

***RIO INFO 2011***

**28 de setembro**

**Privacidade na Nuvem**

**por Silvia Regina Dain Gandelman**

*Dain Gandelman e Lacé Brandão  
Advogados Associados*

**DIREITO DE IMAGEM E INTIMIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO**  
**— NATUREZA, CONCEITO E CONFLITOS — SUA PROTEÇÃO NA**  
**LEGISLAÇÃO BRASILEIRA — A INTERNET**  
**— PRIVACIDADE NA NUVEM**

*“Caminhante, não há caminho, faz-se o caminho ao andar”.*

No dizer de Antonio Machado, celebrado poeta sevilhano

Na Segunda metade do século XIX o mundo assistiu a uma enorme transformação na sociedade ocidental, causada pela Revolução Industrial. As máquinas trouxeram a modernização dos métodos de trabalho, a mecanização das lavouras, o deslocamento da m/ao de obra do campo para a cidade e mudaram para sempre o cotidiano das pessoas. Dentre as inúmeras invenções desenvolvidas num curto período, como a luz elétrica, o automóvel, o telégrafo, o telefone, o fonógrafo e tantos outros, a fotografia popularizada por Daguerre<sup>1</sup> teve enorme impacto no campo das informações, da prova jurídica, do estudo da medicina.

No início do século XX a simplificação da técnica fotográfica permitiu que imagens das guerras e revoluções chegassem aos quatro cantos do mundo, modificando para sempre o conceito do jornalismo-reportagem e causando enorme impacto na intimidade e privacidade dos indivíduos. O horror das guerras através das imagens invadiu os lares, não sendo mais possível ignorar o sofrimento e a violência nos campos de batalha nem o martírio dos presos nos campos de concentração. A humanidade perdera sua inocência, porém fotógrafos, jornais e periódicos, em nome da notícia, desrespeitavam os direitos individuais como a imagem, a privacidade, a honra e a intimidade.

Sob o impacto de decisões judiciais dos tribunais que reconheciam o direito de intimidade mesmo a indivíduos que, por força de cargos políticos ou atividades artísticas, frequentavam as páginas de jornais e revistas, na década de 1970, o novo Código Civil francês consagrou tais direitos que

---

<sup>1</sup> DAGUERRE, Louis-Jacques-Mandé (18 de novembro de 1787, Cormeilles-en-Parisi, Val-d'Oise, França — 10 de julho de 1851, Bry-sur-Marbe, França) foi um pintor, cenógrafo, físico e inventor francês, tendo sido o primeiro a conseguir uma imagem fixa pela ação direta da luz (1835 - o daguerreótipo).

distinguiam a vida pública da vida privada. As garantias legais que foram então sendo estipuladas nos diversos países tiveram como inimigo o estado da técnica, permitindo a utilização de câmeras fotográficas ou de filmagem cada vez menores, com imagens coloridas e progressivamente de melhor qualidade. Os pequenos celulares fabricados atualmente, que dispõem de câmeras e filmadoras digitais constituem uma ameaça cada vez maior a tais direitos.

No Brasil, ainda que a proteção aos direitos individuais, ao sigilo epistolar e o respeito do domicílio tenha quase sempre constado das constituições republicanas, a realidade é que na década de 1970, quando o direito francês liderou a proteção legal da privacidade, intimidade e imagem, nosso país estava mergulhado num regime de exceção ditatorial, cujo ciclo só terminou em 1985. E quando não existe respeito à vida e à liberdade, não se pode falar nos demais direitos individuais. Entretanto, em 1973, por ocasião da edição da lei 5.988/73, nossa primeira lei autoral autônoma, surgiu o primeiro dispositivo legal de proteção à intimidade e à imagem.

Assim, em oposição ao direito do fotógrafo e do cinegrafista, em relação ao objeto de sua arte, em oposição ao direito do cirurgião agindo por interesse científico, em relação à pessoa operada, nascia na legislação autoral brasileira a proteção à imagem e à intimidade, já consagrada em outros países. Nossos tribunais dela se valeram até a edição da Constituição Federal de 1988, onde, elencados entre os direitos individuais protegidos pela “lex-mater”, em seu artigo 5º, estes direitos encontraram seu abrigo correto e definitivo.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, tais direitos individuais encontraram guarida no artigo 5º, itens V, X, XXVIII<sup>2</sup>. O direito de imagem também encontrou proteção no artigo 20<sup>3</sup> do

---

<sup>2</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

.....  
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

.....  
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

<sup>3</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). O Código Civil proíbe a utilização da imagem sem autorização, prevendo indenização pelo uso comercial não autorizado.

Nossa legislação não faz qualquer distinção entre pessoas públicas, quer por exercerem cargos políticos, quer por serem artistas ou desportistas famosos, das demais pessoas desconhecidas. Em outros países, como a Inglaterra e os Estados Unidos, o fato das personalidades frequentarem constantemente a mídia diminui o seu direito de imagem e privacidade, tornando lícitos, por exemplo, a publicação de biografias não autorizadas e a realização de obras audiovisuais sobre elas, sem a necessidade de prévio consentimento.

Entretanto, apesar da extensão da proteção legal que o direito de imagem goza atualmente no Brasil, acompanhado do direito à privacidade e à intimidade, a própria Constituição Federal de 1988 criou limites ao seu exercício pleno, concedendo patamar idêntico ao direito à informação (Art. 5º, item XIV<sup>4</sup>) e criando precedentes para a quebra de sigilo epistolar, telefônico e bancário, nos casos de comprovado interesse público. Depreende-se do texto constitucional que os direitos individuais à imagem e privacidade esbarram, além do direito à informação (individual e coletivo), na liberdade de expressão, tão cara a todos nós depois décadas de censura. Eventuais conflitos destes direitos devem ser dirimidos no âmbito da Justiça, onde os tribunais prolatam suas decisões à luz dos fatos concretos.

O maior desafio enfrentado pelos juristas de todo o país vem acontecendo com a constante violação dos direitos à privacidade e à imagem facilitados pela internet, que se tornou um meio de comunicação ágil e fácil, onde tudo é exposto, em nome do direito à informação.

No âmbito internacional, como já dissemos, as atenções foram voltadas para questão de privacidade quando, além das chocantes imagens dos campos de batalhas dos campos de concentração foram liberadas, os arquivos nazistas mostraram detalhes de informação sobre os indivíduos, provando em quadro total de vigilância sobre o cidadão. Arquivos e fichas policiais não são questões novas portanto, nem tampouco o são os cadastros elaborados pelos regimes

---

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

<sup>4</sup> Art. 5º .....

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

ditatoriais sobre a população em geral, para finalidades políticas. O que ocorreu foi que a nova tecnologia, que permitia mais vigilância e facilitou a obtenção de informações, cria as condições para uma constante e quase permanente violação da intimidade e privacidade.

Ao conceituar a intimidade, Milton Fernandes<sup>5</sup> diz que “*esta consiste na exclusão do conhecimento alheio de ideias, fatos e dados respeitantes à própria pessoa. Através de sua tutela, pretende-se limitar a penetração externa no âmbito que cada um que manter exclusivamente para si*”. E no dizer de Costa Jr.<sup>6</sup>:

“Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação – todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada, como algo preciosos, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.”

Para evitar este fenômeno, alguns países já editaram leis regulamentando a captação, o armazenamento, o tratamento e a difusão de dados pessoais. A União Européia, em sua Diretiva 2002/58/EC contemplou o assunto, estabelecendo seus princípios gerais de lealdade, adequação, temporalidade e segurança. Diversos países europeus, a esteira da Diretiva mencionada, já dispõem de leis internas sobre a proteção de dados pessoais (Espanha 1999, Portugal 1998, Inglaterra, França, Itália, etc.). Países como Chile e a Argentina também já editaram sua legislação especial sobre privacidade.

No Brasil, até o momento além da Constituição Federal de 1988 tratando dos direitos individuais (Artigo 5º) e do Código do Consumidor, em seu artigo 43, não há legislação especial sobre o tema. A seção VI do Código do Consumidor traz, a partir do art. 43<sup>7</sup>, regras de criação, acesso e

<sup>5</sup> FERNANDES, Milton: *Proteção Civil da Intimidade*, Edição Saraiva, 1977, p. 177

<sup>6</sup> COSTA JR., Paulo Jose da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

<sup>7</sup> SEÇÃO VI - Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

correção dos cadastros pessoais, silenciando no entanto no tocante a questões de segurança dos mesmos.

As tecnologias da informação e comunicação nos propiciam um mundo fortemente interconectado no qual a distinção entre público e privado começa a se dissolver.

Nesse ecossistema em rede existe a necessidade real de rastreamento de informação sobre indivíduos até mesmo para cumprir funcionalidades da própria rede (como, por exemplo, a telefonia celular e a computação em nuvem). A rede simplesmente não funciona sem que uma grande circulação de dados e um amplo rastreamento de indivíduos se realize. Tradicionalmente em democracias, o Estado de Direito impõe limitações à intrusão de Estado na privacidade do indivíduo, porém, em função de toda essa transparência do cidadão, o estado essencialmente dispõe de acesso a dossiês e ao rastreamento como nunca se viu antes.

Recentemente, depois de várias iniciativas isoladas, o Governo brasileiro, através do Ministério da Justiça, encaminhou à consulta pública projeto de lei sobre a proteção de dados pessoais, que recebeu sugestões até 30 de abril de 2011. A questão é que o projeto aborda a questão sob a ótica das pessoas físicas, porém as grandes violações dos sigilos individuais ocorrem no âmbito das pessoas jurídicas, que armazenam dados de seus clientes. Aguarda-se ainda no Brasil a aprovação pelo Congresso Nacional do Marco Civil da internet para regular as relações na Rede.

A tendência atual de concentração de grandes *data centers* na nuvem evidencia que o mercado de armazenamento de informações vem se reunindo nas mãos de grandes empresas na rede, tais como Google, Amazon, Microsoft (Azure). Existe bem resolvida a questão tecnológica da separação dos dados, que se divide em privacidade no envio e na armazenagem dos dados. A questão da segurança hoje tem dois gargalos principais:

1 - Pessoas:

A falta de treinamento e atitude em relação à segurança e privacidade de dados (senhas fáceis, computadores sem vigilância, sabotagem interna);

2 - Governo Americano:

Através do Patriot Act norte-americano, editado após a aprovação no Congresso depois da comoção do 11 de setembro, o governo tem acesso aos dados quando quiser. Se eles

colocarem o *gagging*, o provedor nem pode avisar que entregaram seus dados para o governo.

Recentemente a Microsoft admitiu que isto é verdade, mesmo que sejam dados em nuvens (*data centers*) fora dos EUA. O que é verdade para TODAS as empresas americanas: Facebook, Amazon, Oracle, Apple. A notícia está em: <http://www.zdnet.com/blog/egeneration/microsoft-admits-patriot-act-can-access-en-based-cloud-data-11225>

Entendemos que os provedores, ao colocar seus arquivos em nuvem, por um lado passam a gozar de maior mobilidade e tecnologia de ponta, por outro, se houver invasão como a que sofreu recentemente o conjunto de sites do Governo Brasileiro, ficam ainda mais vulneráveis no conjunto dos arquivos. E os usuários sequer ficarão cientes de onde estarão seus cadastros pessoais, perdem o controle. Concluimos por dizer que a cada nova tecnologia surgem novas soluções e problemas, onde o judiciário terá dificuldades de alcançar.

Concluimos, conseqüentemente, fazendo nossas as palavras de Jacques Chirac<sup>8</sup>:

“Alguns qualificam o espaço cibernético como um novo mundo, um mundo virtual, mas não podemos nos equivocar. Não há dois mundos diferentes, um real e outro virtual, mas apenas um, no qual se devem aplicar e respeitar os mesmos valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa.”

---

<sup>8</sup> CHIRAC, Jacques no discurso proferido durante a primeira conferência do G-8, sobre delinquência cibernética, em maio de 2000