos decorrentes das novas tecnologias, nunca por mera conveniência econômica ou de organização. Os recentes artifícios tecnológicos não podem servir para determinar estereótipos em massa, devendo seu uso ser acompanhado de instrumentos de controle adequado e de confiança do próprio sujeito interessado.

Palavras-chave: direitos da personalidade; direito à privacidade; sociedade de alvos direcionados; sociedade da informação; tutela transversal.

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY IN TARGETED TARGET SOCIETY

ABSTRACT

The theme of this article is personality rights, with a special emphasis on the right to privacy, in the context of the information society and surveillance. The method used for the research will be hypothetical-deductive, since we will start from general premises that can be applied to specific situations. It will be analyzed which of the personality rights was the most directly affected by the new technologies, after verifying the new problems that were added to such rights, to arrive at the possibility or not of a transversal tutelage (at national and international level, and of vertical and complementary dimensions). The research approach will be deductive and the research technique will be bibliographic. As a result, it was found that, in particular, the right to privacy was the most affected. Furthermore, in the society of targeted targets, where technical devices make decisions independently of human control, the mere singularity of a path has come to be considered a suspicious activity. Automation, by itself, is not automatic. Thus, the answer to these questions should always take into account the effects that are considered unwanted or unforeseen and that often are consequences of the incomplete or partial analysis of the technologies to be used, safeguarding the respect for the dignity of the human person, personal identity and the principles of purpose and proportionality, and only for extremely strong social reasons can justify the use of resources resulting from new technologies, never for mere economic or organizational convenience. The recent technological devices cannot serve to determine stereotypes en masse, and their use must be accompanied by instruments of adequate control and confidence of the interested subject himself.

Keywords: personality rights; right to privacy; targeted target society; information society; transversal guardianship.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata dos direitos da personalidade, com ênfase especial no direito à privacidade, no contexto da sociedade da informação (sociedade cibernética, digital ou rede) e da vigilância.

O método utilizado para a pesquisa será hipotético-dedutivo, posto que partiremos de premissas gerais que possam ser aplicadas a situações concretas. Será analisado qual dos direitos da personalidade foi o mais atingido diretamente pelas novas tecnologias, e, após, verifica-se os novos problemas que se agregaram à tais direitos para se chegar à possibilidade ou não de uma tutela transversal (em âmbitos nacional e internacional e de dimensões verticais e complementares). A abordagem de pesquisa será dedutiva e a técnica será bibliográfica.

A sociedade de vigilância teve início na cultura do medo e na progressiva extensão das formas de controle social, motivadas, sobretudo, por razões de segurança. O controle social contemporâneo caracteriza e permeia as relações sociais em sentido amplo, transcendendo à ideia de confinamento relacionada à disciplina do passado, passando a ser contínuo e instantâneo por meio do controle e do monitoramento que transcende à alma. Atualmente, para além das sociedades de disciplina ou de controle, surgem as sociedades de direcionamento de alvos que são vistas a partir dos *patterns of life* (padrões de vida).

Nesse contexto, e para se delimitar a presente pesquisa, optou-se por verificar qual dos direitos da personalidade foram atingidos diretamente pelas novas tecnologias (NT) e pelas tecnologias de informação e comunicação (TIC), com a relevância do papel exercido pela *internet*, que acabou por criar a sociedade com alvos direcionados.

É aqui que surge, com especial destaque, o direito à privacidade. Nesse contexto, a *internet* é apenas um espaço em que os direitos fundamentais exercerão a mesma função que sempre desempenharam historicamente, porém esse novo espaço fez surgir novas demandas geradas pela globalização, aumentando a velocidade e a forma de conexão dos acontecimentos.

Na sociedade da informação, os direitos da personalidade sofreram grandes mudanças, principalmente em razão das novas tecnologias de comunicação e informação. Tais transformações deram-se, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, com os novos contornos do constitucionalismo e a função desempenhada pelos direitos humanos e/ou fundamentais. Surgiram novos meios de controle social e de guerra por intermédio da política que utiliza o *drone* como instrumento, passando da sociedade do controle ou da disciplina para a sociedade de alvos direcionados. Com esse novo quadro, os direitos pessoais assumiram conotações diversas em razão da cláusula geral da proteção da personalidade baseada no núcleo da dignidade da pessoa humana, surgindo novas formas de individualidade.

Por fim, objetivou-se demonstrar a necessidade de uma tutela transversal da privacidade, em âmbitos nacional e internacional, e de dimensões verticais e complementares.

Como resultado, verificou-se que, com especial destaque, o direito à privacidade foi o mais afetado. Ademais, na sociedade de alvos direcionados, em que os aparatos técnicos tomam decisões independentemente do controle humano, a mera singularidade de um caminho passou a ser considerada uma atividade suspeita. A automatização, por si só, no entanto, não é automática.

Assim, a resposta para essas indagações deve sempre levar em consideração os efeitos considerados indesejados ou imprevistos e que frequentemente são consequências da análise incompleta ou parcial das tecnologias às quais se pretende recorrer, resguardando o respeito à dignidade da pessoa humana, à identidade pessoal e aos princípios da finalidade e da proporcionalidade, posto que somente por razões sociais extremamente fortes pode-se justificar o uso de recursos decorrentes das novas tecnologias, nunca por mera conveniência econômica ou de organização. Os recentes artifícios tecnológicos não podem servir para determinar estereótipos em massa, devendo seu uso ser acompanhado de instrumentos de controle adequados e de confiança do próprio sujeito interessado.

2 A INSEGURANÇA SOCIAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DA VIGILÂNCIA

Desde os primórdios evidencia-se que o ser humano observa a si próprio enquanto grupo social, coleta dados de interesses diversos e monitora seu progresso. Em sua evolução social, a vigilância fundamenta-se

na manutenção de determinadas relações de poder. Para Astrit Schmidt-Burkhardt (2002), a visão, como sentido, é um paradigma da cognição humana, e sua semântica multidimensionada, na língua francesa, revela nitidamente esta noção, uma vez que *voir* (visão), *savoir* (conhecimento) e *pouvoir* (poder) têm o mesmo radical. Essa relação etimológica demonstra a dualidade da estrutura da visão, que se conecta com a razão, com o controle e com o poder, mas também que traz à luz a verdade por meio da vigilância (SCHMIDT-BURKHARDT, 2002, p. 17-31). Assim, soltando-se da estrutura semântica fixa, a visão balança entre estes diferentes campos de interação.

No livro “A insegurança social: O que é ser protegido?” (2005), Robert Castel faz uma análise da sociedade francesa moderna, caracterizando-a como uma sociedade de indivíduos. Tal análise possibilita encontrar semelhanças dessas questões com as da sociedade atual brasileira, como a angústia de um futuro incerto decorrente do crescente desemprego, as inseguranças social e civil, que interrompem os sistemas de proteção cada vez mais individuais e sofisticados, bem como a chegada do ressentimento, que é um elemento característico das contemporâneas sociedades ocidentais. Nesse panorama é que o autor indaga: “O que é ser protegido?” Diferentemente das sociedades pré-industriais, nas quais a segurança do indivíduo era garantida a partir de sua pertença à comunidade (chamada proteção de proximidade), o autor parte da constatação de que as sociedades modernas se edificaram sobre o alicerce da insegurança, por não encontrarem em si a capacidade de garantir a proteção¹ (CASTEL, 2005).

Quanto à proteção, o autor distingue a proteção civil da proteção social. A primeira refere-se às pessoas e bens em um estado de direito, enquanto a segunda diz respeito aos riscos de doenças, ao desemprego, à incapacidade de trabalho devido à idade, aos acidentes, entre outros. Já o sentimento de insegurança refere-se à possibilidade de ficar à mercê de eventualidades, uma vez que, se o indivíduo não estiver resguardado contra esses imprevistos, passa a viver inseguro (CASTEL, 2005).

Na discussão que elabora sobre a problemática do risco e o combate à insegurança social na contemporaneidade, Castel (2005) afirma que a concepção de risco se assenta na representação de acontecimentos previsíveis, cujas chances de acontecerem custos e prejuízos podem ser contabilizadas. A exposição dos indivíduos aos riscos sociais seria a mola propulsora das configurações de coberturas e de sistemas de proteção que se projetaram na tecnologia do seguro social como fator de controle. Propõe ainda que a concepção de “cultura do risco” inflaciona a própria ideia de “risco” e, por confundir este com perigo, acaba fabricando o último (CASTEL, 2005, p. 71).

Para o autor, a reconfiguração das proteções sociais deve se descolar dos sistemas tradicionais, mesmo que ainda sejam os dispositivos daquele sistema os predominantes em torno do emprego. Um olhar acerca dessas regulações contemporâneas leva o escritor a visualizar um “novo regime de proteção social” baseado na flexibilidade das proteções e dirigido focalmente a segmentos da população em processo de exclusão. Esse novo regime baseia-se na combinação de contratos de inserção e de projetos de ativação dos envolvidos no mesmo, com tendência à individualização das proteções, como nos programas de Renda de Inserção (CASTEL, 2005, p. 71). Nesse regime, ser protegido significa ser assegurado de um *minimum* de recursos para sobrevivência.

Ser protegido em uma sociedade moderna de indivíduos, portanto, é poder dispor de direitos e de condições mínimas de independência, salientando que a proteção social não é tão somente conceder benefícios, mas uma condição básica para todos, ou seja, a proteção social é a condição para compor uma sociedade de semelhantes chamada de democracia.

Motivada sobretudo por razões de segurança, a sociedade de vigilância fundamenta-se na cultura do medo e na progressiva extensão das formas de controle social desenvolvidas no contexto da sociedade da

¹ Para ele, essas sociedades individualistas têm como premissa a promoção do indivíduo reconhecido por si mesmo, independentemente de sua inscrição em um grupo ou coletividade, pois o que lhe dá proteção e segurança diante dos imprevistos da existência é sua propriedade (os indivíduos proprietários podem se proteger por si mesmos com seus recursos) e não mais o grupo a que pertence. Não é em vão que a propriedade foi colocada na categoria dos direitos inalienáveis e sagrados da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Cidadãos.

informação². Esta última foi esboçada, inicialmente no segundo pós-guerra, por Norbert Wiener, pessoa contratada pelo governo norte-americano para resolver os problemas matemáticos a respeito de determinada arma apontada para um alvo móvel. Ele concebeu que a informação, como quantidade, tinha tanta importância quanto a energia ou a matéria. Deste modo, com o surgimento da cibernética começa a ocorrer uma revolução epistemológica com alcances que somente agora se tornam perceptível em sua plenitude (LAFONTAINE, 2004, p. 15).

A sociedade em rede ou da informação é um tipo moderno de sociedade, cujo modo de organização em diversos níveis é caracterizado por infraestruturas de redes sociais e de mídia, iniciando-se pelos indivíduos, na sequência pelos grupos, pelas organizações e, finalmente, pela própria sociedade. Diferem, nesse sentido, as sociedades ocidentais e as orientais, uma vez que nas primeiras a conexão por redes tem se tornado básica para a sociedade em geral, enquanto nas segundas as conexões ainda se mantêm dentro dos grupos familiares (VAN DIJK, 2012).

O fato é que a informação sempre existiu. O que ocorreu foi a necessidade de substituição do ponto de vista estático das relações antigas por um novo paradigma de complexos informacionais mais dinâmicos, organizados em redes, que trariam mudanças significativas aos processos de produção, experiência, cultura e poder (CASTEL, 2005, p. 565).

Hodiernamente, são assustadoras as medidas tomadas sob o pretexto do *slogan* “menos privacidade, mais segurança”, uma vez que acaba por submeter o cidadão à discriminação e à situação de risco. A cultura do medo e insegurança é difundida, e, em contrapartida, aumenta-se as formas de controle social, culminando em uma sociedade vigiada. O próprio conceito de vigilância modificou-se no decorrer do tempo, passando da sociedade disciplinar de Foucault³ à sociedade de controle de Deleuze (COSTA, 2004). Na primeira, o termo significava confinamento ou situação física (deslocamento espacial) que caracterizava as preocupações dessa sociedade, ou seja, vigiar era controlar os passos do indivíduo. Com o avanço da tecnologia, a terminologia ganha nova força, expandindo-se para o âmbito das mensagens, do trânsito de comunicações, entre outros.

Deste modo, vigiar tomou o significado de ouvir, interpretar e interceptar, focando a preocupação, agora, na maneira como essas informações estão sendo acessadas pelos cidadãos, ou seja, transcende a pessoa para alcançar a dinâmica da comunicação e da circulação de mensagens (entre pessoas e empresas, os serviços *on-line*, o sistema financeiro, entre outros) e como cada uma movimenta-se no espaço da informação (FERREIRA, 2014, p. 113-114).

Ressalta-se, por oportuno, que as duas abordagens conceituais não se sucedem e não são uma espécie de transição evolutiva; ao contrário, elas encontram-se enraizadas na sociedade da informação e coexistem (FERREIRA, 2014, p. 115), levando-se em conta a maneira que os mecanismos de funcionamento da disciplina e do controle operam de forma simultânea na vida dos indivíduos que utilizam as tecnologias digitais.

² Optou-se por essa terminologia para didaticamente acompanhar a doutrina base utilizada na pesquisa, como Danilo Doneda (2006) e Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* (2016). Essa expressão surgiu em uma conferência internacional na Europa em 1980, a qual reuniu estudiosos para analisar o futuro de uma nova sociedade, levando em consideração a regulamentação da liberdade de circulação de serviços e procurando alternativas para criar maior acesso pelos Estados membros. Foi a primeira vez que se utilizou a expressão TIC, que significa Tecnologias da Informação e da Comunicação (MARTINS, 2014, p. 6). Há, no entanto, de se ressaltar que autores, como Antonio Enrique Pérez Luño, empregam o termo “sociedade tecnológica” ou “sociedade informacional” (PÉREZ LUÑO, 2012), enquanto Jan Van Dijk e Manuel Castel preferem o termo “sociedades em rede” familiares (VAN DIJK, 2012).

³ No trânsito do século 18 ao 19 assistiu-se ao surgimento do que Michel Foucault designa como sociedade disciplinar. Nela, o conhecimento científico que se produziu sobre os indivíduos e as mudanças nos ordenamentos jurídicos foram essenciais para submetê-los à disciplina, a fim de produzir sujeitos mais dóceis, e, assim, diminuir o potencial de luta, neutralizando “os efeitos de contrapoder que dela nascem e que formam resistência ao poder que quer dominá-la: agitações, revoltas, organizações espontâneas, conluios – tudo o que pode se originar das conjunções horizontais”. Daí resulta o papel onipresente do poder disciplinar em gerir o tempo dos indivíduos, mantendo-os ocupados e constantemente vigiados nos espaços privados e/ou sociais, onde agem e se movimentam na vida cotidiana. Por poder disciplinar Michel Foucault define um tipo de poder modesto, discreto, calculado e permanente, que tem como objetivo adestrar as singularidades que compõem as multidões para delas obter usos melhores, sobretudo no contexto de um processo produtivo que se generalizou e que produz não somente mercadorias, mas, também, indivíduos e subjetividades. Indivíduos que devem ser capazes de reproduzir os mecanismos de funcionamento desse tipo de poder que se edifica pela disciplina, pela vigilância e pelo controle, conformando, assim, uma tecnologia política do corpo e sobre o próprio corpo (FERREIRA, 2014, p. 113).

3 A PRIVACIDADE: VELHAS IDEIAS E NOVOS PROBLEMAS

As novas tecnologias (NT) e as tecnologias de informação e comunicação (TIC) da sociedade contemporânea também impactaram e submeteram a mudanças um arsenal de direitos, princípios e valores (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 9). Ademais, os direitos fundamentais/humanos⁴ tiveram formação paulatina no seio da sociedade e hoje isso acontece de forma mais rápida, sendo quase que instantaneamente transmitidas as informações. Deste modo, nota-se que as intempéries da sociedade da informação abrangem tanto a esfera pública quanto a privada.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a proteção da personalidade humana, existente até então, passou a ser insuficiente, sendo necessário dar atenção especial a ela e à dignidade humana. Com isso, a ideia de Estado Social desenvolveu-se e o ordenamento jurídico começou a valorizar a pessoa humana por meio de uma Constituição, que deixa de ser ferramenta fundamentalmente política para ser o ponto de convergência de todo ordenamento. Essa alteração nos valores sociais e culturais dos direitos de personalidade culminou na transformação das relações jurídicas, que passou a demonstrar diversas situações de cunho subjetivo que eram difíceis de se enquadrar na infalibilidade e certeza dos típicos códigos civis do século antecedente. O estudioso Günther Anders denominou a origem da crise enfrentada pelo Direito de a “confusão do século” (*apud* DONEDA, 2006, p. 65), posto que a utilização de um sistema retrógrado não era mais compatível com uma sociedade cuja organização baseava-se em outras diretrizes e objetivos.

Fato é que o amparo à pessoa humana, no ordenamento, não é um dado fixo. Desde sua origem, a pessoa não recebeu proteção de forma integrada, nem existia uma categoria que tivesse relação com o atual conceito de personalidade. “O direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos” (TEPEDINO, 1999, p. 24); sua tutela era realizada dentro de um quadro social diverso, que, atualmente, resultaria em distorções se tomado como modelo; portanto, deve-se ter grande cautela ao relacionar tal conceito com os institutos jurídicos hodiernos.

Nesse contexto, e para se delimitar a presente pesquisa, optou-se por verificar qual dos direitos da personalidade foram atingidos diretamente pelas NTs ou pelas TICs com a relevância do papel exercido pela *internet*, que acabou por criar a sociedade com alvos direcionados. É aqui que surgem, com especial destaque, o direito fundamental à privacidade e os demais direitos que dele se desmembra. A *internet* é apenas um espaço onde os direitos fundamentais exercerão a mesma função que sempre desempenharam historicamente, porém esse novo espaço fez surgir novas demandas geradas pela globalização, aumentando a velocidade e a forma de conexão dos acontecimentos.

Verifica-se traços da privacidade antes mesmo de sua proteção formal, uma vez que ela era entendida por outros instrumentos, diferentes arquiteturas das estruturas sociais e políticas, não reguladas pelo direito, a exemplo da procura de isolamento, por meio das ciências naturais, quando diferentes tipos de animais procuram um espaço próprio, ou, ainda, na antropologia, quando se nota que o nível diferente de constituição nativa encontra justificativa na limitação da privacidade de alguns ou de todos os membros. O primeiro grande desafio do indivíduo foi a natureza, que, buscando maior segurança, acabou se associando a outros indivíduos (DONEDA, 2006, p. 119-121).

Há várias citações, na filosofia antiga, que remetem à privacidade, fazendo relação com interiorização, retiro ou solidão; no entanto, na Grécia, a vida em coletividade possuía um valor expressivo e representativo da “*polis*”. Já para os romanos, a privacidade era um esconderijo dos negócios da “*res publica*”. De qualquer modo, nesse período qualquer consideração sobre a privacidade deve partir da premissa de que não é possível

⁴ Não é objeto do presente artigo aprofundar a discussão sobre o uso dos termos “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direito humanitário”. Destaca-se, entretanto, que a doutrina majoritária utiliza o termo “direitos do homem” para se referir àqueles direitos inatos que existiram durante toda a história; por sua vez, o termo “direitos humanos” é aquele inserido em tratados, convenções e acordos internacionais ou, em outras palavras, os direitos do homem positivados na esfera externa. Quanto ao termo “direitos fundamentais”, optou-se pelo uso interno, nas Constituições de cada Estado; e, por último, o termo “direito humanitário” é relativo ao direito de guerra, quando se vivem situações excepcionais para as quais se aplicam as Convenções de Genebra (SARLET, 2010).

identificar algo análogo aos direitos individuais atuais, uma vez que se exercia a liberdade basicamente na esfera pública (DONEDA, 2006, p. 121-123).

Durante a Idade Média também não era possível verificar um desejo sistemático das pessoas pela privacidade ou isolamento. A mudança de costumes no que diz respeito à vida cotidiana somente ocorreu no início do século 16. Houve um enriquecimento da esfera privada como consequência do individualismo ou em razão de a privacidade moderna estruturar-se em oposição à esfera social e não política, como tinha ocorrido em tempos antigos (ARENDR, 2003). Deste modo, a privacidade passou a ser privilégio de uma emergente classe burguesa, alcançando seu cume na famosa expressão francesa “*la vie privée doit être murée*” (DUBY *apud* DONEDA, 2006, p. 116).

No século 19 a propriedade era considerada essencial à realização do indivíduo e ao desenvolvimento da própria pessoa, de modo que o direito à propriedade era condição inafastável para se alcançar a privacidade. Com a Revolução Industrial, os meios materiais, que primeiramente estavam disponíveis somente para a burguesia, passaram a ser massificados, fato que, somado ao aparecimento dos meios de comunicação de massa, transformaram a expectativa do sentido da privacidade. Por esse motivo, não causa espanto ter sido esse tipo exato de inconformismo que levou Samuel Warren e Louis Brandeis a escrever, em 1890, o famoso artigo “*The right to privacy*” (BRANDEIS; WARREN, 1890).

O artigo de Warren e Brandeis é citado nas discussões modernas doutrinárias sobre direito à privacidade como referência histórica sobre o tema, em que pese esse assunto já estivesse presente na jurisprudência da “*common law*”⁵. Frisa-se que, apesar de na Inglaterra já existir menção ao tema, o artigo “*The right to privacy*” apresenta força inédita: a) ao partir de um novo fato social – as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, acontecimento que se revigora e molda a futura sociedade; b) o direito à privacidade tinha natureza pessoal, não aproveitando a estrutura da propriedade para a proteção dos seus aspectos; c) nos EUA o artigo abriu caminho para o reconhecimento do direito à privacidade como um direito constitucionalmente garantido (DONEDA, 2006, p. 139).

Partindo-se, assim, da definição inicial de Warren e Brandeis do direito à privacidade como “o direito de ser deixado em paz”, a incessante movimentação dos dados pessoais culminou na evolução do conceito para o direito de controlar suas próprias informações e de determinar a forma de construir sua própria esfera particular, o direito de controlar a maneira que os outros utilizam as informações a nosso respeito e a proteção de escolhas de vida contra qualquer modo de estigma social e controle público. Em outras palavras, o conceito de privacidade evoluiu, devendo ser visto dentro da sociedade da informação atual como o direito à autode-terminação informativa, a saber:

Altera-se a função sociopolítica da privacidade, que se projeta bem além da esfera privada, para se tornar elemento constitutivo da cidadania. E a sua definição, por muito tempo ligada unicamente ao “direito de ser deixado só”, dilata-se voltando-se para a direção da ideia de uma tutela global de escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social. Em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas” (RODOTÁ, 2008, p. 129).

Cada pessoa é sua própria informação, pois é ela que nos define, nos classifica, nos etiqueta; logo, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo (RODOTÁ, 2008, p. 07). A delimitação do sentido do direito fundamental à privacidade, portanto, não é um problema apenas dogmático, mas que se relaciona à concretização de valores da humanidade em cada cultura e sociedade.

Hoje a informação pode ser disponibilizada ou guardada, individualmente, por banco de dados ou grupos de pessoas (CORAZZA, 2015). Ela refere-se não apenas ao direito de manter seu caráter confidencial

⁵ “A vida privada deve ser murada” (fechada com muros, para os outros, de fora).

⁶ Cita-se a discussão sobre a publicação não autorizada da correspondência entre os escritores Alexander Pope e Jonathan Swift, como o caso mais antigo no qual se discute o tema da “privacy”. Para aprofundar o caso em que a decisão discute o direito de propriedade do autor da missiva sobre as palavras que escreve, relacionando privacidade diretamente como atributo da personalidade, consulte-se a obra “Privacy e costituzione. L’esperienza statunitense” (BALDASSARRE, 1974).

de fatos pessoais, abrangendo também o direito de o indivíduo saber que informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outras pessoas, bem como o direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras.

As novas dinâmicas ligadas à sociedade da informação transformaram-na em um alvo direcionado e levam ao surgimento de uma discussão em torno do uso do “*Big Data*” e do “*Data Mining*”. O primeiro diz respeito ao tratamento algoritmo das informações que permite a coleta massificada e generalizada de dados e de metadados oriundos das atuais práticas comunicacionais virtuais cotidianas, coleta essa que nutre a “nova tecnologia informática” (SALDANHA, 2015). Já o segundo refere-se ao tratamento aplicado a trajetórias de movimentos, com a finalidade de descobrir no meio de gigantescos emaranhados de trajetos, “*periodic patterns*” ou “assinaturas”, correspondendo a segmentos de hábitos característicos, o que se desdobrou também na Teoria dos *Drones* (CHAMAYOU, 2015). Isso porque as informações coletadas em massa são utilizadas como uma nova forma de poder, para vigiar, analisar as formas de vida e aniquilar os comportamentos “anormais”.

O corpo está se tornando uma senha mediante impressões digitais, íris, traços da face e DNA, recorrendo-se frequentemente a esses dados biométricos não somente como forma de identificação ou como chave para acesso de diversos sistemas, mas também como elemento de classificação para a realização de controle posterior ao momento da identificação. Salienta-se, ainda, que o corpo é predisposto a ser seguido e localizado de forma permanente. Com a vigilância atual passou-se a assimilar o corpo humano a um objeto qualquer em movimento, controlável a distância com o auxílio de satélites, a exemplo de alguns pais, na Inglaterra, que, traumatizados com sequestros e violência contra as crianças, solicitaram que fosse inserido sob a pele dos seus filhos um *chip* eletrônico para que pudessem ter ciência a todo momento de onde os mesmos se encontravam (RODOTÁ, 2008, p. 248).

O documentário da *Netflix* denominado “O Dilema das Redes” retrata os bastidores das empresas de tecnologia e expõe claramente esse problema ao falar sobre os perigos que a massiva coleta de dados pelas redes sociais e aplicativos podem causar aos usuários individualmente e enquanto sociedade. Ele traz alguns ex-funcionários de importantes empresas de tecnologia que explicam como funcionam os bastidores dos algoritmos (O DILEMA DAS REDES, 2020).

Tristan Harris, *ex-designer* do *Google*, afirma que “Tudo o que já fizemos, todos os cliques, os vídeos que assistimos, as curtidas, tudo isso ajuda a moldar um modelo cada vez mais fiel. Assim que esse modelo é criado, é possível prever um padrão de comportamento”, e assegura que existem três objetivos principais na maior parte dos algoritmos criados por gigantes de tecnologia: “O de engajamento, para aumentar o seu uso, e te manter navegando. O de crescimento, para que você sempre convide amigos e os faça convidar outros amigos. E o objetivo de publicidade, para garantir que enquanto tudo acontece, estamos lucrando o máximo possível com anúncios”. Esses três objetivos agem em conjunto para que o algoritmo ache o conteúdo que a pessoa mais gosta a fim de mantê-la por mais tempo conectada às plataformas, o que explica o motivo de a linha do tempo das redes sociais estarem cheias de publicações dos amigos com os quais cada um mais interage, propagandas de produtos que são do interesse pessoal de cada um e assuntos do gosto pessoal (O DILEMA DAS REDES, 2020).

A frase que mais ecoa no citado documentário é “Se você não paga pelo produto, o produto é você”, pois a ideia de todos serem produtos é baseada no fato de que os dados pessoais são o que há de mais valioso no modelo de negócios das empresas de tecnologia. As empresas *Google*, *Facebook*, entre outras, visam a somente o lucro com seus anúncios direcionados, tornando a pessoa um produto. Esse direcionamento dos anúncios só é possível pelo fato de que nós mesmos fornecemos dados para essas empresas o tempo todo, ou seja, elas analisam o comportamento das pessoas por meio de curtidas, cliques, comentários, direcionando o produto que desejam vender. Essas empresas buscam a manutenção dos usuários cada vez mais conectados para que forneçam mais dados, ficando mais expostos à publicidade, ignorando os prejuízos que isso pode causar à esfera individual do sujeito (O DILEMA DAS REDES, 2020).

O filme demonstra como ocorre essa manipulação do algoritmo. Enquanto as empresas lucram com os dados dos usuários, estes recebem apenas conteúdo que os agrada. Segundo especialistas, essa troca não parece tão justa assim. Para manter o usuário conectado por mais tempo, o algoritmo faz o que for preciso,

direcionando ao indivíduo o assunto que ele está mais propenso a acreditar e não a realidade, sendo direcionados, inclusive, *fake news*, afastando a ética das decisões tomadas pelo sistema. Esse tipo de precisão do algoritmo pode prejudicar o usuário em dois níveis: o pessoal e o social. No primeiro, o documentário expõe a possibilidade de as pessoas viciarem-se nas redes sociais de uma maneira comparável ao uso de drogas. No segundo, os sistemas de inteligência artificial podem ajudar na disseminação de notícias falsas e teorias da conspiração, facilitando a manipulação política. Além disso, ao evidenciar ao indivíduo apenas o que ele quer e gosta, as redes sociais criam, também, bolhas sociais, dividindo cada vez mais a sociedade em dois posicionamentos políticos distintos, impulsionando o extremismo (O DILEMA DAS REDES, 2020).

Apesar dessa manipulação social e política, os especialistas entrevistados afirmam que não há um culpado, acreditando que essa ideia pode ter sido inocente, mas que acabou gerando danos concretos. Sandy Parakilas, ex-gerente de operações no *Facebook* e ex-gerente de produtos na *Uber*, afirma que existem poucas pessoas nessas empresas que entendem como esses sistemas funcionam “e nem elas sabem totalmente o que vai acontecer com determinado conteúdo. Então, como humanos, quase perdemos o controle sobre esses sistemas, porque eles controlam as informações que vemos. Eles têm mais controle sobre nós do que nós temos sobre eles” (O DILEMA DAS REDES, 2020).

Em que pese os riscos, alertam os conhecedores que tais sistemas já estão inseridos no cotidiano de cada um e talvez seja impossível voltar atrás. A única possibilidade é minimizar os danos. Para que isso ocorra, porém, as empresas de tecnologia precisam admitir seus erros e trabalhar para consertá-los. “A tecnologia não funciona com base nas leis da física. Não é algo concreto. Essas são as escolhas que seres humanos, como eu, têm feito. E os seres humanos podem mudar essas tecnologias”, opina Justin Rosenstein, ex-engenheiro do *Facebook* e do *Google* e coinventor do botão de *Like* do *Facebook*. “Nós criamos isso, é nossa responsabilidade mudar”, completa Tristan. Também os usuários podem agir para diminuir os danos do uso de dados pessoais e a manipulação, driblando o algoritmo para que o conteúdo recebido seja realmente o que deseja ver e não o que as redes sociais querem que você veja, por exemplo, desligando a localização do celular, não clicando em sugestões de vídeos do *YouTube*, desativando as notificações, deletando aplicativos, entre outros (O DILEMA DAS REDES, 2020).

Esse novo paradigma é observado desde 2010, época em que as mais altas autoridades do serviço de inteligência estadunidense ditavam os princípios da doutrina de *Activity Based Intelligence (abi)*, “*informação fundada na atividade*”, elaborada sob a égide da *National Geospatial-Intelligence Agency (NGA)*⁷. Os teóricos da informação descrevem essa reviravolta como conversão rumo a uma nova filosofia, um novo método de conhecimento. Derek Gregory resume que se trata de “seguir diversos indivíduos através de diferentes redes sociais, com o intuito de estabelecer uma forma ou ‘esquema de vida’ [*pattern of life*] em conformidade com o paradigma da ‘informação baseada na atividade’, que constitui hoje o centro da doutrina contrainsurrecional” (GREGORY, 2011).

A ideia é, então, a partir de padrões de comportamento, delimitar o típico para identificar o atípico, e, para além dos testes efetuados em espaço confinado, o objetivo é estender essas metodologias de triagem comportamental a programas de detecção de anomalias em grande escala. Em um modelo assim, “acumulando traçados no tempo”, porém, pode ocorrer, por exemplo, de os movimentos de pedestres se modernizarem ou serem detectadas anomalias com relação a tendências comportamentais registradas (CANGUILHEM, 1992, p. 208).

A definição do “normal” de que dispõem esses sistemas é puramente empírica, ou seja, ela é entendida pela máquina com base em relatórios de frequências e repetições, posto que qualquer desvio desses esquemas de regularidade dispara “alertas de comportamento anormal”, e um dos problemas com esse tipo de concepção da normalidade é que “se deve considerar anormal – quer dizer, patológico – qualquer indivíduo anormal (portador de anomalias), ou seja, aberrante por relação a um tipo estatisticamente definido” (CANGUILHEM, 1992, p. 208). Assim, enquanto um desvio singular pode ser interpretado de diversas formas,

⁷ A NGA, ou Agência Nacional de Inteligência Geoespacial, é a agência de informação americana encarregada da coleta e análise de imagens, diferentemente da National Security Agency (NSA), historicamente concentrada na emissão de sinais.

como um passo errado, um teste, um erro, uma aventura, uma curiosidade (CANGUILHEM, 1992, p. 205), entre outros, esse tipo de dispositivo os assinala e alerta como uma ameaça em potencial.

Verifica-se que a delimitação do comportamento do indivíduo como atípico, a partir de padrões de comportamentos típicos decifrados por máquinas a partir de relatórios de repetições, não está imune a falhas e lacunas. Essa inovação da concepção de normalidade considera anormal, e uma ameaça em potencial, qualquer pessoa que se desvia do tipo estatisticamente definido sem levar em conta pequenos contextos da vida cotidiana que podem ocorrer, uma vez que, diferentemente do ser humano, a máquina não pode interpretá-los, fato que pode trazer consequências sérias ao indivíduo “normal” e aos seus direitos da personalidade. Dessa forma, em que pese a importante evolução do direito à privacidade decorrente do avanço da sociedade de informação e de alvos direcionados, surgem, também, novos problemas que devem ser tratados com cuidado e atenção.

4 A TRANSVERSALIDADE DA TUTELA À PRIVACIDADE

Muito embora possa parecer excessivo e perigoso afirmar que “nós somos nossos dados”, fato é que a representação social de cada indivíduo está cada vez mais adstrita às informações disseminadas nos diversos bancos de dados e aos perfis e simulações construídas por tais meios (RODOTÁ, 2008, p. 13). O sujeito torna-se cada vez mais conhecido como público ou privado por intermédio dos dados que lhe dizem respeito, o que acaba por incidir sobre a liberdade de comunicação, sobre o princípio de igualdade, de expressão ou de circulação, sobre o direito à saúde, sobre a condição de trabalhar, entre outros. Transformando-se em entidades desencarnadas, surge a necessidade de tutelar o seu corpo eletrônico, ou seja, tutelar os seus dados pessoais tanto contra a expansão do monitoramento estatal quanto contra a utilização sem discriminação de dados por empresas de diversos segmentos.

Antes do atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001, por razões de exigências do mercado e da tendência de montagem de banco de dados cada vez maiores para controlar comportamentos, o fim da privacidade já era comentado, e percebendo o modo como o mundo está mudando emerge essa questão de forma mais radical (RODOTÁ, 2008, p. 13). Após esse episódio, a privacidade, além de não ser mais vista como um direito fundamental, passou, ainda, a ser frequentemente considerada como um obstáculo à segurança, sendo superada por legislações de emergência (RODOTÁ, 2008, p. 14).

Vive-se um tempo de contradição das questões relacionadas à proteção de dados pessoais, pois, ao mesmo tempo em que tem aumentado a consciência da importância da proteção de dados das vidas privadas dos indivíduos, aumenta-se, também, a própria liberdade desses sujeitos. Tal constatação reflete-se em inúmeros documentos nacionais e internacionais, em especial na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia que reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo. Torna-se cada vez mais difícil respeitar essa presunção geral, posto que as exigências de segurança interna e internacional, reorganização da administração pública e interesses de mercado, estão levando à diminuição ou desaparecimento de garantias essenciais (RODOTÁ, 2008, p. 13).

A realidade distancia-se da estrutura dos direitos fundamentais por três razões básicas: a primeira, porque depois do atentado de 11 de setembro diversos critérios de referência mudaram e reduziram-se as garantias em todo o mundo; a segunda, porque a tendência de reduzir as garantias estendeu-se a setores que tentam se beneficiar com as mudanças, como o mundo dos negócios; e terceiro, porque as novas tecnologias tornam disponíveis continuamente novas ferramentas para classificar, selecionar, triar e controlar os indivíduos, resultando em uma maré tecnológica que as autoridades nacionais e internacionais nem sempre poderão controlar de forma adequada. Com isso, alguns princípios do sistema de proteção de dados estão sendo pouco usados, e dados que foram coletados para um propósito são disponibilizados para propósitos diversos, considerados tão importante quanto aqueles que motivaram a coleta. E mais, dados processados por uma determinada agência são disponibilizados para outra, tornando o indivíduo mais transparente e os órgãos públicos cada vez mais fora de qualquer controle político e legal, implicando nova distribuição de poderes políticos e sociais (RODOTÁ, 2008, p. 14-15).

A preocupação atual das pessoas não está apenas relacionada à vida pessoal e a grupos de amigos; vai além: atinge temas que vinculam transversalmente diferentes Estados em momentos instantâneos. Como

exemplo, cita-se a ação de grupos terroristas, as diferentes epidemias que se alastram e, em especial, a proteção de dados; eles adquirem novos contornos na sociedade global. Nessas circunstâncias, os efeitos da violação da privacidade ganham outras dimensões que acabam por aumentar a necessidade de se criar um fio condutor em torno do qual se possa estruturar essa proteção. Ressalta Stefano Rodotá (2008) que o problema da privacidade não é o mesmo de outros momentos históricos, devendo ser considerado no atual quadro da organização de poderes, cuja infraestrutura informativa representa, hoje, justamente um dos seus principais componentes (p. 19).

Em todo caso, o que se objetiva demonstrar aqui é a necessidade de uma tutela transversal da privacidade, em âmbitos nacional e internacional, e de dimensões verticais e complementares, uma vez que a sociedade da informação hodierna acarretou diversas mudanças de sentido no que se entende como direito à privacidade e seus possíveis desdobramentos como intimidade e vida privada.

A construção de uma tutela da privacidade, em âmbitos nacional e internacional, é relativamente recente na sociedade marcada pelo desenvolvimento das novas tecnologias (MANSUR; ROCHA, 2019). O juiz Frank Easterbrook, em 1996, questionou a necessidade de um direito direcionado ao estudo do ciberespaço, asseverando que o estudo seria tão útil quanto um “direito do cavalo”⁸. No texto intitulado “*Cyberspace and the Law of the horse*”, ainda argumenta que, em vez de os operadores jurídicos tratarem o “*ciberdireito*”, seriam mais bem servidos se dominassem princípios jurídicos fundamentais e após os aplicassem aos novos fatos que surgissem (EASTERBROOK, 1996).

Stéfano Rodotá (2008) destacou a mesma posição no momento em que o meio jurídico considerou inserir como aulas extravagantes o curso de “Tecnologias e direito”. Afirmou que pareciam ser questões marginais, que tinham pouco a ver com o direito, à medida que, atualmente, sabe-se que a bioética e a informática são temas capitais para a pesquisa jurídica e que transformam profundamente a maneira como o jurista olha a realidade, tornando obrigatória a revisão de categorias como o corpo e a pessoa, ou seja, tais categorias estavam fora da atenção do jurista (p. 4-5).

Após, diversos pesquisadores da área contestaram a tese de Frank Esterbrook (1996). Destaca-se a tese de Doutorado em direito defendida no Brasil, no ano de 2015, por Vinícius Borges Fortes, que cita Lawrence Lessig para responder explicitamente à teoria mencionada, salientando que as regras jurídicas, as percepções e o ambiente do ciberespaço precisam evoluir, se desenvolver e ser ampliados. Assim, mais importante do que a regulação do espaço real, a tutela do ciberespaço representa uma troca no paradigma de regulação, com a necessária definição de mudanças na formação e desenvolvimento de princípios que auxiliem, no âmbito real e virtual, os novos caminhos do direito (*apud* FORTES, 2015, p. 51).

A construção de um *Internet Bill of Rights* começou a ser notada na primeira edição do *Internet Governance Forum* (IGF), da ONU, em 2006, quando surgiu uma coalizão dinâmica chamada “*Internet Bill of Rights*”⁹. Entre a primeira e a segunda edição do IGF, o governo da Itália promoveu o primeiro *Dialogue Forum on Internet Rights*, em Roma, no dia 27 de setembro de 2007. A abertura do evento foi realizada por Rodotá, que lançou as diretrizes para o debate sobre uma carta de direitos para a *Internet*. A segunda edição do IGF, que ocorreu em 2007 no Rio de Janeiro, solidificou uma junção de forças entre brasileiros e italianos em prol de uma carta de direitos para a *Internet*, sendo o ponto de partida para os trabalhos desenvolvidos em âmbito nacional nos dois países posteriormente, a saber, o Marco Civil da *Internet* brasileiro, aprovado em 2014, e a Declaração italiana sobre direitos na *Internet*, aprovada em 2015 (SOUZA, 2017). A mais recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 2018) foi aprovada em 2018 com entrada em vigor em 18 de agosto de 2020.

É importante destacar, também, a construção de uma tutela da privacidade de dimensões verticais e complementares, uma vez que a sociedade da informação hodierna acarretou diversas mudanças de sentido

⁸ A expressão “direito do cavalo” foi um termo constantemente usado em meados da década de 90 do século 20, relativo ao estágio embrionário em que se encontrava a *internet*.

⁹ Esse grupo, consistente de atores de diversos setores, objetivava debater a oportunidade e o conteúdo de uma Carta de Direitos para a *Internet* (um *Internet Bill of Rights*).

no que se entende como direito à privacidade e seus possíveis desdobramentos como intimidade e vida privada, quando se incluem o “direito ao esquecimento” e o “direito à extimidade”¹⁰.

A expressão norte-americana “*right to be let alone*”, trazida por Samuel Warren e Louis Brandeis para a configuração do direito de ser deixado em paz/só, iniciou o reconhecimento do direito à privacidade (no sentido atual do termo). Ocorre que essa expressão, não raras vezes, é utilizada como sinônimo de um direito ao esquecimento (FORTES, 2015, p. 157), mas a adequada conceituação para direito ao esquecimento seria “*right to be forgotten*”, uma vez que ultrapassa a simples proteção da vida privada, possibilitando que um usuário apague dados e informações pessoais na *internet* (BERNAL, 2014). Não é à toa que, em conferência na *New York University*, Eric Schmidt afirmou que um dos grandes desafios do futuro da *internet* é a elaboração de um “botão delete” (FORTES, 2016, p. 158), oportunizando às pessoas apagar publicações relacionadas a atos feitos no passado que não desejam mais que sejam exibidos nos resultados de busca ou de páginas indexadas na *web*.

O termo “direito ao esquecimento” foi utilizado primeiramente pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. O Caso Lebach, decidido em 5 de junho de 1973, foi um dos julgados de notoriedade daquele país, onde se discutia a colisão entre o direito de liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. Tratava-se de um pedido liminar feito por um reclamante que, juntamente com outros dois sujeitos, se envolveu em crime que culminou na morte de quatro soldados, deixando outro gravemente ferido. O fato ocorreu à noite, quando os soldados protegiam um depósito de munições que foram roubadas (MARTINEZ, 2014, p. 90).

Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua em agosto de 1970, e um terceiro partícipe (que auxiliou na preparação do crime) foi condenado a seis anos de reclusão. Um pouco antes de ganhar a liberdade por meio de livramento condicional, a *Zwites Deutsches Fernsehen* (ZDF ou Segundo Canal Alemão), levando em consideração o interesse da opinião pública, fez um documentário sobre o caso, e, apesar de tentar impedir a sua exibição, o programa foi ao ar, uma vez que o pedido foi negado pelos tribunais ordinários (o Tribunal Estadual de Mainz e o Tribunal Superior de Koblenz), seguindo o entendimento de que havia interesse público na divulgação das informações (MARTINEZ, 2014, p. 90).

A Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional, porém, foi procedente, e os julgadores entenderam que ocorreu a violação ao direito de desenvolvimento da personalidade. É importante ressaltar que, no citado caso, a reprodução dos fatos citou os nomes e mostrou fotos dos acusados, descrevendo minuciosamente a relação entre eles, inclusive suas relações homossexuais (MARTINS, 2014, p. 06). Nesse sentido, acertada foi a decisão daquele Tribunal Constitucional, posto que a exposição de questões de foro íntimo dos acusados não possuía relevante interesse público.

Na Espanha, uma das decisões que ganhou destaque ocorreu em outubro de 1986, no âmbito do Tribunal Constitucional, em relação à ação movida por Isabel Pantoja perante a comercialização de um vídeo que reproduzia a agonia do seu marido e toureiro Paquirri. O citado tribunal anulou a decisão anterior do Tribunal Supremo que entendeu que a morte do toureiro não se tratava de sua esfera íntima. O Tribunal Constitucional ressaltou que as cenas vividas dentro da enfermaria não diziam respeito ao espetáculo público taurino (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 102).

No âmbito internacional, o termo “direito ao esquecimento” foi usado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2013, ao entender ser exigível dos mecanismos de busca que parassem de mostrar determinados resultados. Na Europa, como em grande parte do ocidente, a proteção de dados tem grande importância e o “*derecho al olvido*” é considerado tradicional.

Merece destaque aqui a decisão do TJUE referente ao Processo no C-131/12, do qual são partes a “*Google Spain SL*” e a “*Google Inc.*”, ante a Agência Espanhola de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. No citado caso, algumas informações de Mario Costeja González foram publicadas por um jornal espanhol em duas de suas edições impressas no ano de 1998, e, posteriormente, foram republicadas em sua versão eletrônica. Desde então, quando se pesquisava o nome do autor nos mecanismos de busca, aquela

¹⁰ Frise-se que no ordenamento brasileiro não há consenso sobre a possibilidade de denominação desses como “novos” direitos fundamentais que ainda se apresentam como propostas interpretativas sobre o direito à privacidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, sem a existência de uma norma prévia que os regulamente.

informação aparecia e era acessada. Sendo inexitoso o requerimento junto a “Google Spain”, Mario Costeja González fez uma reclamação à Agência Espanhola de Protección de Datos (AEPD), quando pleiteou que fosse exigida a eliminação ou a modificação da publicação deixando seus dados de serem exibidos (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O processo foi julgado em 13 de maio de 2014, garantindo ao cidadão europeu o direito ao esquecimento, com o reconhecimento da responsabilidade das ferramentas de busca pelo processamento de dados pessoais exibidos nos resultados. Ocorreu a prevalência do direito ao esquecimento sobre o direito do público de conhecer e de ter fácil acesso à informação. No caso, a informação excluída foi considerada irrelevante e ultrapassada, não sendo necessária sua preservação. Há de se ressaltar, porém, que deve ser analisado cada caso em concreto, a fim de verificar e interpretar a informação a ser excluída (MARTINS, 2014, p. 8).

Na esfera nacional, a jurisprudência já citou a expressão “direito ao esquecimento” em vários casos, especialmente após a edição dos Enunciados nos 531 e 576 do Conselho de Justiça Federal. No primeiro consta que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013), e no segundo caso asseverou-se que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela inibitória” (BRASIL, 2015). Vários tribunais, portanto, têm utilizado tais Enunciados para a tomada de suas decisões, seja aplicando ou não o citado direito.

Em questões de proteção *on-line*, indaga-se: Qual a dimensão pública e/ou privada da *internet* nos dias de hoje? Deve a *internet* ser considerada espaço público ou espaço privado? A dimensão dessas respostas é bem complexa, uma vez que supõem o questionamento sobre o que é ciberespaço e o que é *internet*. Os que defendem que esta última é propriedade pública advogam a possibilidade efetiva de os usuários reivindicarem seus direitos e tê-los respeitados, o que vale para normas comerciais, difamações, propriedade intelectual, entre outros. Cabe refletir, porém, sobre que partes da *internet* deveriam ser consideradas públicas ou privadas e quais espécies de direito poderá gozar alguém que utilize cada uma dessas partes. Nesse contexto, a resposta mais adequada é que todos os espaços deveriam ser públicos, com exceção ao caso de haver razão conveniente para o contrário.

Paul Bernal (2014) cita ainda uma mudança de paradigma em prol de uma natureza mista, ou seja, em um espaço privado os indivíduos controlariam suas próprias configurações de privacidade e em um espaço público eles requisitariam a proteção por meio de direitos de privacidade. Com a referida mudança, a proteção da privacidade seria regra geral, e aqueles que quisessem monitorar pessoas ou coletar, utilizar, armazenar dados pessoais, necessitariam justificar os motivos para a vigilância (BERNAL, 2014).

Nesse cenário, verifica-se que a ideia do privado tem migração da perspectiva do “privado para o pessoal”, quando o direito tutelado são as informações pessoais e não necessariamente as privadas. Para Stéfano Rodotá (2008), se antes a ordenação lógica era “pessoa-informação-sigilo”, atualmente é “pessoa-informação-circulação-controle-gestão”, o que significa afirma que uma pessoa não tem apenas o direito de interromper uma informação de sua privacidade que tenha escapado, mas também tem o direito de controlar ativa e passivamente a mesma circulação (p. 93).

Do contexto do ora discutido infere-se o chamado “direito à extimidade”, construção teórica desenvolvida por Jacques Lacan, que se tornou acessível a outras áreas do conhecimento em virtude dos estudos de Serge Tisseron. Extimidade seria a forma como algumas questões referentes à intimidade são ofertadas aos outros, com o objetivo de sua validação ou não e, conseqüentemente, a reapropriação em nova perspectiva daquelas formulações, transformando a primeira pessoa em maior ou menor medida (TISSERON, 2011, p. 84-85).

É importante ressaltar que, ao contrário do que afirma Luiz Flávio Gomes (2002)¹¹, “extimidade” não é o oposto de intimidade. Trata-se de um desvio do segredo interno, que, a partir de uma linha tênue, passa do seu local natural e íntimo para outro local externo, e que o indivíduo deseja revelar (TISSERON, 2011, p. 84-85). Ou seja, é o ato de lançar ao público algo da privacidade (mas não é o seu oposto), sendo a manifestação ou a exteriorização explícita da liberdade de expressão; os conceitos, portanto, não antagônicos e sim a

¹¹ Para quem “extimidade” é lançar ao público algo da privacidade.

mesma matéria com distinta destinação. Para Jacques-Alain Miller (2011), a “extimidade” é a intimidade exteriorizada, e não sendo o oposto da intimidade, uma noção complementa a outra (p. 14).

Alguns estudiosos já utilizam a expressão “direito à extimidade”, como Iuri Bolesina (2015), que o entende como o direito de gozar ativamente da intimidade por meio da voluntária exposição de informações da intimidade diante de terceiros. É certo, todavia, que a intimidade que se expõe na *internet* deixa de ser íntima e se torna “extima” e não pública (BOLESINA, 2015). A novidade é utilizada especialmente em âmbito virtual, em que se misturam o público e o privado.

Nota-se que a *internet* findou com os binômios “visível/invisível” e “não visível/privado”, transformando o espaço público-privado no que Dominique Cardon (2012) chama de cenário de um “jogo de luz e sombras”, ou seja, um degradê em que os extremos são a alta e a baixa visibilidade, apresentando um meio termo de zonas de interação (p. 49). A mistura entre o público e o privado na *internet* é uma nova forma de interpretação desses espaços, pois, utilizando-se dessa nova zona entre a alta e a baixa visibilidade, surge um espaço intermediário, nem público nem privado, apenas mais ou menos visível.

As francesas Nicole Aubert e Claudine Haroche, na obra intitulada “*Les tyrannies de la visibilité: être visible pour exister?*”¹², que trata da tirania da visibilidade e da necessidade de tornar-se visível para realmente existir, estudaram as questões em torno dessa discussão concluindo que a palavra “visibilidade” suscita profunda ambivalência, uma vez que nela se confundem dois polos aparentemente antagônicos: o desejável e o indesejável (AUBERT; HAROCHE, 2011). No mesmo sentido, afirma Serge Tisseron (2011) que os relacionamentos considerados “significativos” passaram da intimidade para a “extimidade”.

O tema também é tratado por Zygmunt Bauman ao se referir a Alain Ehrenberg, analista do trajeto histórico do indivíduo moderno, que escolhe um acontecimento da década de 80 do século 20, no qual Vivianne, uma francesa comum, declara num *talk show* de TV que, em razão de seu marido Michel sofrer de ejaculação precoce, ela nunca teve orgasmo (EHRENBERT *apud* BAUMAN, 2012). Os dois fatos que chamaram a atenção de Alain Ehrenberg foram que atos essencialmente privados foram revelados e abertos ao público sem controle (BAUMAN, 2012, p. 227).

Em casos como o citado, ocorre a eliminação da barreira entre as esferas pública e privada, pois vive-se em uma “sociedade confessional”, até então desconhecida, em que microfones são instalados dentro de confessionários e, a partir deles, os mais íntimos segredos podem ser revelados (BAUMAN, 2012, p. 228). Trata-se do fim da privacidade, já alertado por Bauman. A preocupação atual não é mais em relação à possibilidade de violação da privacidade, mas o seu oposto: que se fechem as portas de saída da privacidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, verifica-se que a sociedade da informação hodierna acarretou diversas mudanças de sentido no que se entende como direito à privacidade e seus possíveis desdobramentos, como intimidade e vida privada.

À mercê das tecnologias, elas assumem, assim, um caráter particularmente inquietante. Será, porém, que os fins de vigilância, identificação e segurança podem realmente justificar qualquer utilização do corpo humano que se torne possível pela inovação tecnológica? Não se pode negar que nas redes sociais existem trocas de diversas informações ao mesmo tempo que podem expor pessoas, segredos, notícias, etc., levando à necessidade de repensar formas de refundar a proteção da pessoa humana sem deixar de cuidar da possibilidade de circulação de dados e da negociação com grandes empresas prestadoras dos serviços informáticos na busca da conciliação entre os direitos fundamentais e os interesses da *internet*.

Veja-se que a resposta para essas indagações deve sempre levar em conta os efeitos considerados indesejados ou imprevistos e que frequentemente são consequências da análise incompleta ou parcial das tecnologias às quais se pretende recorrer. Ainda, deve-se sempre resguardar o respeito à dignidade da pessoa humana, à identidade pessoal e aos princípios da finalidade e da proporcionalidade, posto que somente por

¹² A tirania da visibilidade: ser visível para existir? (tradução nossa). Consultar livro em sua versão francesa (AUBERT; HAROCHE, 2011).

razões sociais extremamente fortes se pode justificar o uso da biométrica, entre outros recursos desenvolvidos e decorrentes das novas tecnologias, nunca por mera conveniência econômica ou de organização. Os recentes artifícios tecnológicos não podem servir para determinar estereótipos em massa, devendo seu uso ser acompanhado de instrumentos de controle adequado e de confiança do próprio sujeito interessado.

Na sociedade de alvos direcionados, a mera singularidade de um caminho passou a ser considerada uma atividade suspeita, fato que não encontra apoio em uma lógica disciplinar. Ao utilizar-se esquemas cronoespaciais para filtrar e estabelecer comportamentos “normais”, tais dispositivos não possuem, por si mesmos, modelos determinados de comportamentos para impor aos demais caminhos que observam. Ou seja, a sua normatividade (sem norma) ocorre apenas pela identificação de desvios de comportamentos estatísticos para obter alvos. O pior é que, quando esses comportamentos saem do comum, por acontecimentos cotidianos normais, o desconhecido, porém “normal”, também se torna alvo.

Vivencia-se, atualmente, um momento em que está posta a possibilidade de aparatos técnicos tomarem decisões independentemente do controle humano. É um erro acreditar que a automatização, por si só, é automática. **Não se pode olvidar que sempre há** decisões que podem ser tomadas sobre a situação posta, seja sobre escolher se valer desse tipo de tecnologia, seja sobre determinar os parâmetros de programação segundo os quais as máquinas automatizadas operariam, entre outros.

Nessa perspectiva, a infraestrutura informativa é indispensável na organização da sociedade, porém, ao lado do acesso e controle dos dados pelas mais variadas tecnologias e seus desdobramentos, deve-se cuidar para que não seja mitigada a liberdade dos indivíduos, de forma a permitir o controle por parte do cidadão e sua privacidade e individualidade, chegando-se, assim, ao equilíbrio desejável que privilegia a dignidade da pessoa humana, tutelando ao mesmo tempo, e transversalmente, a privacidade.

6 REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AUBERT, Nicole; HAROCHE, Claudine. *Les tyrannies de la visibilité: être visible pour exister?* Toulouse: Érès, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Isto não é um diário*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BALDASSARRE, Antonio. *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*. Roma: Bulzoni, 1974.
- BERNAL, Paul. *Internet privacy rights: rights to protect autonomy*. Cambridge: Cambridge University, 2014.
- BOLESINA, Iuri. Direito à intimidade no ciberespaço e a transformação do binômio público-privado. In: MOSTRA DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO. 2015. *Anais eletrônicos* [...]. Rio Grande do Sul: Unisc. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/14341/2783>. Acesso em: 8 dez. 2020.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dez. 1890. Boston: The Harvard Law Review Association. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. 2013. *Enunciado no 531*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. 2015. *Enunciado no 576*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- CANGUILHEM, Georges. Le normal et le pathologique. In: CANGUILHEM, Georges. *La connaissance de la vie*. Paris: Vrin, 1992. p. 208.
- CARDON, Dominique. *A democracia internet: promessas e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CASTEL, Robert. *A insegurança social: O que é ser protegido?* Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.
- CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do Drone*. Trad. Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015.
- CORAZZA, T. A. M. *Novas tendências punitivas e o direito à intimidade*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal, 2015. 160 p. V. 1.
- COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 161-167, mar. 2004. São Paulo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 nov. 2020.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. *Chicago Unbound*, Chicago: The University of Chicago Law School, n. 1, p. 207-216, 1996.

- FERREIRA, Rubens da Silva. A sociedade de vigilância como sociedade de disciplina, vigilância e controle. In: *Información, Cultura y Sociedad*. Buenos Aires, n. 31, p. 109-120, dez. 2014. Disponível em: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/ICS/article/view/1060/1070>. Acesso em: 8 dez. 2020.
- FORTES, Vinícius Borges. *O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/17425692/O_direito_fundamental_%C3%A0_privacidade_uma_proposta_conceitual_para_a_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_da_prote%C3%A7%C3%A3o_dos_dados_pessoais_na_internet_no_Brasil. Acesso em: 8 dez. 2020.
- GREGORY, Derek. Lines of descent. In: *Open democracy*, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://www.opendemocracy.net/derek-gregory/lines-of-descent>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- GOMES, Luiz Flávio. *Extimidade: nem o preso escapa disso (?)*. Jusbrasil, 2002. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928398/extimidade-nem-o-preso-escapa-disso>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- LAFONTAINE, Céline. *O império cibernético: das máquinas de pensar ao pensamento máquina*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- MANSUR, D.; ROCHA, B. Desafios do exercício da soberania no ciberespaço. *Revista Direito Em Debate*, v. 28, n. 51, p. 21-33, 2019.
- MARTINEZ, Pablo Domingues. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. Nota do coordenador. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MILLER, Jacques-Alain. *Extimidad: los cursos psicanalíticos de Jacques-Alain Miller*. Buenos Aires: Paidós, 2011.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265. Acesso em: 10 dez. 2020.
- O DILEMA DAS REDES. *Documentário*. Direção: Jeff Orlowski. Produção: Davis Coombe, Vickie Curtis e Jeff Orlowski. Estados Unidos, 2020. (89 min). Disponível para assinantes na Netflix.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial, 2012.
- RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Qual direito para os dados pessoais em tempos de Big data. *Justificando*, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/16/qual-direito-para-os-dados-pessoais-em-tempos-de-big-data/>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHMIDT-BURKHARDT, Astrit. The All-Seer: God's Eye as Proto-Surveillance. In: LEVIN, Thomas Y.; FROHNE, Ursula; WEIBEL, Peter (org.). *Ctrl space: rethorics of surveillance from Bentham to Big Brother*. Karlsruhe: ZKM, 2002. p. 17-31.
- SOUZA, Carlos Affonso. O legado de Stefano Rodotà sobre direitos na Internet: um guia de referências. 27 de junho de 2017. In: *Observatório da Internet no Brasil*. Disponível em: <https://observatoriodainternet.br/post/o-legado-de-stefano-rodota-para-o-debate-sobre-direitos-na-internet-um-guia-de-referencias>. Acesso em: 5 nov. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TISSERON, Serge. Intimité et extimité. *Communication*, v. 88, n. 1, p. 83-91, 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão no C-131/12. *Curia*, Luxemburgo, 13 maio 2014.
- VAN DIJK, Jan. *The network society*. London: Sage Publications, 2012.