
ALÉM DA PRIVACIDADE: UMA REFLEXÃO SOBRE A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NA ERA DIGITAL

*BEYOND PRIVACY: RETHINKING THE PROTECTION OF
PERSONALITY RIGHTS IN THE DIGITAL AGE*

Marcelo Vinícius Miranda Santos¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A privacidade vista como um conceito plural. 2. *Common Law vs. Civil Law*: abordagens diferentes. 3. O modelo brasileiro de proteção dos direitos da personalidade. 4. Além da privacidade. Conclusão. Referências.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado da União.

RESUMO: O artigo propõe uma análise crítica sobre o papel do direito à privacidade na proteção da personalidade no cenário digital. Questiona-se a centralidade do direito à privacidade como principal mecanismo de defesa contra os riscos da era da informação, em detrimento de outros valores, como nome, imagem, honra e identidade. Aborda-se a evolução do conceito de privacidade, a comparação entre as tradições de *Common Law* e *Civil Law* e o modelo brasileiro de proteção da personalidade. Ao fim, procura-se demonstrar como outros direitos da personalidade também podem contribuir para a tutela da personalidade sem que se faça necessário o recurso à privacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Direitos da personalidade. Proteção de dados. Era da informação. Direito Civil brasileiro.

ABSTRACT: This article proposes a critical analysis of the role of the right to privacy in protecting personality in the digital age. It questions the centrality of the right to privacy as the main defense mechanism against the risks of the digital age, suggesting it overshadows other values such as name, image, honor, and identity. The article explores the evolution of the privacy concept, compares the traditions of *Common Law* and *Civil Law*, and examines the Brazilian model for protecting personality rights. In conclusion, it seeks to demonstrate how other personality rights can also contribute to the protection of personality without the need to rely on privacy.

KEYWORDS: Privacy. Personality rights. Data protection. Digital age. Brazilian Civil Law.

INTRODUÇÃO

Ao analisarmos as discussões envolvendo o avanço tecnológico e a ampliação dos espaços de exposição da personalidade nas redes, é difícil encontrar quem não associe esses temas ao direito à privacidade. Pesquisas, ensaios, artigos jornalísticos, documentários, filmes e seriados se somam, não sem razão, à resistência contra o avanço das *big techs* sobre a nossa vida privada. Apesar da importância e assertividade de muitas vozes que se lançam nesse movimento de defesa dos direitos pessoais, este artigo propõe uma reflexão: será mesmo o direito à privacidade o principal anteparo nesses casos?

Algumas notas sobre as premissas e o escopo se impõem: *i.* apesar das críticas relacionadas à falta de densidade conceitual, adota-se uma ideia única de privacidade, o que significa que não se distingue entre “privacidade”, “intimidade” e “vida privada”; *ii.* considerada a proposta de estimular a reflexão, nessa via, não se avança para delimitar as balizas daquilo que se entende como uma definição congruente de privacidade; *iii.* embora em grande parte fruto da mesma fluidez conceitual mencionada no item *i*, aqui, não são endereçados os problemas da chamada “autodeterminação informativa”; *iv.* certas observações trazidas a seguir condensam e progridem ideias de trabalho anterior e mais amplo (Santos, 2023).

Com as ressalvas acima no horizonte, trataremos: *primeiro*, da origem da percepção do direito à privacidade como um direito conceitualmente plural, capaz de abarcar uma série de interesses distintos; segundo, das diferentes abordagens em relação aos direitos da personalidade nos ambientes de *Common Law* e *Civil Law*; terceiro, do modelo de proteção da pessoa implementado no direito civil brasileiro ao longo dos anos; e quarto, das limitações inerentes ao manejo da privacidade e das possibilidades de tutela a partir de outros direitos da personalidade, como nome, imagem, honra e identidade.

1. A PRIVACIDADE VISTA COMO UM CONCEITO PLURAL

Quando escreveram *Right to privacy* para a revista da Faculdade de Direito de Harvard, Samuel Warren e Louis Brandeis (1890) dificilmente imaginaram a influência que o texto exerceria no mundo jurídico. É possível que estivessem mais preocupados em manter a discrição dos eventos sociais hospedados pela aristocracia de Boston, já que tais acontecimentos preenchiam as páginas dos jornais de fofocas da época.² O “direito de ser deixado só”

2 Nas palavras dos autores: “*The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers*” (Warren; Brandeis, 1890, p. 196).

se contrapunha ao surgimento de máquinas fotográficas com revelação instantânea e à multiplicação das plataformas de mídia, representada pelos tabloides que comentavam a vida da “alta sociedade”.

A difusão das tecnologias informacionais sempre colocou a privacidade no centro das discussões sobre os problemas da chamada “era da informação” ou, para usar o termo de Castells, “paradigma técnico informacional” (2011, p. 70-76). No entanto, apesar da merecida reverência ao artigo de Warren e Brandeis, que reconheceram na privacidade um princípio jurídico comum a uma série de normas e decisões judiciais, o fato é que os autores não pretenderam traçar as balizas conceituais desse valor (Solove, 2008, p. 18).

Foi William Prosser, reitor da Faculdade de Direito da Califórnia, quem obteve maior êxito na definição de um conteúdo da privacidade. Em *Privacy* (1960), Prosser condensa os seus *casebooks* lançados desde os anos 40, indo além do “*right to be let alone*” e elencando quatro tipos de violação à privacidade: *i.* a invasão sobre os espaços de reserva íntima e solitude ou em assuntos privados; *ii.* a divulgação pública de informações privadas constrangedoras; *iii.* a divulgação pública de informações que transmitam uma ideia equivocada e distorcida sobre alguém; *iv.* a apropriação, em benefício próprio, do nome e da imagem alheios. A despeito das críticas contra tal divisão da privacidade,³ a proeminência do autor no cenário jurídico norte-americano fez com que essa feição plural prevalecesse. Nas palavras de Richards e Solove, “*in the little more than two decades since the publication of his first torts treatise in 1941, Prosser’s conception of tort privacy had become a majority doctrine*” (2010, p. 1.899).

Com a percepção dos riscos impostos pelas tecnologias informacionais, especialmente pela criação das grandes bases de dados e do aumento do interesse da burocracia estatal em projetos como o *National Data Center*, nos Estados Unidos, em 1965, e o *Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus* (SAFARI), na França, em 1973, o debate sobre a privacidade passou a abarcar a coleta, o processamento e o armazenamento de dados. O autocontrole das informações pessoais passou a ser ideia presente nas obras que procuravam estabelecer uma noção de privacidade capaz de fazer frente aos desafios criados pelas novas tecnologias. Alan Westin (1967), Charles Fried (1968) e Arthur Miller (1971) tornaram-se leitura essencial.

Não é sem razão, portanto, que as principais tentativas de atualização conceitual do direito à privacidade na esfera de *Common Law* transpareçam uma proposta de compatibilização entre a estrutura quadripartida pensada por Prosser em 1960 e a intenção de manter a efetividade da proteção em um mundo interconectado. É esse o caso de Daniel J. Solove, que a partir das ideias de Prosser, esboça uma “taxonomia” ampliada dos problemas contemporâneos

3 A título ilustrativo de Bloustein (1964, p. 962) e Gavison (1980, p. 421).

de privacidade (2008). Trazendo uma visão ainda mais fragmentada, Solove destaca quatro tipos de situações: *i.* coleta de informações, hipóteses que subdivide em problemas de *surveillance* e *interrogation*; *ii.* processamento de informações, subdividida em problemas de *aggregation*, *identification*, *insecurity*, *secondary use* e *exclusion*; *iii.* a disseminação de informações, subdividido em questões de *breach of confidentiality*, *disclosure*, *exposure*, *increased accessibility*, *blackmail*, *appropriation* e *distortion*; e *iv.* as invasões, subdivididas em *intrusion* e *decisional interference* (2008, p. 104-105).

Na doutrina nacional,⁴ especialmente naquela que se debruça sobre a relação entre tratamento de dados, tecnologias informacionais e a preservação da vida privada, parece bem assentada a ideia de que há pouca utilidade na definição de um conceito único de privacidade. Por exemplo, Leonardi registra que os perigos digitais, próprios da internet, “evidenciam a necessidade de se entender o direito à privacidade, no Brasil, em um sentido genérico e amplo” (2011, p. 89); Doneda afirma que a privacidade “encerra valores que se desdobram em uma série de situações que não podem ser abrangidas dentro da lógica do direito subjetivo” (2020, p. 1.875-9.487), enquanto Laura Mendes aponta “uma alteração não apenas do conteúdo do direito à privacidade, mas também do seu léxico, passando a ser denominada privacidade informacional, proteção de dados pessoais, autodeterminação informativa, entre outros” (2014, p. 553-4.996).

Apesar da relevância de tais construções e da justa influência que elas têm exercido, é necessário entender como essa visão plural de privacidade dialoga com os outros valores personalíssimos reconhecidos pela civilística pátria. É possível harmonizar essa leitura ampliativa do papel da privacidade sem renunciar ao arcabouço teórico de outros direitos, como a honra, o nome e a imagem, por exemplo?

2. COMMON LAW VS. CIVIL LAW: ABORDAGENS DIFERENTES

Antes de responder à questão acima, é preciso dar um passo atrás para identificar uma diferença histórica central na lógica de defesa dos direitos individuais entre os países que adotam o *Common Law* e aqueles que seguiram uma linha de tradição romano-germânica: não há, nos primeiros, uma estrutura normativa similar à que é *fornecida pelos direitos da personalidade*. Como ressalta Giorgio Resta, “*the obstacles to translation do not lie at the level of language:*

4 Na década de 80, René Ariel Dotti (1980, p. 137) já afirmava que “A mobilidade e a extensão do bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade através do isolamento, não permitem e nem recomendam a formulação de um conceito definitivo, mesmo porque não é possível estabelecer os limites físicos e espirituais dos ambientes de privacidade”.

personality corresponds almost perfectly to Persönlichkeit or personnalité. Rather, what is lacking is an equivalent legal concept" (2014, p. 241).

A falta de um substrato teórico equivalente refletiu-se nos modelos de proteção da pessoa. Enquanto no ambiente norte-americano, a privacidade, muito por influência da taxonomia de Prosser, exerce um papel geral, atraindo a defesa de variados interesses pessoais de cunho extrapatrimonial (Resta, 2014, p. 222), nos sistemas de *Civil Law*, o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade serviu de base para discussões ligadas à preservação dos espaços de resguardo e intimidade (Santamaria, 1937, p. 172), ainda que trabalhadas à luz de outros direitos, como nome, imagem e honra, e com o auxílio perene das normas de responsabilidade civil.⁵

No cenário norte-americano, além do reconhecimento de uma feição plural da privacidade, o desenvolvimento de um direito aos frutos publicitários da personalidade (*right of publicity*)⁶ serviu de apoio teórico à proteção dos reflexos patrimoniais do nome e da imagem, por exemplo (Nimmer, 1954, p. 203). Tal modelo organiza-se, assim, por uma separação entre a proteção dos valores individuais extrapatrimoniais, o que se dá pela via dos *torts of privacy* and *defamation*, e a proteção dos seus reflexos econômicos, conferida pelo *right of publicity*, transformado em um direito de propriedade intelectual pleno (Beverly-Smith; Ohly; Lucas-Schloetter, 2005, p. 213).

Já nos sistemas de tradição romano-germânica, tomando como base as grandes codificações modernas, a amplitude do art. 1.382 do Código Francês contribuía para que as violações à personalidade, incluindo casos que no modelo anglo-americano seriam abordados pelas lentes da privacidade, fossem sancionados pela responsabilidade civil, reduzindo a necessidade de positivação expressa desses direitos.⁷

Na Alemanha, a escolha por um regime de responsabilidade civil que dependia da infringência de um bem jurídico tipificado em lei auxiliou no desenvolvimento e na aceitação de uma teoria geral dos direitos da personalidade, tema que já vinha sendo trabalhado nas obras de Georg Puchta (1841, p. 88), Ferdinand Regelsberger (1893, p. 198) e Otto von Gierke (1895, p. 702-717). Além do reconhecimento do direito ao nome no art. 12, o

5 De forma mais aberta pelo art. 1.382 do *Code Civil* e de forma típica pelo § 823 do BGB.

6 Como uma figura mais abrangente do que a appropriation trazida por Prosser no escopo da privacidade, McCarthy (1994, p. 130-131) explica que: "*The right of publicity is simply the right of every person to control the commercial use of his or her identity. This means that it is illegal under the right of publicity to use without a license the identity of a real person to attract attention to an advertisement or product*".

7 "*Since most attributes of personality seemed to be protected in a satisfactory way at the end of the nineteenth century, there was no question at this point of 'rights' of personality. In addition to the right of property, the protection of name, likeness or private facts was founded on the general principles of tort law. [...] This relatively effective protection secured in France through tort law has certainly curbed the development of the theory of the personality rights, in contrast to the situation in Germany, for example*" (Beverly-Smith; Ohly; Lucas-Schloetter, 2005, p. 149-150).

BGB trazia a expressa menção à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade como causas geradoras do dever de indenizar (art. 823, I), completado, ainda, pela reparação dos danos à honra na via penal e à imagem, pela Lei de Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias – *Kunsturheberrechtsgesetz* (Rodrigues Júnior, 2012).

Apesar da precedência da doutrina e legislação alemãs, foi no Código Civil italiano de 1942 que a matéria obteve sistematização e unidade na lei (Gomes, 1966, p. 39). Entre os direitos assegurados no *Libro Primo, delle persone e della famiglia*, do *Codice Civile* estão: a integridade física (art. 5º), o nome (art. 6º, 7º e 8º), o pseudônimo (art. 9º) e a imagem (art. 10).

Nenhum desses diplomas trazia menções ao direito à privacidade,⁸ à vida privada, ao segredo ou à intimidade, situação que talvez possa ser atribuída à tutela pela via da imagem, do nome ou mesmo sem maiores necessidades de ancoragem em um direito específico, como acontecia pela abrangência da noção de *faute* no Direito francês (Planiol, 1923, p. 281). Vários casos que hoje são listados como representantes das primeiras manifestações do direito à privacidade revelam essa linha tênue entre as ideias de preservar os espaços íntimos, controle das informações pessoais, nome e imagem. Podem ser citados os casos da divulgação da pintura de Elisa Rachel Félix (*Mademoiselle Rachel*) em seu leito de morte na França (1858), da exposição da imagem da menor Abigail Roberson em 25.000 panfletos publicitários nos Estados Unidos (1902) e o do registro do nome e da imagem do Conde Zeppelin em uma marca de tabaco na Alemanha (1910).

Coube ao Direito Internacional, mais precisamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),⁹ à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950)¹⁰ e ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966),¹¹ a tarefa de levar a privacidade para a ordem jurídica positiva. No entanto, por mais surpreendente que possa parecer, não houve maiores investigações sobre a necessidade ou as consequências do reconhecimento desse novo direito humano em tais documentos internacionais:

[...] *there was no conscious decision to create an integral guarantee-neither on the global nor on the European level. Despite the fact that no existing national constitution*

8 Apenas em 1970, com a reforma implementada pela lei de 17 de julho daquele ano, a França modificou o texto do art. 9º do Code, que passou a tratar do *droit au respect de sa vie privée*.

9 Art. 12: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

10 Art. 8º: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

11 Art. 17: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

contained such a right, a general discussion on the issue did not take place. Umbrella terms were introduced, eliminated and replaced as if such decisions were mere editorial details. Explanations were rarely offered. A vague - and not even uncontested - consensus on the necessity to include protection of privacy was regarded as a sufficient basis for the editorial work. The codification history offers, on the whole, a picture in which coincidence played a key role. It seems impossible to give a clear answer to the question we raised. As remarkable as it may sound: the creators of the UDHR, the ICCPR and the ECHR did something new when they decided to include an umbrella term in the provisions on privacy, but they made this step without being aware of the potential implications of such a guarantee. It seems clear to us that they did not foresee the career of the right to privacy, particularly within the framework of the ECHR. They were not aware that the use of an umbrella term would open the door for the protection of further aspects of privacy not mentioned or not even imagined in the codification process (Diggelmann; Cleis, 2014, p. 457).

Com a Constituição Alemã de 1949, o modelo continental ganhou uma mudança significativa. O direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” foi expressamente consignado no art. 2º da Lei Fundamental e utilizado para flexibilizar a rigidez da lógica do BGB. Como explica Capelo de Sousa: “face a estes preceitos, a orientação jurisprudencial e doutrinal mudou radicalmente” (1995, p. 134), viabilizando o reconhecimento de um direito geral da personalidade capaz de “estender o seu âmbito a diversas áreas da personalidade humana não cobertas pelo elenco dos bens da personalidade” (1995, p. 134).

As noções de privacidade e de autodeterminação informativa se beneficiaram com essa mudança de paradigma.¹² Isso, no entanto, não significou uma quebra da tradição teórica em torno dos direitos da personalidade na Alemanha. Houve, em verdade, o reforço à defesa da pessoa por essa via, que, além da proteção conferida por cada direito especial já reconhecido, passou a contar com a possibilidade de recurso a um direito geral de matriz constitucional em complemento. Na lógica germânica, não é adequado o uso do direito geral se a situação pode ser resolvida por um direito típico: “caso a lesão não se relacione com um direito especial da personalidade, será então necessário verificar se houve lesão ao direito geral da personalidade, que tem exatamente a função de tutelar as lacunas decorrentes dos novos desenvolvimentos” (Zanini, 2020a, p. 741).

Na tradição romano-germânica, talvez o exemplo que melhor ilustre o formato da proteção conferida aos direitos da personalidade seja o Código Civil Português de 1966. Além de ter estabelecido uma norma geral de

12 Entre as decisões do Tribunal Constitucional: BVerfGE 6, 32 (1957); BVerfGE 27,1 (1969); BVerfGE 27, 344 (1970); e BVerfGE 65,1 (1983).

proteção da pessoa “contra *qualquer* ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” (art. 70), o diploma lusitano enuncia, nos artigos seguintes, vários direitos especiais, como o nome, o pseudônimo, a imagem, a honra e, também, a “intimidade da vida privada” (art. 80).

Ao contrário do que acontece nos sistemas de *Common Law*, nos sistemas de matriz romano-germânica a noção de privacidade está essencialmente imbricada com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, de maneira que a sua participação na defesa dos direitos individuais reflete menor amplitude, pioneirismo e protagonismo.

3. O MODELO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não há dúvidas de que o modelo brasileiro de proteção dos direitos da personalidade é inspirado pelas codificações europeias trazidas no item anterior. Mesmo o Código de Beviláqua, que não apresentava a sistematização que hoje se extrai dos art. 11 a 21 do diploma vigente, ratificava a possibilidade de reparação dos danos causados à vida, à integridade física, à saúde, à honra e à liberdade, ainda que em um regime típico de liquidação previsto nos seus art. 1.537 e 1.553.

Já na década de 60, a principal tentativa de atualização do Código Civil, sob a pena de Orlando Gomes, continha, entre os seus art. 28 a 43, referências à vida, à liberdade, à honra e a “outros direitos reconhecidos à pessoa humana”, à integridade física, aos atos de disposição do corpo e do cadáver, à sujeição a tratamento, exame e perícia médica, à imagem, aos direitos autorais e amplas disposições sobre o direito ao nome.¹³ Não havia, ainda, menção à privacidade como um dos direitos da personalidade.

Apesar do desfecho desprestigiado do esforço de Orlando Gomes, muito do que foi produzido foi aproveitado pela Comissão conduzida por Reale e, após 27 anos de tramitação, entraria em vigor em 2002. A proposta original do Código vigente, levada ao Congresso em 1975, também não continha disposições sobre a preservação da privacidade. A inclusão do art. 21¹⁴ foi obra de emendas dos Deputados Brígido Tinoco, Tancredo Neves e Henrique Eduardo Alves, encontrando a resistência do Professor Moreira Alves, para quem a matéria deveria ser regulada na esfera criminal (Passos; Lima, 2012, p. 31-32; 39; 43).

Não obstante, com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento da República (art. 1º, III), vedando-se

13 Projeto de Lei n. 3.263/1965, 29 de outubro de 1965.

14 Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

expressamente a tortura, o tratamento desumano ou degradante, violações à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e às liberdades intelectuais e assegurando-se a reparação dos danos decorrentes, seja qual for sua modalidade (art. 5º, *caput*, III, IV, V, VI, IX, X, entre outros). Assim, antes mesmo da vigência do Código de 2002, o Brasil já contava com um modelo de defesa da pessoa que trazia a privacidade entre outros direitos da personalidade, que, com a atualização da legislação ordinária, ganharam um maior detalhamento normativo.

Apesar de não termos seguido o exemplo de Portugal, que fixou uma cláusula geral de proteção da personalidade no Código, no Brasil, não se cogita uma leitura taxativa dos bens jurídicos listados na lei civil (Chinellato, 2017, p. 50; Zanini, 2020b, p. 105). Registradas as justas ressalvas ao recurso meramente retórico à figura da dignidade humana (Correia; Capucho; Figueiredo, 2019, p. 37) e à fluidez conceitual de um direito geral da personalidade (Miranda; Rodrigues Junior; Fruet, 2012, p. 18), é de se concordar com a Professora Roxana Borges: “os direitos da personalidade, em nosso ordenamento jurídico, são, ao mesmo tempo, uma série aberta de direitos e uma cláusula geral voltada para a dignidade da pessoa humana” (2005, p. 29).

Tanto no Direito Civil quanto no Direito Constitucional a proteção da personalidade se dá a partir de todos os atributos da condição humana. Seja qual for a situação, qualquer iniciativa de proteger a pessoa não pode descurar dos vários elementos que integram a representação da vida que lhes sustentam.

Nome, imagem, honra, identidade, liberdade e integridade física são alguns desses valores que há séculos fazem parte do rol de valores protegidos pela ordem privada dos países que, assim como o Brasil, adotam um paradigma de tutela escorado nos direitos personalíssimos. Muito por isso, tais valores trazem um farto arcabouço teórico¹⁵ que pode ser aproveitado na resolução de situações concretas.

4. ALÉM DA PRIVACIDADE

Em nosso ambiente jurídico, a privacidade é produto do processo de reconhecimento de novas figuras atreladas à preservação dos interesses ligados à existência do seu titular. Está, assim, ao lado – e não acima – de outros interesses juridicamente protegidos, sendo, ainda, um dos seus frutos mais recentes e menos desenvolvidos. Não significa menosprezar a sua importância, especialmente para fazer frente aos problemas ligados à era da

15 Apenas a título ilustrativo, no Brasil, autores como Eduardo Espínola (1917, p. 291-310), San Tiago Dantas (1977, p. 192-200), Pontes de Miranda (2012, t. VII, p. 57-228), Limongi França (1966, p. 7-16), entre outros, já há muito trabalham e destrincham as particularidades de cada um desses direitos.

informação, apenas constatar que a busca pela sua função não deve sobrepor o espaço normativo das outras figuras que lhe precederam e que também servem de anteparo contra os riscos da vida em sociedade.

Tal constatação não tem interesse meramente teórico, mas auxilia na identificação de certas violações a outros interesses que, eclipsados sob o manto exagerado – ao menos no nosso modelo de tutela da personalidade – da privacidade, podem quedar desprotegidos.

Basta pensar na hipótese do tratamento de dados compartilhados em perfis públicos ou que não revelem mais do que informações de conhecimento geral.¹⁶ Em tais situações a privacidade pode não ser a melhor defesa. Olhar para os demais valores pessoais abre margem para que sejam consideradas eventuais lesões à honra ou à exploração comercial do nome, da imagem e da identidade, direitos que contam com um arcabouço teórico mais bem delineado para enfrentar possíveis comportamentos predatórios. Como lembra Resta (2011, p. 42):

[...] human personality have become to an increasing extent commodified. Corporeal (organs, tissues, gametes, DNA samples, etc.) and incorporeal (name, image, voice, personal data, etc.) components of the personal identity have acquired an enormous economic value and are increasingly treated as commodities to be bought, sold and licensed on the marketplace.

Quando companhias coletam, armazenam e utilizam dados pessoais, seja internamente, seja para comercialização dessas bases, estão lidando com traços da identidade alheia (incluindo o nome e a imagem). É comum que a reunião desse amontoado de informações leve à criação de perfis comportamentais e psicológicos altamente complexos, material que pode servir de base para viabilizar o acesso a crédito ou a um plano de saúde mais em conta (Solove, 2004, p. 21). Ao alimentarmos uma rede social com nossos nomes, e-mails, ideias, gostos pessoais, fotografias e relacionamentos, estamos também valorizando a base de dados – e, assim, as ações – de grandes empresas (Mayer-Schonberger; Cukier, 2013, p. 83).

Se a utilização publicitária indevida do nome e da imagem de uma celebridade implica na necessidade de reparação pelos danos morais e materiais, carece de qualquer justificativa a não responsabilização de agentes que ilícitamente se apropriem de outros elementos formativos da nossa “identidade digital” (Burgueño, 2012, p. 127). Ainda que a exploração patrimonial da personalidade deva ser adequadamente endereçada independentemente do direito a que esteja relacionada, é mais comum que a identidade, o nome ou

16 Não devem ser desconsiderados os perigos da associação entre dados diversos com o intuito de obter uma informação diversa e privada, processo chamado de *aggregation* por Solove (2008, p. 117-221).

a imagem sejam os interesses geralmente sujeitos a algum uso comercial, o que, inclusive, justifica a existência de farto arcabouço legal¹⁷ e jurisprudencial sobre o tema.¹⁸

Embora colhido no cenário norte-americano, um bom exemplo pode ser extraído do caso *Fraley v. Facebook, Inc.* Na oportunidade, diversos usuários do Facebook moveram uma ação coletiva arguindo que a plataforma realizava a exploração comercial não consentida dos seus dados, razão pela qual lhes seria devido o pagamento correspondente. A alegação foi preliminarmente admitida pela Corte californiana sob as bases do *right of publicity* consignado na Seção 3344 do Código Civil estadual, levando a um acordo de USD 20 milhões.

Essa mesma perspectiva é totalmente aplicável no Direito pátrio, sendo assegurada pelas normas, doutrina e jurisprudência que transitam em torno dos direitos à imagem, ao nome e à identidade. Pouco importa se houve invasão de privacidade ou violação à credibilidade, se a vítima experimentou dor ou angústia ou se a lesão foi grave: todo uso comercial não consentido que não encontre outra via de legitimação¹⁹ deve ser tolhido. Nesses casos, a tutela coletiva é uma aliada de grande força, considerada a ampla gama de usuários potencialmente afetados.

Outro problema que não costuma estar associado à quebra da privacidade (as imagens e a voz geralmente são moldadas a partir de outros arquivos já publicados na internet) é a grave ameaça imposta pelos *deepfakes*.²⁰ Essa prática nada mais é do que uma vertente moderna dos eventos de *false light*, inseridos na estrutura quadripartite de privacidade pensada por Prosser, mas que, no âmbito dos países de tradição romano-germânica, são, há muito, remetidos à disciplina do direito à identidade. A título de exemplo, desde a década de 70, os tribunais italianos reconhecem violação ao direito à identidade em casos de veiculação de uma representação política diversa da que era realmente professada por alguém.²¹ Também nesses casos afigura-se desnecessário o recurso à privacidade.

Em um modelo de sociedade que a cada dia amplia o número de aplicações para um estoque crescente de dados pessoais, não é difícil imaginar que o nível de confiança inspirado pelo sujeito contemporâneo seja um dos

17 Vide art. 18 e 20 do CC.

18 Além da Súmula 403, que determina que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, o STJ tem os seguintes julgados nesse sentido: AgInt no AgInt no AREsp 1.546.407/SP, REsp 1.698.701/RJ, REsp 1.594.865/RJ, REsp 1.323.586/PB, AgRg no Ag 1.345.989/SP.

19 Aqui, aparecem como bom parâmetro de análise os art. 7º e 11 da LGPD, que dispõem sobre os requisitos de tratamento dos dados pessoais comuns e sensíveis.

20 Sobre o tema, ver: Kietzmann *et al.*, 2020; De Moraes, 2019; e Floridi, 2018.

21 Nesse sentido, ver: Itália, 1974; Itália, 1979.

elementos mais valiosos e, por isso, expostos à investigação. Um score de crédito ruim pode ser determinante para a negativa de um empréstimo, de um parcelamento, para a recusa de uma vaga de emprego ou mesmo para inviabilizar a locação de um imóvel (Solove, 2004, p. 21). Aqui, são as lentes do direito à honra que parecem melhor aplicáveis.

Vale lembrar o pedido de desindexação dos resultados de buscas no Google formulado por Mario Costeja González (União Europeia, 2014), espanhol, cujo nome foi veiculado em notícia relativa à alienação judicial de imóvel de sua propriedade por dívida com a Previdência Social no jornal impresso *La Vanguardia* em 1998. Anos depois, deparou-se novamente com aquela informação desconfortável após a migração dos registros físicos para a página digital do jornal. Ao apreciar a disputa, o Tribunal Europeu estabeleceu um dos seus precedentes mais comentados, seja por reconhecer que a proteção da pessoa na Internet demanda uma atuação dos provedores de pesquisa, seja por reconhecer, ainda sob as bases da Diretiva n. 95/46, um direito ao apagamento entre os direitos do titular dos dados. Apesar da menção exclusiva à proteção da vida privada na decisão, ao garantir o direito ao apagamento daquela informação e a desindexação dos resultados das pesquisas, a Corte Europeia assegurou – até mais do que a privacidade – o direito ao bom nome e à reputação de González, impedindo que ele continuasse associado a uma dívida de mais de 15 anos.

A proteção de dados, aqui considerada como as várias diretrizes atinentes à atividade de tratamento de dados, não se limita ou se extrai unicamente da ideia de privacidade. Não há dúvida de que a privacidade é um dos grandes pilares que orientam a regulação das práticas que envolvem a coleta, o armazenamento e o processamento de informações pessoais, mas tão importantes quanto são os demais direitos da personalidade, as liberdades coletivas, a governança corporativa e a segurança digital, temas que vão muito além das discussões relativas à vida privada (Spiecker gen. Döhmman, 2021, p. 116).

O processo evolutivo em torno dos direitos da personalidade no Brasil não coaduna com uma feição exageradamente ampla e vaga do direito à privacidade. A própria existência de um rol consolidado – mas não taxativo – de outros valores juridicamente tutelados demanda um maior rigor na identificação do quadrante de cada bem jurídico afetado por uma lesão em potencial e o contexto das tecnologias informacionais não altera essa abordagem. Reconhecer os limites da privacidade em nosso sistema não é apenas preservar a coerência histórica à luz da comparação com outras tradições jurídicas, é diminuir a margem para que erros de qualificação das situações concretas aconteçam e deixem descobertos certos atributos da condição humana que deveriam ser considerados.

Entender qual aspecto da personalidade realmente foi vulnerado em cada situação concreta ajuda na escolha da via reparatória mais adequada. O arbitramento da indenização por dano moral não se confunde com a apuração do prejuízo ou do lucro em casos meramente econômicos e nenhuma dessas alternativas equipara-se ao exercício do direito de resposta em situações reputacionais. O contexto digital não funde a realidade ao ponto de reduzir a complexidade humana à privacidade. Não há razão para ignorar todo o resto.

CONCLUSÃO

Ir além da privacidade, aqui, não significa inovar artificialmente na ordem jurídica. Também não significa diluir ainda mais o seu conceito para fazer caber todos os temas ligados à defesa da pessoa no mundo contemporâneo. Antes disso, é melhor observar o que já está posto, analisar outras figuras já existentes, direitos consolidados e há muito utilizados.

Entender e admitir que a tradição jurídica norte-americana atribui à privacidade uma feição mais abrangente do que seria necessária por aqui é o primeiro passo para afastar confusões. Desde Prosser (1960), nome, imagem e identidade, por exemplo, são, por lá, colapsados por uma vertente ampla do *right to privacy*. Por aqui, como visto, o caminho foi outro. Os vários direitos da personalidade são velhos conhecidos da nossa prática, motivo pelo qual não parece razoável depositar todas as fichas em uma só solução, muito menos naquela com menor tempo de maturação e solidez dogmática.

A reflexão ora proposta, portanto, visa questionar o recurso muitas vezes automático à privacidade quando se está diante dos desafios impostos pelo avanço tecnológico. Seja por falta de clareza no seu conteúdo normativo, seja pela farta gama de possibilidades de tutela conferida por outros direitos, acreditamos que uma análise cuidadosa da base jurídica eleita para a defesa da pessoa possa afastar dificuldades inerentes ao dilema público versus privado que naturalmente se instala com a privacidade em pauta. Mais do que isso, pode ajudar a encontrar a justa medida da reparação, já que a violação a interesses diversos pode justificar vias reparatórias diferentes, ainda que em muitos casos acumuladas.

Como dito, não há razão para ignorar todo o resto.

REFERÊNCIAS

BEVERLEY-SMITH, Huw; OHLY, Ansgar; LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. *Privacy, property and personality: civil law perspectives on commercial appropriation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BLOUSTEIN, Edward J. *Privacy as an aspect of human dignity: An answer to Dean Prosser*. *New York University Law Review*, New York, v. 39, 1964.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL. STJ - *AgInt no AgInt no AREsp 1.546.407/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 26/05/2020.

BRASIL. STJ, *REsp 1.698.701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 08/10/2018.

BRASIL. STJ, *REsp 1.594.865/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe: 18/08/2017.

BRASIL. STJ, *REsp 1.323.586/PB*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe: 11/03/2015.

BRASIL. STJ, *AgRg no Ag 1.345.989/SP*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/03/2012.

BURGUENÑO, Pablo Fernández. Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online. *adComunica*, p. 125-142, 1 may 2012, p. 127.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. Oxford: John Wiley & Sons, 2011.

CHINELLATO, Silmara. Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara (coord.). *Código Civil Interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017.

CORREIA; Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO. Anna Ascensão Verdadeiro de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica In: CORREIA; Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coord.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri, SP: Manole, 2019, p. 37.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, 1942-1945: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DE MORAES, Cristiane Pantoja. “Deepfake” como ferramenta manipulação e disseminação de “fakenews” em formato de vídeo nas redes sociais. In: *IX Encontro Ibérico EDICIC*, Barcelona, 9-11 de julho de 2019.

DIGGELMANN, Oliver; CLEIS, Maria Nicole. How the right to privacy became a human right. *Human Rights Law Review*, v. 14, n. 3, p. 441-458, 2014.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 17, n. 66, p. 125-152, 1980.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Angel Fraley et al. v. Facebook, Inc. and Does 1-100*, 11-CV-01726, N.D. Cal., filed Apr. 4, 2011.

FLORIDI, L. Artificial Intelligence, Deepfakes and a Future of Ectypes. *Philosophy & Technology*, v. 31, p. 317-321, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados da personalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 370, n. 7, p. 7-16, 1966.

FRIED, Charles. Privacy. *Yale Law Journal*, v. 77, p. 475-493, 1968.

GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 421-471, 1980.

GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. (Erster Band).

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 3, n. 11, p. 39-48, 1966.

ITÁLIA. Pretura di Roma. *Ordinanza 6 maggio 1974*. Giud. Grieco, Pangrazi e Silvestri c. Comitato nazionale referendum divorzio. Confederazione coltivatori diretti.

ITÁLIA. Pretura di Torino. *Ordinanza 30 maggio 1979*. Giud. Burbatti, Pannella c. Gianotti.

KIETZMANN, Jan *et al.* Deepfakes: Trick or treat? *Business Horizons*, v. 63, n. 2, p. 135-146, 2020.

- LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. 1. ed. Tradução: Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MCCARTHY, J. Thomas. The human persona as commercial property: the right of publicity. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 19, p. 129-148, 1994.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.
- MILLER, Arthur. *The assault on privacy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1971.
- MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Direito de personalidade. Direito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, t. VII, 2012.
- NIMMER, Melville B. The right of publicity. *Law and Contemporary problems*, v. 19, n. 2, p. 203-223, 1954.
- PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do código civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 2.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*. 9. ed. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1923, t. 2.
- PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, p. 383-423, 1960.
- PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionem*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, Erster band, 1841.
- REGELSBERGER, Ferdinand. *Pandekten*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1893, p. 198, v. I.
- RESTA, Giorgio. Personnalité, Persönlichkeit, Personality: comparative perspectives on the protection of identity in private law. *European Journal of Comparative Law and Governance*, Leiden, v. 1, n. 3, p. 215-243, 2014.

RESTA, Giorgio. The new frontiers of personality rights and the problem of commodification: European and comparative perspectives. *Tulane European & Civil Law Forum*, v. 26, p. 33-65, 2011.

RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J. Prosser's privacy law: a mixed legacy. *California Law Review*, v. 98, p. 1887, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A mudança na jurisprudência alemã sobre vida privada. *Revista Consultor Jurídico, Direito Comparado*, 18 jul. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/direito-comparado-mudanca-jurisprudencia-alema-vida-privada#_ftn3_7421. Acesso em: 18 set. 2024.

SANTAMARIA, Massimo Ferrara. Il diritto alla illesa intimità private. *Rivista di Diritto Privato*, v. VII, p. I, p. 168-191, 1937.

SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. *O uso indevido de dados pessoais e o direito à identidade*. 2023. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: NyU Press, 2004.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: [s.n.], 1995.

SPIECKER gen. DÖHMANN, Indra. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: DONEDA, Danilo *et al.* (org.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C 131/12*. Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. 13 de maio de 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. Right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 193-220, 1890.

WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. Nova York: Ig Publishing, 1967, p. 176.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, n. 2, p. 731-759, 2020a.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O direito geral da personalidade: do surgimento ao reconhecimento no Brasil. *Revista Juris Plenum*, Ano 16, n. 93, p. 89-110, 2020b.

