

O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia*
Inês Oliveira Andrade de Jesus**

Em cada patamar, diante do poço do elevador, o rosto enorme fitava-o da parede. Desses retratos de tal maneira conseguidos que os olhos nos seguem os movimentos. O GRANDE IRMÃO ESTÁ A VER-TE, rezava por baixo a legenda¹.

1. Introdução

No antigo mundo rural, caracterizado pela pequena dimensão dos aglomerados populacionais e pela difícil mobilidade, as pessoas conheciam-se todas umas às outras e sabiam facilmente de todos os acontecimentos da aldeia, não tendo cabimento o conceito de privacidade.

Com o advento do transporte fácil e economicamente acessível, o aparecimento de grandes centros urbanos e o desenvolvimento e difusão da imprensa escrita, surgiu a consciencialização da necessidade de preservar o respeito pela vida privada. Essa necessidade foi acentuada numa primeira fase, com a criação, em 1946, do primeiro computador²

* Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Licenciado em Estatística e Gestão de Informação pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA); Professor do *Master in Public Administration* – Administração da Justiça, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa; Consultor da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal. Endereço para correspondência física: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Rua Almerindo Lessa, 1300-663 Lisboa, Portugal. E-mail: pcorreia@iscsp.ulisboa.pt.

** Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa (NOVA); Mestre em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA); Licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA); Consultora da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal. E-mail: 000943@fd.unl.pt.

1 ORWELL, 1949.

2 Denominado ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*), com um peso de 30 toneladas, 33 metros de comprimento e 3,3 metros de altura.

e, numa segunda fase, com a concepção (entre 1989 e 1991) e posterior democratização da internet³.

Actualmente, a privacidade é ameaçada, sobretudo, pelos tratamentos automatizados de dados pessoais e, em particular, pela expansão das redes sociais. Na sociedade de informação em que vivemos, a recolha, o processamento, a troca e a divulgação de dados pessoais é cada vez maior, fazendo da sociedade uma sociedade vigilante e vigiada. Além disso, a tecnologia está, a cada dia que passa, mais avançada e o valor dado à informação é cada vez maior.

Na nossa própria casa, espaço privilegiado da privacidade, somos constantemente espreitados pelas entidades fornecedoras de água, luz, gás, telefone, televisão e internet, que recolhem os nossos dados pessoais para efeitos de facturação e registam todas as informações de consumo.

O nosso carro, devidamente matriculado, pode ser identificado pelas autoridades policiais, nas portagens e até nas bombas de gasolina, permitindo que estas acedam aos nossos dados pessoais.

Quando utilizamos os transportes públicos e validamos o nosso passe, somos mais uma vez reconhecidos, ficando registados todos os percursos que fazemos.

Quando vamos ao supermercado ou a qualquer tipo de loja, são registados todos os produtos que consumimos, permitindo a posterior elaboração de perfis de consumo. Mais ainda, oferecemos os nossos dados pessoais para a adesão a cartões de cliente.

Os meios de pagamento electrónicos, como os cartões de débito e crédito, também deixam um rasto acerca das nossas preferências, guardadas pelas instituições financeiras.

Nos serviços públicos (serviços de finanças, segurança social e saúde), somos identificados numericamente, sendo elaboradas gigantescas bases de dados onde constam informações capazes de reconstituírem, com bastante detalhe, a nossa vida, desde o nascimento.

No nosso emprego, somos compelidos a fornecer todos os nossos dados pessoais, incluindo dados sensíveis como dados de saúde, convicções religiosas e políticas ou registo criminal. Além disso, somos controlados pelo instrumento de entrada vulgarmente chamado de ponto e somos

3 *World Wide Web*, que contou com o contributo decisivo de Tim Berners-Lee, cientista de computadores, então ao serviço do CERN (Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear).

vigiados por câmaras de videovigilância e por aparelhos de localização geográfica colocados em telemóveis e nos veículos da empresa.

Além das câmaras de videovigilância colocadas nos locais de trabalho, somos filmados na generalidade dos espaços públicos, hoje equipados com sistemas cada vez mais avançados. Em Inglaterra, por exemplo, país que conta com o maior número de câmaras de videovigilância do mundo, cada cidadão é filmado, em média, 300 vezes por dia.

Somos, assim, *perseguidos* durante todo o dia. Os nossos dados estão espalhados por todo o lado, fazendo de nós verdadeiras *peças electrónicas*. Este mundo de *vidro* traz inúmeras desvantagens potenciais, mas as vantagens efectivas são tantas que vamos fazendo cedências, comprimindo e desconsiderando o nosso direito a permanecer na penumbra.

A revolução digital a que assistimos impõe, pois, perguntar se a privacidade é um conceito em vias de extinção ou se ainda tem cabimento nesta sociedade transparente.

O presente artigo tem início com uma breve resenha histórica sobre o conceito de privacidade. O percurso lógico seguido aborda conceitos como a dignidade da pessoa humana e a análise do direito à privacidade, dissecando a sua definição, o seu âmbito de protecção, identificando conflitos e propondo a ponderação de valores. Foi possível concluir que é premente, nesta *era da informação*, marcada pelas novas tecnologias, repensar o conceito de privacidade. A legislação deverá, pois, ter especialmente em conta os desenvolvimentos tecnológicos que se sucedem a um ritmo crescente, mas esta preocupação do legislador não poderá de modo algum isentar a sociedade, como um todo, do esforço crucial que tem de ser desenvolvido no sentido da sensibilização dos cidadãos para a autoprotecção.

2. Breve resenha histórica

O direito à privacidade, cuja génese remonta ao ano de 1890 e ao artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis publicado na *Harvard Law Review*⁴, teve as suas primeiras manifestações na Magna Carta Inglesa de 1215 e na difusão do princípio *man's house is his castle* na *Common Law*, na 4.^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787, e na

4 WARREN e BRANDEIS, 1890.

Constituição Francesa de 1791, estando intimamente relacionado ao surgimento da burguesia e ao crescimento dos centros urbanos.

Em 1846, já o autor alemão Karl Röder abordava a questão da privacidade, definindo como actos violadores do direito natural à vida privada as perguntas indiscretas e a entrada num aposento sem se fazer anunciar⁵.

Na jurisprudência, o conhecido caso da actriz francesa fotografada morta a pedido da irmã, cujas fotografias foram posteriormente difundidas sem consentimento, conhecido como o caso Rachel (o nome da actriz em apreço era Elisa Rachel Félix), pode ser referido como o primeiro aresto sobre privacidade. O Tribunal Civil do Sena, por sentença que remonta ao ano de 1858, decidiu que era proibido reproduzir e dar publicidade a fotografias sem o consentimento da pessoa visada ou da sua família, pelo que, no caso concreto, houve uma violação da privacidade⁶. Merece ser referida, ainda, a Lei de Imprensa Francesa de 1868, que consagrou uma norma percussora, embora sectorial, de protecção da privacidade, a saber: “a publicação, num escrito periódico, de facto relativo à vida privada constitui uma contravenção punida com a pena de quinhentos francos”⁷.

Como já foi referido anteriormente, e não obstante estes afloramentos à protecção da privacidade, foi apenas em 1890, com a publicação do artigo intitulado *Right to Privacy* na *Harvard Law Review*, que Samuel Warren e Louis Brandeis despertaram a doutrina e a jurisprudência para o que baptizaram de “*right to be let alone*”, ou seja, o direito de estar só⁸.

O artigo de Warren e Brandeis é, sem dúvida, um marco incontornável na história do conceito de privacidade, tendo sido desenvolvido por iniciativa do senador Warren, que, incomodado com as frequentes e detalhadas notícias nos jornais de Boston sobre as reuniões sociais em sua casa e, em particular, a curiosidade em torno da festa de casamento da sua filha, contactou o amigo e também jurista Brandeis, pedindo que analisassem uma forma de reacção contra tais agressões infligidas ao seu próprio direito, e ao direito da sua família, à privacidade. Reclamava, então, a autonomização da protecção de refrações da personalidade humana que considerava não

5 RÖDER, 1846.

6 Cf. FARINHO, 2006.

7 Cf. FARINHO, 2006.

8 WARREN e BRANDEIS, 1890. Frise-se, no entanto, que a expressão “*right to be let alone*” tinha já sido utilizada pelo juiz William Cooley numa sentença datada de 1853.

poderem ser protegidas pela invocação da violação de um direito de propriedade privada, da confidencialidade, da confiança, da honra ou de uma qualquer obrigação de tipo contratual. Até então, nem os tribunais nem a lei tinham identificado aquilo a que os dois autores chamaram de direito a estar só (ou de *ser deixado em paz*).

Volvidos 15 anos, em 1905, o *Georgia Supreme Court*, no caso Paolo Pavesich contra New England Mutual Life Insurance, reconheceu, pela primeira vez, este direito a estar só. Pavesich pedia uma indemnização pela utilização, sem consentimento, de uma fotografia numa campanha publicitária num jornal. Na acção de responsabilidade civil associada, o tribunal considerou procedente o pedido de indemnização apresentado, havendo condenado a empresa seguradora pelo uso, sem consentimento, da imagem fotográfica, condenando igualmente o fotógrafo que cedera a imagem em causa⁹. O fundamento para a condenação foi a violação do direito à privacidade traçado por Warren e Brandeis.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou, pela primeira vez, o direito à privacidade. Seguiu-se a consagração na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), de 1950, e no Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, de 1966.

Em 1970, a Resolução n.º 428 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa estabeleceu que “quando sejam implementadas bases de dados regionais, nacionais ou internacionais o indivíduo não pode ficar completamente exposto e transparente pela acumulação de informações, nomeadamente, sobre a sua vida privada”. Nesta norma há uma clara associação entre a protecção da privacidade e a protecção de dados pessoais. No entanto note-se, desde já, que são direitos distintos e autónomos.

Por seu turno, o reconhecimento do direito à protecção de dados pessoais remonta à década de 1970. A primeira lei de protecção de dados pessoais foi aprovada, precisamente, em 1970, no *Land* alemão do Hessen. Três anos depois, em 1973, a Suécia aprovou a então primeira lei nacional nesta matéria. Neste mesmo ano, foram publicados os *Fair Information Practice Principles*, desenvolvidos pelo *Department of Health, Education and Welfare* dos Estados Unidos da América¹⁰. Em 1976, o direito à protecção

9 Cf. CASTRO, 2005.

10 Cf. CASTRO, 2005.

dos dados pessoais foi consagrado na Constituição da República Portuguesa, a primeira constituição do mundo a proteger expressamente os dados pessoais. Posteriormente, o direito à protecção de dados pessoais foi acolhido nas Linhas Directrizes da OCDE de 1980, na convenção 108 do Conselho da Europa de 1981, na Directiva 95/46/CE e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, que consagra também, separadamente, o direito à privacidade.

Ainda na década de 70, mais precisamente no ano de 1974, foi aprovada nos Estados Unidos da América a primeira lei de protecção da privacidade. Antes mesmo deste *Privacy Act*, a jurisprudência norte-americana teve oportunidade de se pronunciar sobre o direito à privacidade no caso Stanley contra Georgia, julgado em 1969, no qual se concluiu que o Estado não tem o direito de controlar os pensamentos das pessoas, bem como de se intrometer na vida privada dos cidadãos. Três anos mais tarde, no famoso caso Roe contra Wade, reconheceu-se o direito ao aborto como corolário do direito à privacidade¹¹.

Em 1983, num acórdão histórico, o Tribunal Constitucional Federal Alemão apreciou a constitucionalidade da Lei do Censo Populacional aprovada no ano precedente – que regulava o recenseamento geral da população, prevendo a recolha e comparação de dados pessoais, tanto para fins estatísticos como para fins administrativos – reconhecendo e autonomizando o direito à autodeterminação informativa, criado pela doutrina germânica¹². O tribunal, partindo do valor da dignidade humana, que legitima a liberdade e autodeterminação das pessoas, declarou a inconstitucionalidade desta lei com fundamento na dualidade de finalidades, reconhecendo, assim, o direito de autodeterminação informativa. Este direito foi então definido como o poder do indivíduo de decidir quando e como revela os seus dados pessoais. Na verdade, a autodeterminação individual, decorrente da dignidade de cada um, concretiza-se na liberdade de decisão e no livre desenvolvimento da personalidade, que exige a protecção o indivíduo no que concerne aos seus dados pessoais. O tribunal Alemão reconheceu, desde logo, que o direito à autodeterminação sobre a informação não é garantido ilimitadamente. As limitações admitidas têm, porém, restrições, devendo constar de lei, visar o interesse geral predominante e respeitar o princípio da proporcionalidade.

11 Cf. CASTRO, 2005.

12 Cf. CASTRO, 2005.

Feita esta breve resenha, e tendo em conta esta marcante sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, nomeadamente a análise levada a cabo sobre o princípio da dignidade, mostra-se, pois, premente o estudo da dignidade da pessoa humana como fundamento do direito à privacidade.

3. A dignidade da pessoa humana como fundamento do direito à privacidade

A noção de pessoa, que possui um valor em si mesmo, surge da síntese das culturas grega, romana e judaico-cristã, operada por Santo Agostinho, principal expoente da chamada filosofia patrística¹³.

Depois de Thomas Hobbes, que definiu a pessoa pelo seu, e de Descartes, que inaugurou o conceito de sujeito moderno com o seu “penso, logo existo”, foi Immanuel Kant que deu sentido ao conceito, defendendo que o ser humano é um fim em si mesmo e que possui autonomia e dignidade pelo simples facto de o ser¹⁴. Estas teorias modernas de pessoa têm a sua origem histórica na luta pela garantia da liberdade individual, evidenciando a dignidade como uma particularidade dos seres dotados de razão.

Ora, o conceito de dignidade, considerada actualmente como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, surgiu na antiguidade clássica ligado à filosofia, à moral e à religião. A dignidade estava, então, associada à posição social ocupada pelos indivíduos, admitindo-se a existência de pessoas mais dignas do que outras. Na idade média, a ideia de dignidade continuou dependente do estatuto particular, isto é, da pertença a determinada corporação. Por isso mesmo, não havia uma dignidade humana, mas sim várias dignidades correspondentes a cada uma das classes hierarquizadas na sociedade. Depois destas visões plurais, na modernidade foi reconhecida a dignidade universal do ser humano. Esta dignidade universalizada é devida de igual modo a todas as pessoas, pelo que é também individualizada, pertencendo a cada indivíduo e reconhecendo o valor absoluto de cada pessoa¹⁵.

O conceito de dignidade é de difícil determinação, tendo, pois, um conteúdo altamente variável e dependente do tempo e geografia que lhe

13 Cf. SARLET, 2006.

14 Cf. SARLET, 2006.

15 Cf. SARLET, 2006.

estão associados e estando em permanente construção e desenvolvimento. A reverência à dignidade humana repousa, hoje, na ideia moral de igual respeito por todos e impõe o reconhecimento de que todo o ser humano em qualquer lugar e a qualquer tempo, pelo simples facto de o ser, deve ser titular de um núcleo mínimo de direitos e não pode ser degradado à qualidade de objecto. A protecção da dignidade da pessoa, de cada uma e de todas as pessoas, tende a ser encarada como uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Hoje, mais do que nunca, é um valor central vertido nas constituições dos estados democráticos, apelando à noção de Kant¹⁶. Na verdade, os ordenamentos jurídico-constitucionais democráticos atuais partem do pressuposto de que o homem, em virtude de o ser e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados. Além disso, a protecção da dignidade da pessoa é tida como uma garantia última da pessoa em relação ao Estado, rejeitando qualquer instrumentalização do ser humano e proibindo a utilização de uma pessoa como meio para alcançar uma determinada finalidade. A dignidade é, assim, uma qualidade inerente a toda e qualquer pessoa, o valor próprio que identifica o ser humano e a base de fundamentação dos direitos fundamentais, funcionando como princípio interpretativo dos mesmos, sendo também ela própria um direito fundamental em si mesmo¹⁷. A dignidade é intrínseca a todas as pessoas, mesmo àquelas que cometem delitos graves, pelo que nunca poderá ser desconsiderada.

Por isso, “o respeito pela dignidade humana de todas as pessoas interdita o Estado de dispor de um qualquer indivíduo como meio para um outro fim, mesmo que seja para salvar a vida de muitas outras pessoas”¹⁸, concretizando-se numa esfera de livre arbítrio inviolável.

Gomes Canotilho destaca, precisamente, a ideia do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida¹⁹. Jorge Reis Novais nota que é um valor moral legitimador e um princípio basililar, sendo uma tarefa e obrigação do Estado e um limite e parâmetro no relacionamento entre o Estado e os seus

16 Cf. SARLET, 2006.

17 Cf. SARLET, 2006.

18 HABERMAS, 2012, p. 29.

19 CANOTILHO, 2003.

cidadãos²⁰. Eis, pois, a dupla dimensão de defesa e de prestação a que a dignidade obriga.

É de destacar que a referência à dignidade humana não consta nem das declarações clássicas dos direitos humanos do século XVIII nem das codificações do século XIX, sendo apenas introduzida nos textos de direito internacional e nas constituições nacionais depois da 2.^a Guerra Mundial, como resposta aos crimes em massa cometidos sob o regime nazi²¹. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é exemplo disso, estabelecendo no seu artigo 1.^o que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

A referência aos direitos humanos, que remonta ao século XVII, é, pois, muito anterior à referência à dignidade humana, que apenas surge no século XX. No entanto, Habermas defende a “existência, desde o início, de um estreito nexó conceptual entre os dois conceitos, embora inicialmente apenas implícito”²².

A dignidade humana é, pois, a fonte moral de todos os direitos fundamentais. Estes, dado o seu carácter geral e abstracto, necessitam de concretização em casos específicos, sendo o conceito de dignidade crucial nesta concretização. A invocação dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana e é este desrespeito da dignidade que permite concretizar os direitos fundamentais.

Além disso, o conceito de dignidade permite uma leitura mais abrangente de direitos já consagrados, tal como a descoberta e construção de novos direitos. O conceito permite igualmente descobrir o nexó entre as várias gerações de direitos, uma vez que estas várias gerações só respeitam a dignidade das pessoas se agirem em articulação umas com as outras de forma igual. Assim, é a dignidade que justifica a indivisibilidade dos direitos fundamentais: “A dignidade humana constitui, por assim dizer, o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”²³, nomeadamente, para os direitos fundamentais e, em particular, para o direito à privacidade.

20 NOVAIS, 2011.

21 Cf. MARTINS-COSTA, 2002.

22 HABERMAS, 2012, p. 30.

23 HABERMAS, 2012, p. 37.

O direito à privacidade fundamenta-se, pois, na dignidade da pessoa humana, tal como na autonomia privada e no livre desenvolvimento da personalidade, conferindo poderes de autodeterminação perante os outros indivíduos, a sociedade e o Estado.

4. O direito à privacidade

O direito à privacidade é um conceito recente que se encontra em permanente mutação. Cumpre, nesta sede, definir e delimitar o âmbito de protecção da vida privada. Em momento posterior, analisaremos os conflitos de interesses em jogo, propondo uma ponderação de valores sempre difícil.

4.1. Definição e âmbito de protecção

Samuel Warren e Louis Brandeis, no supra-referido artigo de 1890²⁴, partindo da análise de precedentes, reconheceram a existência de um direito geral à privacidade que visava proteger uma nova dimensão da personalidade humana face aos perigos provocados pela massificação da difusão de informações através da imprensa escrita. Os juristas de Boston, criticando a recolha e a revelação de informações da vida privada, mesmo daquelas que fossem verdadeiras, defenderam a existência de um direito a estar só, a ser-se deixado em paz, destinado a proteger os indivíduos da curiosidade popular. Este direito de personalidade visava a não perturbação da vida privada, sendo, essencialmente, um direito ao isolamento e à tranquilidade. O direito à privacidade assim traçado está intimamente relacionado com os princípios do estado liberal, dando corpo a um direito negativo, isto é, a um direito à abstenção do Estado e de terceiros. Como os próprios autores sublinharam, tratava-se de um direito contra o mundo.

O direito à privacidade foi primeiramente consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que remonta a meados do século XX. No artigo 12.º pode ler-se que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”. Ora, este artigo acolhe um conceito amplo de privacidade, depois defendido na jurisprudência e na doutrina.

24 WARREN e BRANDEIS, 1890.

Por outro lado, o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. No entanto, ao contrário da Declaração Universal determina que:

(...) não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência tiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção de direitos e das liberdades de terceiros.

Assim, enquanto a declaração consagra um direito absoluto, sem derrogações *a priori*, a convenção prevê desde logo excepções à protecção da privacidade.

Mais recentemente, o direito à privacidade foi reconhecido pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000, cujo artigo 7.º determina que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”.

Actualmente, o direito à privacidade é reconhecido não só a um nível internacional lato ou ao nível europeu, mas também a nível nacional, estando consagrado em quase todas as constituições modernas. Porém, no que concerne especificamente ao direito à privacidade, não existe consenso quanto à sua definição e conteúdo. Para Hyman Gross, o conceito está infectado de ambiguidades perniciosas²⁵. Segundo Arthur Miller, a privacidade é difícil de definir porque é exasperantemente vaga e evanescente²⁶. Já Robert Post sublinha que a privacidade é um valor complexo, enredado em dimensões contraditórias e significados distintos, podendo ser aplicado a tudo²⁷. Refira-se, ainda, Adam Moore, que explica a dificuldade de definição focando o relativismo cultural²⁸.

Daniel Solove, notando que a privacidade é um conceito confuso, enumera seis formas de concretização do direito. São elas: o direito a estar só,

25 GROSS, 1964.

26 MILLER, 1971.

27 POST, 2001.

28 MOORE, 2010.

o acesso limitado a cada pessoa, o segredo, o controlo da informação pessoal, a personalidade e a intimidade. O autor propõe uma nova teoria de privacidade, entendendo-a de uma forma pluralista e oferecendo uma protecção alargada, ajustada aos vários tipos de problemas²⁹. Solove destaca as gigantescas bases de dados que as novas tecnologias permitem criar, tanto no sector público, como no privado, identificando a recolha, o tratamento e a divulgação de informações como os maiores problemas da era digital. Para este autor, assistimos a uma revolução ao nível da informação que nos transformou em “pessoas digitais”³⁰.

Jon Mills nota que o termo privacidade está associado aos conceitos de independência, liberdade, autonomia, individualidade, dignidade, isolamento e ausência de invasão³¹. Todos estes termos têm uma conotação negativa e, por isso mesmo, o direito à privacidade é, sobretudo, um direito de excluir os outros. Porém, é também um direito a fazer escolhas e a tomar decisões, e de exercer as liberdades individuais. No entendimento de Mills, o direito desdobra-se na liberdade e autonomia pessoal, no direito de controlar a informação pessoal, no direito de controlar a propriedade e no direito de controlar e proteger o corpo.

Já Richard Parker oferece-nos uma definição simples e bastante clara. Para o autor, o direito à privacidade é o poder de controlar o que tem que ver conosco que pode ser percebido pelos outros³². Judith DeCew, por sua vez, caracteriza a privacidade como um termo “guarda-chuva”, que protege variados interesses. Para a autora, é uma zona de segredo e confidencialidade que protege vários tipos de informação e de actividades³³. Maria Eduarda Gonçalves, em Portugal, também defende que a privacidade representa uma área de segredo, concretizando-se tanto numa liberdade como num poder³⁴.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à reserva da intimidade da vida privada analisa-se principalmente em dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e

29 SOLOVE, 2004, 2009.

30 SOLOVE, 2004, p. 226 (“digital person: a personality translated into digitized form composed of records, data fragments, and bits of information”).

31 MILLS, 2008.

32 PARKER, 1974.

33 DECEW, 1997.

34 GONÇALVES, 2003.

o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem³⁵. Para os autores, o conceito de vida privada deve abranger o respeito dos comportamentos, do anonimato, da vida em relação e da liberdade de consciência, uma vez que o que se quer proteger é a liberdade das pessoas.

Ora, torna-se, pois, importante desvendar o significado do termo vida privada para concretizarmos o conceito de privacidade.

O autor alemão Heinrich Hubmann, já em 1953 e ciente da dificuldade de delimitação do conceito de vida privada, criou a Teoria das Esferas de Protecção³⁶. Esta teoria definia o conceito de vida privada a partir de três esferas, às quais eram atribuídos níveis de protecção diferentes. A esfera mais protegida era a que o autor denominou de íntima, seguindo-se a esfera secreta e a esfera privada, cuja protecção seria atenuada³⁷. Esta teoria foi posteriormente utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no célebre acórdão de 1983 que autonomizou o direito à autodeterminação informativa.

Apesar de a existência de três esferas ser aceite de forma unânime³⁸, não existe, na doutrina, consenso quanto à sua denominação ou quanto ao seu conteúdo. Neste artigo foi adoptada a terminologia que divide as esferas protegidas em esfera privada, pessoal e íntima.

Na esfera privada cabem todos os contextos relacionais com o meio social. Nesta esfera, apesar de inexistir vontade de divulgar ou interesse na divulgação, os aspectos relativos à pessoa estão aos olhos de todos, pelo que, apesar de serem de cariz privado, têm uma protecção ténue. Podemos dar como exemplos os aspectos físicos da pessoa, como a cor do cabelo ou dos olhos, e o lar.

A esfera pessoal abrange todos aqueles aspectos particulares da pessoa que apenas são conhecidos do seu núcleo mais próximo de familiares e amigos, como gostos e preferências. Esta esfera já merece uma maior protecção, visto abarcar aspectos particulares que a pessoa reserva ao seu meio mais próximo.

35 CANOTILHO e MOREIRA, 2007.

36 HUBMANN, 1953.

37 Cf. COSTA, 1995.

38 Sublinhe-se, no entanto, que alguns autores englobam a esfera pública dentro das esferas de protecção, existindo, nestes casos, apenas duas esferas verdadeiramente protegidas.

A esfera íntima é aquela que merece uma protecção total, reunindo os aspectos pessoais que cada um reserva apenas para si. Os códigos secretos e as ideologias são, por exemplo, informações íntimas. Trata-se, assim, da esfera associada ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios. A intimidade é, pois, a esfera mais restrita, sem nenhuma repercussão social, sendo uma esfera de segredo.

A par destas três esferas privadas em sentido amplo, que merecem a protecção do direito, coexiste uma esfera exterior que poderemos denominar de esfera pública. Esta esfera dita pública não goza de qualquer protecção e abarca os actos praticados em público e com o desejo de os tornar públicos e todas as informações de interesse público.

Apesar da posição adoptada por Umberto Eco de que todas as pessoas têm direito à protecção, mesmo aquelas que não queiram ou não se saibam defender³⁹, de acordo com a doutrina prevalente, se uma pessoa, de sua livre vontade, permitir a divulgação ou divulgar ela própria informações pessoais ou íntimas, estas deixam de merecer protecção, visto ter sido a própria pessoa a consentir numa restrição à protecção da sua privacidade.

Esta dualidade entre o público, isto é, o que afecta e é acessível a todos, e o privado, o que afecta e é reservado a cada pessoa, é já antiga. *A priori*, é muito difícil estabelecer uma fronteira entre eles. Existem, no entanto, dois critérios aproximativos de demarcação, a saber: o local e a vontade. Com efeito, se determinadas informações forem divulgadas num local público e com a vontade de as tornar públicas, então essas informações são públicas. Se, pelo contrário, as informações forem divulgadas num local privado e com o intuito de as manter numa esfera de resguardo, então as informações são privadas.

No que toca especificamente à delimitação das esferas privadas, existem dois elementos importantes: o elemento volitivo interno, que parte da concepção que o próprio indivíduo tem da intimidade, através da forma como a demonstra, e o elemento valorativo externo, que se baseia na forma como a comunidade em que esse sujeito se insere conforma a intimidade e as suas manifestações.

Ora, apesar de não haver consenso quanto ao conteúdo do direito à privacidade, é possível adoptar um conceito amplo, que abarca a vida privada, a família, o domicílio, a correspondência, a honra e a reputação. Este

39 ECO, 2000.

direito concretiza-se no poder que pertence a cada indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que só a si diz respeito. É o direito a um modo exclusivo de ser no âmbito da vida privada. Além disso, a privacidade também significa independência e autonomia perante o Estado, materializando-se igualmente no direito de fazer escolhas sem ingerência externa.

O direito subjectivo à privacidade, além de ser um direito fundamental, é um direito especial de personalidade, geral, intransmissível, irrenunciável e imprescritível. Apesar de ser, em princípio, indisponível, o seu titular pode consentir numa certa limitação, permitindo, nomeadamente, a divulgação de informações respeitantes à sua vida privada. Teremos, pois, uma limitação voluntária ao direito.

Ao contrário da formulação defendida por Warren e Brandies⁴⁰, o direito à privacidade é hoje um direito positivo, característico do estado social, que se concretiza numa série de poderes que o Estado deve consagrar e proteger. Não obstante, continua a ser uma liberdade, uma esfera de segredo e um direito a não ser perturbado. Sublinhe-se o entendimento de Maria Eduarda Gonçalves, que defende que o direito à privacidade não abarca apenas o direito à tranquilidade e à solidão, mas também o direito a comunicar com outros e a assegurar o carácter confidencial das comunicações⁴¹. Destaque-se, também, a esse respeito, o caso Niemitz contra Alemanha decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 1992, no qual o tribunal defendeu que a noção de vida privada não se circunscrevia ao círculo íntimo da vida pessoal, englobando também o direito de interacção com outros indivíduos⁴².

Quanto à noção de vida privada, não obstante todas as divergências sobre o tema, podemos entender que abrange aspectos particulares referentes a determinada pessoa, compreendendo o conjunto de situações e comportamentos individuais que não têm relação com a vida pública, que estão desta separados, e que estão estritamente ligados à vida individual e familiar da pessoa. Note-se que estes aspectos podem incidir sobre o passado, o presente e o futuro, merecendo todos eles a protecção do direito. O conceito de vida privada está, contudo, altamente dependente do tempo, do espaço, da actuação e da posição do indivíduo na sociedade, pelo que

40 WARREN e BRANDEIS, 1890.

41 GONÇALVES, 2003.

42 Cf. CASTRO, 2005.

é impossível uma enumeração apriorística completa e indiscutível do seu conteúdo. Privacidade e vida privada são, pois, cláusulas gerais, determináveis apenas pelos juízes nos casos concretos.

Recorde-se o pertinente parecer da Procuradoria-Geral da República Portuguesa, emitido em 1980, no qual se defendeu que a vida privada compreende os actos que devem ser subtraídos à curiosidade pública, por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos, os afectos, os costumes de vida, as vulgares práticas quotidianas, as dificuldades próprias da difícil situação económica e as renúncias que esta implica e até o modo particular de ser, incluindo os gostos pessoais de simplicidade que contrastem com certa posição económica ou social. Engloba, assim, as acções e as abstenções que fazem parte de um certo modo de ser e estar e que são condição de realização e desenvolvimento da personalidade, tal como os acontecimentos da vida dos indivíduos, relativamente aos quais é legítimo supor que a pessoa manifeste uma exigência de discrição como expressão de um direito ao resguardo.

É oportuno referir, ainda, que vários autores definem o direito à privacidade como o poder de controlar as informações pessoais. São disso exemplo, entre outros, Alan Westin⁴³, Janet Smith⁴⁴, James Rule⁴⁵, e Benjamin Goold e Daniel Neyland⁴⁶. Ora, este poder de controlo não é mais, afinal, que o direito à autodeterminação informativa autonomizado em 1983 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Porém, o direito à autodeterminação informativa é um direito fundamental com conteúdo próprio, distinto do direito à privacidade, consistindo no poder de decidir que utilização pode ser feita das informações pessoais. Cada pessoa tem, assim, o direito a determinar quando e em que medida são divulgadas informações sobre si, direito este distinto e autónomo do direito à privacidade. Em Portugal, o Tribunal Constitucional, no acórdão 230/2008 relatado pela conselheira Maria Lúcia Amaral, defendeu que o direito à reserva da intimidade da vida privada compreende o direito à solidão, o direito ao anonimato e também o direito à autodeterminação informativa. Este último foi definido então como o direito de subtrair do

43 WESTIN, 1967.

44 SMITH, 2008.

45 RULE, 2009.

46 GOOLD e NEYLAND, 2009.

conhecimento do público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada. Para o Tribunal Constitucional português, o direito à privacidade, que também acolhe a auto-determinação informativa, é um direito cujo bem jurídico é a informação em sentido lato.

Andrade nota que o desenvolvimento tecnológico implica o reconhecimento do “direito à *privacidade* contra a explosão dos fenómenos de tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização de dados pessoais – um conjunto de direitos que tem sido sintetizado num grande «direito de autodeterminação informacional»⁴⁷, observação esta que se afigura pertinente.

Tendo em conta o que acima foi exposto, é possível concluir que o direito à privacidade abrange a protecção perante qualquer intrusão no domínio pessoal, enquanto o direito à protecção de dados pessoais restringe essa protecção ao tratamento automatizado de dados, consistindo no poder de determinar e controlar a utilização dos dados pessoais. São, assim, direitos distintos, com conteúdos próprios, reconhecidos separadamente na generalidade dos textos de direito internacional e nas constituições nacionais.

4.2. Conflitos e ponderação de valores

O direito à privacidade, reconhecido actualmente na generalidade dos textos de direito internacional e nas constituições das nações, consubstancia um valor que pode colidir ou conflitar com outros princípios, direitos e interesses.

A história da privacidade é, na verdade, uma história de tensões e conflitos. O problema da privacidade, ou melhor, da falta dela, que remonta ao século XIX, começou por ser, precisamente, um problema que afectava as figuras públicas face às crescentes intrusões da imprensa escrita. Recorde-se o caso Rachel, julgado em 1858 pelo Tribunal Civil do Sena e, uma vez mais, o artigo de Warren e Brandeis publicado em 1890 na *Harvard Law Review*⁴⁸. Ora, no caso Rachel, o tribunal francês considerou que houve violação da privacidade da atriz Elisa Rachel Félix, uma vez que as

47 ANDRADE, 2004, p. 65.

48 WARREN e BRANDEIS, 1890.

fotografias tiradas à actriz já morta foram difundidas sem consentimento da família. Nesta sentença histórica foi, desde logo, reconhecido o direito à vida privada, defendendo-se, então, que por maior que seja um artista, por histórico que seja um grande homem, têm eles a sua vida privada distinta da vida pública. Quanto ao artigo de Warren e Brandeis publicado em 1890, lembre-se que o mesmo foi uma reacção às várias e detalhadas notícias sobre as festas dadas pelo Senador Warren e, em particular, a festa de casamento da sua filha.

A história da privacidade conta-se, portanto, a partir do conflito que opõe, por um lado, a liberdade de expressão e de imprensa, e o direito à informação e, por outro, o direito à intimidade e privacidade das pessoas, incluindo das figuras públicas. A liberdade de imprensa inclui o direito de obter informações sobre a vida privada das pessoas. No entanto, a publicação de notícias sobre aspectos particulares da vida privada deve ser restringida às informações que sejam de interesse social relevante. É, pois, crucial distinguir as informações sobre a vida privada que sejam de interesse público daquelas que apenas digam respeito à esfera privada da pessoa e que, por isso, devam ficar resguardadas.

Na jurisprudência norte-americana, é de destacar o caso *New York Times contra Sullivan*, julgado em 1964, no qual se decidiu que o direito à privacidade das pessoas públicas não possui o mesmo nível de protecção constitucional se comparado aos indivíduos comuns, uma vez que as celebridades se colocam constantemente em situações de exposição e evidência, além de que existe um interesse da sociedade em conhecer factos da sua vida⁴⁹. Por isso mesmo, as figuras públicas estão mais sujeitas à actuação da imprensa do que o cidadão comum. Na jurisprudência portuguesa, destaca-se o recente aresto do Supremo Tribunal de Justiça, notando a difícil delimitação do direito à reserva da vida privada e sublinhando que a extensão da reserva é variável em função das circunstâncias concretas e da maior ou menor notoriedade das pessoas envolvidas. No referido acórdão, relatado pelo conselheiro Pinto Hespanhol em 20 de Junho de 2012 no processo 417/10, concluiu-se que a notoriedade reduz o objecto do direito à privacidade e que a relevância social de certas pessoas, pelas funções que desempenham, pela profissão que exercem, pela celebridade que alcançaram ou pela proeminência social que atingiram, pode justificar que factos

49 Cf. CASTRO, 2005.

ou circunstâncias da vida privada e peculiaridades que esta apresente sejam transmitidas ao conhecimento do público. Em tais casos, são as exigências de interesse público que legitimam a divulgação de factos da vida privada das pessoas que, consciente ou inconscientemente, se expõem à publicidade. O tribunal, frisando que o direito à privacidade conserva sempre um círculo inultrapassável, admite, assim, que as figuras públicas são menos protegidas precisamente por causa da sua exposição. Refira-se ainda que em 2009, no processo 4822/06 relatado pelo conselheiro Oliveira Rocha, o Supremo Tribunal de Justiça admitiu que a liberdade de expressão poderia prevalecer em casos de interesse público, salientando que a divulgação de factos da vida privada tinha que ser feita de forma a não exceder o necessário. Neste acórdão destacou-se que o direito à privacidade é um direito fundamental de personalidade, aplicável a toda e qualquer pessoa, famosa ou desconhecida, pelo simples facto de o ser, sendo inato, absoluto, inalienável e irrenunciável.

Assim sendo, todas as pessoas têm direito à sua privacidade, incluindo as figuras públicas. No entanto, no que toca especificamente às figuras públicas, pode haver um real e relevante interesse público que poderá justificar a divulgação de informações sobre a sua vida privada. Esta apreciação está sempre dependente do caso concreto, relevando especialmente a posição da pessoa em apreço.

O direito à privacidade, além de poder colidir com a liberdade de informar, pode conflitar com o valor da segurança. A segurança nacional e a segurança pública são princípios que enformam qualquer actividade estatal e, como sabemos, a segurança é hoje sinónimo de recolha e troca de informações pessoais, o que tem sérias repercussões no direito à privacidade das pessoas.

O atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos da América marcou a viragem nos regimes de protecção da privacidade. Até então, as leis defendiam o indivíduo do crescente tratamento automatizado de dados pessoais, garantindo a sua privacidade. De 2001 até ao presente, os estados, temendo novos ataques terroristas, têm vindo a reforçar as medidas de cariz securitário que constituem sérios ataques à auto-determinação informativa do cidadão. As políticas antiterroristas, visando remover barreiras de comunicação entre autoridades policiais, baseiam-se, cada vez mais, na recolha, tratamento, uso e troca de informação pessoal, incluindo informação genética e biométrica.

O valor da segurança tem vindo, assim, a sacrificar o direito à privacidade dos cidadãos. Esta tendência anti-privacidade reflecte-se no enfraquecimento dos regimes de protecção de dados, que determinam, por exemplo, a retenção de dados de localização e de tráfego relativos às comunicações electrónicas e a recolha e partilha de dados de pessoas que nem sequer são suspeitas da prática de um crime⁵⁰. Para justificar e atenuar os efeitos que tais medidas possam causar, os estados têm mostrado que a segurança é um direito fundamental das pessoas e que sem segurança é impossível o exercício dos outros direitos, nomeadamente do direito à privacidade.

A privacidade colide, assim, ora com a liberdade de informação ora com a segurança. O legislador e o julgador vêm-se, pois, confrontados com diversos interesses igualmente valiosos, tendo que levar a cabo a difícil tarefa de encontrar um ponto de equilíbrio e uma ponderação adequada.

Vieira de Andrade ensina que “os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados”⁵¹, pelo que os conflitos práticos entre valores são inevitáveis e típicos do sistema. “Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta”⁵². Nestes casos, impõe-se “uma ponderação concreta dos bens”, pelo que “o princípio, consagrado na doutrina constitucional como princípio da *harmonização* ou da *concordância prática*, enquanto critério de solução de conflitos não pode, pois, ser aceite ou entendido como um regulador automático”⁵³. O autor nota, por um lado, que se houver conflito entre o conteúdo essencial dos direitos teremos então um problema de limites imanentes e, por outro, que a concordância prática não impõe necessariamente a realização óptima dos valores em jogo, sendo apenas um método e um processo de legitimação das soluções que requerem ponderação nos casos concretos.

Ora, esta ponderação nos casos concretos baseia-se, fundamentalmente, no critério da proporcionalidade. Assim, o sacrifício de cada um dos valores deve ser adequado e necessário à salvaguarda dos outros e a escolha entre as diversas formas de resolver a questão no caso concreto deve

50 Cf. GUTWIRTH *et al*, 2009.

51 ANDRADE, 2004, p. 283.

52 ANDRADE, 2004, p. 321.

53 ANDRADE, 2004, p. 324.

comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso nessa situação.

Vieira de Andrade defende que a resolução de conflitos entre direitos tem de atender essencialmente a três factores, a saber: o âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos, a natureza do caso e a condição e o comportamento das pessoas envolvidas. O autor exemplifica com o conflito entre a liberdade de expressão e o direito de informação dos jornalistas, de um lado, e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, do outro, tão pertinente para o presente estudo:

(...) a protecção jurídico-constitucional da liberdade de expressão e do direito de informação varia conforme a utilidade pública e social da divulgação do facto ou da opinião (...); por seu lado, a intensidade da reserva da intimidade varia conforme se trate de aspectos que constituam uma esfera de segredo, uma esfera de privacidade ou de mero resguardo; também há diferenças conforme esteja em causa apenas a divulgação (de factos, imagens ou palavras) ou tenha havido intromissão activa na privacidade, tal como são relevantes o modo como é feita a divulgação e o seu alcance real; pode ser decisiva a condição das pessoas (conforme se trate de políticos, figuras públicas, réus ou pessoas anónimas) ou o seu comportamento (consentimento tolerante ou autorizante)⁵⁴.

Para Gomes Canotilho, o método do balanceamento ou ponderação de interesses concretiza-se no equilíbrio e ordenação de bens conflitantes num determinado caso, visando “elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”⁵⁵. Segundo o autor, “o método de *balancing* não dispensa uma cuidadosa *topografia* do conflito nem uma *justificação* da solução do conflito através da ponderação”⁵⁶. A topografia de conflitos analisa-se em dois pontos: primeiro, se e em que medida a área ou esfera de um direito se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido; segundo, qual o espaço que sobra aos dois bens conflitantes para além da zona de sobreposição. Preliminarmente, o teste de razoabilidade

54 ANDRADE, 2004, p. 328.

55 CANOTILHO, 2003, p. 1237.

56 CANOTILHO, 2003, p. 1239.

indica-nos se existe um verdadeiro conflito de bens, aferindo se os direitos invocados estão ou não enquadrados na esfera de protecção de uma norma constitucional. A ponderação ou balanceamento dos bens impõe, pois, que existam pelo menos dois “bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” ou “otimizadas” em todas as suas potencialidades”⁵⁷. Canotilho entende que “ponderar princípios significa sopesar a fim de decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor”, pelo que “o apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*”⁵⁸.

Por seu turno, Robert Alexy define princípios como as normas de base juridicamente vinculantes radicadas nas exigências de justiça e na ideia de direito que permitem o balanceamento de valores e interesses⁵⁹. Alexy contrapõem-se, assim, às regras jurídicas, que prescrevem imperativamente uma exigência que tem que ser cumprida *tal qual*, não deixando margem para outra solução.

Afigura-se-nos como razoável, nesta senda, entender a privacidade como um princípio e que, enquanto tal, é uma norma de optimização que pode ser objecto de ponderação e harmonização, ao contrário do que ocorre com as regras que são reciprocamente excludentes. É então possível concluir que, não existindo princípios nem direitos absolutos, se torna necessário, perante casos concretos, a ponderação de valores em razão de interesses públicos e privados. Esta tarefa de harmonização deve visar obter a máxima efectividade de todos os princípios e direitos em conflito e basear-se na análise do tipo e intensidade da lesão em causa e na ponderação assente no princípio da proporcionalidade. Assim, em caso de colisão, a privacidade, que é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade, deve ser balanceada com quaisquer outros interesses igualmente valiosos, aferindo-se a necessidade e a adequação, e evitando e restringindo a aplicação de soluções excessivas em qualquer sentido.

Para que se alcance o tão almejado equilíbrio entre os interesses da sociedade em recolher e partilhar dados e os direitos dos cidadãos em proteger a sua privacidade e os seus dados pessoais, há que ter em conta

57 CANOTILHO, 2003, p. 1240.

58 CANOTILHO, 2003, p. 1241.

59 ALEXY, 2002.

os direitos fundamentais consagrados e os princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

A este propósito, sublinhem-se as três condições para que as restrições aos direitos fundamentais se possam justificar: se estiverem legalmente previstas, se prosseguirem um fim legítimo e se forem necessárias numa sociedade democrática, isto é, se corresponderem a uma necessidade social imperiosa, se forem proporcionadas ao fim preconizado e se os motivos invocados pelas autoridades públicas para as justificarem forem pertinentes e suficientes.

Para Stefano Rodotà, hoje em dia não há ponderação de interesses e as garantias oferecidas são inadequadas, pelo que assistimos ao abandono do critério do alto nível de protecção⁶⁰.

5. Considerações finais

No início do século XX, antes do advento do computador e das novas tecnologias, a privacidade era ameaçada, principalmente, pelo crescimento da imprensa escrita, associada à imagem fotográfica. Actualmente, a par da comunicação social, as ameaças à privacidade advêm do uso das novas tecnologias de informação.

Na verdade, a criação e generalização da utilização do computador e da internet, tal como do correio electrónico e das redes sociais, e a vulgarização de uma panóplia de instrumentos electrónicos especialmente intrusivos, como os telemóveis, a televisão interactiva, as câmaras de vídeo, os sistemas de posicionamento global (GPS), os *scanners* corporais e a radiofrequência, revigoraram a metáfora de Orwell relativa ao *Grande Irmão*, que alude a uma sociedade totalitária, na qual não existia privacidade. O crescente desenvolvimento tecnológico, aliado aos interesses económicos e políticos e à constante necessidade de controlo por parte do Estado, despoletam, assim, a tendência actual de crescente recolha e tratamento de dados pessoais.

A privacidade é um bem raro e precioso, altamente valorizado nesta economia fortemente dependente de informação e em estados cada vez mais centrados em combater a criminalidade e o terrorismo. De uma forma geral, empresas e estados querem conhecer os seus consumidores

60 RODOTÀ, 2006.

e cidadãos, respectivamente, monitorizar comportamentos e prever actuações futuras, seja para fins comerciais ou de segurança. As informações pessoais são hoje valiosos activos para as empresas, que recolhem cada vez mais dados em prol da sua eficiência e rentabilidade, elaborando posteriormente completíssimos perfis de consumo. Além disso, são elementos essenciais para o desempenho dos fins estatais, levando as autoridades públicas a criarem gigantescas bases de dados. A ameaça terrorista que paira depois do atentado de 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos da América é mais uma razão para a recolha e troca de dados, desta vez justificadas como medidas de segurança e de prevenção.

Esta intrusão das empresas e das autoridades públicas ameaça destruir uma das mais importantes conquistas da civilização dos nossos dias. Esta tendência de recolha, tratamento e troca de dados pessoais é acompanhada pela cada vez maior disponibilização de informações privadas pelas próprias pessoas, nomeadamente nas redes sociais. Os cidadãos do mundo desenvolvido não só são permanentemente *perseguidos* no dia-a-dia, como assentem, de livre vontade, na divulgação dos seus próprios dados, coniventes, assim, com a vigilância, a monitorização e o *voyeurismo* da sociedade contemporânea.

Assiste-se, pois, a uma revolução digital que torna a sociedade numa sociedade de informação. Os avanços tecnológicos permitem o uso de mecanismos de intrusão na vida privada e alimentam uma sociedade transparente. O desenvolvimento da informática e os avanços tecnológicos constantes, que permitem que a informação seja ilimitadamente recolhida, armazenada, consultada e cruzada, a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos, reivindicam, pois, uma protecção especialmente intensa por parte do ordenamento jurídico. A tutela da vida privada exige, hoje, mais transparência e controlo no que toca ao tratamento de dados por empresas e autoridades públicas. Assim, como referido no prefácio de Joaquim Lopes à obra de Mário Gomes, “bem necessária e oportuna é esta chamada de atenção”⁶¹ para as mudanças que vivemos no que toca ao conceito de privacidade.

Nos dias de hoje, os indivíduos estão cada vez menos cientes do seu direito à privacidade, permitindo a divulgação e divulgando informações pessoais, muitas vezes sem consciência das reais implicações do ato, em redes totalmente abertas como a internet, nas quais não há controlo nem fis-

61 GOMES, 2006, p. 5.

calização. A crescente recolha de dados pessoais tanto por empresas como por autoridades estatais, aliada ao tratamento automatizado e à sua facilidade de utilização e partilha, impõem uma reconceptualização da privacidade. Na verdade, as múltiplas bases de dados públicas e privadas, capazes de revelarem a vida privada das pessoas, implicam que as concepções tradicionais de privacidade sejam repensadas. Nesta era da informação, em que aparecem constantemente novos meios que ameaçam a privacidade, é necessário estabelecer mais controlos e limites às possibilidades de acesso e processamento de dados pessoais, regulando rigorosamente, por exemplo, a construção de perfis e a sua posterior utilização e/ou venda. Como caso paradigmático da extrema atenção que deve ser dada a esta temática, materializa-se o uso de dados pessoais para fins policiais, cuja recolha deverá apenas ter lugar de forma pontual, quando esteja em causa prevenir um perigo concreto ou reprimir uma infracção penal determinada, e devendo limitar-se aos dados estritamente necessários. Neste domínio particularmente sensível, devem ser tidos cuidados especiais no que toca à inexactidão ou incorrecção da informação.

Incontornável, a breve trecho, pode afigura-se a posição de Daniel Solove, que defende que as concepções de privacidade devem ser adaptadas à realidade tecnológica actual⁶². Uma análise cuidada e realista do contexto actual torna evidente que abandonar o paradigma do segredo e criar mecanismos que limitem efectivamente o uso e a divulgação de informação pessoal pode ser a melhor, senão mesmo a única opção razoável.

De facto, a noção de privacidade mudou e a legislação deverá ter em conta o novo paradigma social. O âmbito de protecção da privacidade exige hoje uma configuração distinta, que deverá ter em conta as circunstâncias de cada caso concreto e a vontade de cada pessoa. O legislador deve salvaguardar especialmente o direito fundamental dos cidadãos à privacidade e o julgador, nos casos concretos, deve ponderar os valores em jogo, tendo sempre em conta que a privacidade é um direito essencial, decorrente da dignidade humana. A privacidade não pode ser considerada um conceito em vias de extinção. É possível usufruir de todas as potencialidades das novas tecnologias sem sacrificar a privacidade. No entanto, para que tal aconteça, mostra-se premente a aprovação de legislação que imponha mais controlos e transparência.

62 SOLOVE, 2004, 2009.

Além disso, é imprescindível sensibilizar os indivíduos para a autoproteção. Os utilizadores das novas tecnologias devem estar cientes dos perigos que estas comportam e, nomeadamente, devem ter consciência de que a divulgação de informações em redes abertas como a internet escapa ao seu controlo. Dados uma vez divulgados, estão para *sempre* disponíveis. Por isso mesmo, a privacidade, uma vez devassada, está devassada para *sempre*.

Por tudo isto, as novas tecnologias de informação impõem que o direito à privacidade seja repensado e reconfigurado como um direito ao anonimato. Para tal, é crucial congregiar dois tipos de esforços. Um comportamento mais consciente por parte dos utilizadores e uma regulação mais rigorosa.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ANDRADE, José. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. 4.^o ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CASTRO, Catarina. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- COSTA, Paulo. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1995.
- DECEW, Judith. *In pursuit of privacy. Law, Ethics and the Rise of Technology*. USA: Cornell University Press, 1997.
- ECO, Umberto. *Quale Privacy? 22.^a Conferenza Internazionale: One World, One Privacy*. Veneza: 28 a 30 de Setembro, 2000. Disponível em: <<http://www.privacy.it/eco20000928.html>>. Acesso em: 1 de Dezembro de 2013.
- FARINHO, Domingos. *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006.
- GOMES, Mário. *O Código da Privacidade e da Protecção de Dados Pessoais na Lei e na Jurisprudência (Nacional e Internacional)*. Portugal: Centro Atlantico.pt, 2006.
- GONÇALVES, Maria. *Direito de Informação: Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GOOLD, Benjamin; NEYLAND, Daniel. *New Directions in Surveillance and Privacy*. UK: Willan Publishing, 2009.
- GROSS, Hyman. *Privacy – Its Legal Protection*. New York: Oceana, 1964.

- GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile; NOUWIT, Sjaak (Eds.). *Reinventing Data Protection?* Germany: Springer, 2009.
- HABERMAS, Jurgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Böhlau-Verlag, 1953.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Directrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MILLER, Arthur. *The Assault on Privacy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1971.
- MILLS, Jon. *Privacy. The Lost Right*. USA: Oxford University Press, 2008.
- MOORE, Adam. *Privacy Rights. Moral and Legal Foundations*. USA: The Pennsylvania State University Press, 2010.
- NOVAIS, Jorge. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ORWELL, George. 1984. UK: Secker and Warburg, 1949.
- PARKER, Richard. A Definition of Privacy. *Rutgers Law Review*, n. 27, pp 281, 1974.
- POST, Robert. Three Concepts of Privacy. *Faculty Scholarship Series*, paper 185, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/185>. Acesso em: 2 de Dezembro de 2013.
- RODOTÀ, Stefano, “La Conservación de los Datos de Tráfico en las Comunicaciones Electrónicas”, Segundo Congreso sobre Internet, Derecho y Política: Análisis y Prospectiva, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 3, pp 53-59, 2006.
- RÖDER, Karl. *Princípios de Direito Natural ou a Filosofia do Direito*. Alemanha: C. F. Winter, 1846.
- RULE, James. *Privacy in Peril: How We Are Sacrificing a Fundamental Right in Exchange for Security and Convenience*. UK: Oxford University Press, 2009.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SMITH, Janet. *The Right to Privacy*. USA: Ignatius Press, 2008.
- SOLOVE, Daniel. *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*. USA: New York University Press, 2004.
- _____. *Understanding Privacy*. USA: Harvard University Press, 2009.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, 1890.
- WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*. New York: Athenum, 1967.

Recebido em janeiro de 2014

Aprovado em janeiro de 2014