



ADRIANA SAWARIS

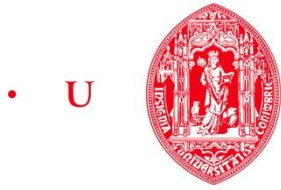
**A TUTELA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE
DA VIDA PRIVADA NO REGULAMENTO N.º. 2016/679 DA
UNIÃO EUROPEIA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção: Direito Civil

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ADRIANA SAWARIS

**A TUTELA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA
PRIVADA NO REGULAMENTO N.º. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA**

*The Guarantee of the Right of Privacy in Regulation n.º. 2016/679
of the European Union*

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Civilísticas/ Menção: Direito Civil*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Ana Mafalda
Castanheira Neves de Miranda Barbosa

Coimbra, 2017

À Deus...

AGRADECIMENTOS

À minha mãe que no seu exemplo de fé e força sempre me incentivou e com suas orações e amor me cuidou.

E, ao longo desta caminhada, vocês meus irmãos e sobrinhos que sempre estiveram ao meu lado em carinho, incentivo e amor. Momentos maravilhosos, outros nem tanto, porém sempre unidos. Em especial a Alair que não mediu esforços para estar comigo durante esta a fase.

Agradeço também à minha orientadora Sr^a. Prof^a. Dr^a. Mafalda Miranda Barbosa, por sua zelosa orientação e compartilhamento do seu nobre conhecimento.

Aos amigos do Brasil que, de forma direta ou indireta colaboraram comigo nessa jornada, que souberam me fortalecer nos momentos difíceis com sua torcida e oração.

Aos amigos de Coimbra, pela cumplicidade e amizade conquistada, cujo apoio foi fundamental nesta fase, e que levo comigo para a vida com eternas saudades.

Ao Pedro e sua família por ter compartilhado muitas das minhas angústias, pelo estímulo, carinho e paciência em toda essa jornada.

À nossa Senhora de Fátima, que sempre intercedeu por mim.

RESUMO

O presente estudo ocupa-se da tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada no âmbito do Regulamento n.º. 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Analisar o designado instrumento legislativo implica confrontar o direito à proteção dos dados enquanto direito de carácter pessoal e o significativo aumento dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais, considerando o intercâmbio de dados entre entidades públicas, empresas e pessoas singulares; tudo no contexto da evolução informática, novas tecnologias, internet, globalização, economia capitalista e mercado interno da União Europeia. Neste sentido, a proteção da pessoa e o direito à proteção de dados tem uma direta relação com a proteção da privacidade ou com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Busca-se assim nas fontes tradicionais do direito civil o fundamento dogmático para a proteção destes valores ante a nova realidade tecnológica e as novas previsões normativas e as formas de ressarcimento dos danos causados à reserva da intimidade da vida privada.

Palavras-chave: REGULAMENTO (UE) n.º. 2016/679 – DIREITOS DA PERSONALIDADE - DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA – PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS – INADIMPLEMENTO.

ABSTRACT

The present study deals with the protection of the right to privacy in the scope of Regulation no. No 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Analyzing the so-called legislative instrument involves confronting the right to data protection as a personal right and the significant increase in cross-border flows of personal data, taking into account the exchange of data between public entities, companies and people; all in the context of new technologies, the internet, globalization, the capitalist economy and the internal market of the European Union. In this sense, the protection of people and the right to data protection are directly related to the protection of privacy or the right to privacy. Thus, the traditional sources of civil law seek the dogmatic basis for the protection of these values in the face of the new technological reality and the new normative forecasts and the ways of reimbursing damages caused to the privacy of private life.

Keywords: REGULATION (UE) n°. 2016/679 - PERSONALITY RIGHTS - RIGHT TO RESERVE ON THE INTIMACY OF PRIVATE LIFE - PROTECTION OF PERSONAL DATA - INADIMPLEMENT.

SIGLAS E ABREVIATURAS:

Apud – citado por

BVerfGE – Bundesverfassungsgericht (“Tribunal Constitucional Federal”)

Cf. – conferir

ed. – edição

GG – Grundgesetz (“Lei Fundamental da República Federal”)

Op. cit. – opere citato (“a obra citada”)

p. – página

pp. – páginas

v.g. – verbi gratia (“por exemplo”)

vol. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O REGULAMENTO N.º. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	11
1.1 Perspectiva jurídico-legal: o desafio do Regulamento n.º. 2016/679 da União Europeia e a proteção de dados pessoais.....	11
1.2 Enquadramento histórico-legal do tratamento de dados na internet na Europa....	13
1.2.1 Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995.....	19
1.2.1.1 Dos princípios apresentados na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995	19
1.2.1.2 Dos direitos apresentados na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995	21
1.2.2 Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Junho de 2002.....	22
1.4 Diretiva (UE) 2016/680 e Diretiva (UE) 2016/681, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 27 de abril de 2016.....	29
1.5 Enquadramento jurídico-português do tratamento de dados na internet.....	30
2. DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA	34
2.1 Dos direitos da personalidade – breve perspectiva histórica	35
2.2 Características do direito da personalidade.....	36
2.2.1 Inato	36
2.2.2 Absoluto.....	37
2.2.3 Intransmissível	39
2.2.4 Parcial indisponibilidade.....	42
2.2.5 Irrenunciabilidade	43
2.2.6 Extrapatrimonialidade.....	44
2.3 Dignidade da pessoa humana	45
2.4 Do direito geral de personalidade	47
2.4.1 Do direito geral de personalidade em Portugal	50
2.5 Dos direitos especiais de personalidade.....	51
2.5.1 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: a privacidade	52
2.5.1.1 Crítica à teoria das três esferas	53
2.5.2 Direito à privacidade versus liberdade de expressão	56
2.5.3 O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.....	59
2.5.3.1 O surgimento do direito à privacidade e conseqüente origem do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada	59

2.5.3.2 O conteúdo e a abrangência do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.....	64
2.5.3.3 Limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.....	73
2.5.3.4 O direito à reserva da intimidade da vida privada e figuras afins.....	77
2.5.3.5 A evolução da tecnologia e das comunicações e a relação com a maior ocorrência de violações do direito à reserva da intimidade da vida privada.....	79
3. A TUTELA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA NO REGULAMENTO Nº. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA.....	82
3.1 Sociedade da informação – do direito a privacidade à identidade informacional.	82
3.2 O direito a ser esquecido como meio de tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada - previsão do artigo nº. 17º do Regulamento (UE) 2016/679.....	84
3.3 Outras formas de tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada no Regulamento	93
3.3.1 Princípios da transparência e minimização dos dados.....	93
3.3.2 O tratamento dos dados sensíveis	95
3.3.3 O direito de portabilidade	98
3.3.4 O direito de oposição	99
3.3.5 O tratamento relacionado à formação de perfis	100
3.3.6 Limitações impostas pelo Poder Público e medidas de segurança	101
3.3.7 Avaliação de impacto e a privacidade desde a concepção e como padrão ..	102
4. CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLENTO DAS NORMAS DISPOSTAS NO REGULAMENTO Nº. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA	104
4.1 A noção de responsabilidade civil.....	104
4.2 Modalidades de responsabilidade civil adequadas no Regulamento	107
4.2.1 Da responsabilidade contratual.....	107
4.2.2 Da responsabilidade extracontratual.....	108
4.2.2.1 Do consentimento no Regulamento	109
4.3.2 Da responsabilidade do responsável pelo tratamento e do subcontratante.....	112
4.2.4 Da responsabilidade conjunta de dois ou mais responsáveis pelo tratamento.....	115
4.3 Finalidades da responsabilidade civil.....	116
4.3.1 Finalidade ressarcitória	116
4.3.2 Finalidade preventiva.....	118
4.3.3.1 Critérios para fixação do valor indenizatório	123
CONCLUSÕES	127

INTRODUÇÃO

O presente estudo ocupa-se da tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada no âmbito do Regulamento n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Analisar o designado instrumento legislativo implica confrontar o direito à proteção dos dados enquanto direito de carácter pessoal e o significativo aumento dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais, considerando o intercâmbio de dados entre entidades públicas, empresas e pessoas singulares, tudo no contexto da evolução informática, novas tecnologias, internet, globalização, economia capitalista e mercado interno da União Europeia.

Neste sentido, a proteção da pessoa e o direito à proteção de dados tem uma direta relação com a proteção da privacidade ou com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. É, pois, necessário questionar a natureza desta privacidade no âmbito do tratamento de dados e de que forma é realizada a sua tutela jurídica. Há um direito de a pessoa ser esquecida? E haverá alguma relação da proteção de dados com os direitos de personalidade? A divulgação da informação depende do consentimento do titular dos dados?

Para uma resposta a estas e a outras perguntas iremos analisar, em primeiro lugar, o enquadramento do Regulamento n.º 2016/679 no contexto histórico-legal de outros instrumentos legislativos da União Europeia e do próprio ordenamento jurídico português, particularmente no que diz respeito ao tratamento e proteção de dados pessoais.

Em segundo lugar, caracterizaremos os direitos de personalidade, em geral e em especial, o que implicará considerar, por exemplo, o direito à reserva da intimidade sobre a vida privada, seu conteúdo, abrangência e demais questões relacionadas no contexto da privacidade a ser respeitada pelo responsável pelo tratamento.

Por fim, ficará uma abordagem à responsabilidade civil e às respetivas consequências do inadimplemento das normas dispostas no Regulamento n.º 2016/679 da União Europeia, quer no campo do Regulamento ou nas formas indemnizatórias tradicionais do direito civil.

1. O REGULAMENTO N.º. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

1.1 Perspectiva jurídico-legal: o desafio do Regulamento n.º. 2016/679 da União Europeia e a proteção de dados pessoais

O Regulamento n.º. 2016/679, originado do Parlamento e do Conselho Europeus, em 27 de Abril de 2016, aplicável a partir de 25/08/2018, trouxe um novo desafio para tutela dos direitos de personalidade, dentre eles o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, objeto deste estudo. De forma peculiar passa a disciplinar sobre o tratamento dos dados pessoais nos meios automatizados (parcial ou totalmente)¹ e sua respectiva proteção às pessoas singulares – inserido na problemática de que as relações virtuais não têm fronteiras e as informações podem rapidamente tomar grandes proporções, de forma positiva, trazendo grandes benefícios, e de forma negativa, eventualmente causando danos irreversíveis.

Com efeito, face à criação da Internet² e da *World Wide Web*³, no século XX, formou-se uma rede de espaços completamente nova, espaços eletrônicos que transcendem a realidade física das eras passadas. Relações de toda a natureza ganharam força neste espaço: pessoais, sociais, científicas, econômicas e políticas, que passaram a constituir o *ciberespaço*. Deste modo, a virtualização da sociedade promoveu uma verdadeira mudança de paradigma na ciência do direito, havendo uma ruptura com vastas consequências nos padrões estabelecidos e pensados anteriormente, reclamando novos princípios e direitos para a realidade virtual.

¹ Cf. artigo 2º, n.º. 1 do Regulamento (UE) 2016/679, *in verbis*: “o presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como o tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”.

² “A primeira rede de computadores, que se chamava ARPANET – em homenagem a seu poderoso patrocinador – entrou em funcionamento em 1º. de setembro de 1969, com seus quatro primeiros nós na Universidade da Califórnia em Los Angeles, no Stanford Research Institute, na Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e na Universidade de Utah”. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 9ª. ed, Tradução de Roneide Venâncio Majer, São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 83.

³ “A invenção da WWW deu-se na Europa, em 1990, no Centre Européen pour Recherche Nucleaire (CERN) em Genebra, um dos principais centros de pesquisas físicas do mundo. Foi inventado por um grupo de pesquisadores do CERN chefiado por Tim Berners Lee e Robert Cailliau”. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*, p. 83.

Por outro lado, novas formas de conflitos de interesses e disputas interpessoais surgem com a sociedade da informação, exigindo dos juristas uma normatização para o assunto e a criação de novos institutos que atendam às garantias fundamentais de cada indivíduo inserido neste contexto. O direito virtual forma-se a partir deste anseio, sendo necessária a elaboração de regras para os diversos fenômenos surgidos, nomeadamente o comércio eletrônico, os contratos eletrônicos, as relações de consumo na Internet, os direitos autorais, a propriedade intelectual, a incidência de tributos sobre os bens de circulação na rede, a compra e venda de valores mobiliários pela rede, a responsabilidade civil do responsável pelo tratamento dos dados, dentre outros.

Deve ser ainda considerado o fato de o ambiente virtual se ter tornado um mercado altamente lucrativo para os empreendedores, que por meio da utilização dos dados pessoais, dispostos na rede pelo próprio consumidor, definem o seu perfil e os conquistam com marketing direcionado. Efetivamente, é a superexposição a que os indivíduos estão sujeitos nas redes sociais, que atualmente são de rápido e fácil acesso em qualquer lugar no mundo, cujas fronteiras geográficas não existem mais, num novo mundo de relações interpessoais.

Tudo questiona sobre a atual perspectiva da tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada. Verificada ante a preocupação expressa pelo Parlamento e Conselhos Europeus na edição do Regulamento (UE) 2016/679 e das Diretivas que se seguiram. Será o Regulamento suficiente para proteger a pessoa singular, que se expõe voluntariamente, perante os eventuais danos indesejados que podem surgir na esfera da sua reserva de vida privada? Quais são os caminhos e as alternativas que surgem para melhor atender a garantia fundamental tão importante?

Em busca destas respostas é que se dá a presente pesquisa. Para melhor explicar sobre a problemática que envolve o assunto, abordaremos inicialmente o contexto histórico-legal em que se insere o Regulamento, com a análise da demais legislação que contribuiu para o embasamento da tutela da reserva da intimidade da vida privada.

1.2 Enquadramento histórico-legal do tratamento de dados na internet na Europa

A nova perspectiva do direito fundamental à proteção dos dados pessoais decorre de uma determinada evolução legislativa, diferente em cada país europeu. A autora Têmis Limberger, fazendo uma análise das quatro últimas décadas, classifica esta evolução em três gerações, que passamos a descrever ⁴.

A primeira geração⁵, originada na Alemanha, inaugura a proteção dos dados informatizados em 07/10/1970, com a lei *Land* Hesse, que previa a proteção para os dados informatizados de titularidade pública. Em 27/01/1977, a lei da República Federal Alemã, que substituiu a anterior, passou a regular os arquivos de utilidade pública e também privada. No mesmo período, a lei sueca de 11/05/1973, a dinamarquesa 18/06/1978 e a austríaca de 18/10/1978, passaram a disciplinar a matéria⁶, esta última já do período de transição.

A segunda geração⁷ passou a ter uma preocupação maior com a tutela dos direitos fundamentais envolvidos nas relações das comunicações virtuais, embora tenha sido menos rigorosa com a criação de arquivos. A lei francesa de 06/01/1978 contribuiu de forma significativa para o âmbito jurídico de proteção de arquivos informatizados com a criação da Agência Nacional de proteção de dados, cujo organismo de controle tinha o objetivo de garantir a segurança e o resguardo da informação pessoal⁸. A lei suíça de 1981, da Islândia de 26/05/1981 e a de Luxemburgo de 30/03/1979, também contribuíram para esta fase histórica⁹.

Em 28 de Janeiro de 1981, o Conselho da Europa aprovou a Convenção n.º 108 com o objetivo de proteger as pessoas singulares em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais, sendo o primeiro instrumento internacional vinculativo que tratava a

⁴ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano VIII, 2011, pp. 267-292.

⁵ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 277

⁶ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 277.

⁷ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 278.

⁸ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 277.

⁹ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 277.

matéria, conforme previsto no artigo 1º. da Convenção¹⁰. Cuidou do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, concedendo atenção especial à vida privada. Por exemplo, já havia previsão da recolha e tratamento adequado dos dados pessoais, sem arbitrariedades, de forma leal e lícita, garantindo a sua utilização segura para as finalidades consentidas¹¹. E preocupou-se também com a categoria de dados especiais, chamados “dados sensíveis”, no artigo 6º. da Convenção¹². Esses só poderiam ser submetidos a tratamento automatizado mediante previsão legal dos Estados-Membros do Conselho da Europa, especificando as garantias adequadas e necessárias ao resguardo da integridade personalidade humana, inclusive no que concerne aos dados pessoais advindos das condenações penais.

Na mesma altura, a Comissão Europeia, em 29 de julho de 1981, aprovou uma recomendação para os Estados Membros da União Europeia com vista à “proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal” (81/679/CEE)¹³. Dentre outros, há uma forte recomendação de que a proteção dos dados é uma componente necessária da proteção do indivíduo¹⁴, e reconhece a natureza de direito fundamental dessa proteção.

A terceira geração¹⁵ começa com a Convenção de Strasburg de 28/01/1981, caracterizada pela unificação do direito europeu, que teve como objetivo a garantia dos

¹⁰ Artigo 1º. da Convenção nº. 108 do Conselho Europeu, *in verbis*: “A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (‘protecção dos dados’)”.

¹¹ Nos termos do artigo 5º. da Convenção nº. 108 do Conselho Europeu, *in verbis*: “Qualidade dos dados - Os dados de carácter pessoal que sejam objecto de um tratamento automatizado devem ser: a) Obtidos e tratados de forma leal e lícita; b) Registados para finalidades determinadas e legítimas, não podendo ser utilizados de modo incompatível com essas finalidades; c) Adequados, pertinentes e não excessivos em relação às finalidades para as quais foram registados; d) Exactos e, se necessário, actualizados; e) Conservados de forma que permitam a identificação das pessoas a que respeitam por um período que não exceda o tempo necessário às finalidades determinantes do seu registo.

¹² Dados sensíveis, expressados no artigo 6º. da Convenção nº. 108, são “Os dados de carácter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados de carácter pessoal relativos à saúde ou à vida sexual, só poderão ser objecto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas. O mesmo vale para os dados de carácter pessoal relativos a condenações penais”.

¹³ Recomendação da Comissão de 29 de Julho de 1981 relativa a uma convenção do Conselho da Europa para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal.

¹⁴ Recomendação da Comissão de 29 de Julho de 1981 relativa a uma convenção do Conselho da Europa para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal.

¹⁵ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 278.

direitos sem impedir o desenvolvimento do setor informático. Também tem como característica a previsão da matéria nas Constituições de alguns Estados europeus e pela perspectiva de um direito unificado.

Contributo importante adveio da Alemanha, numa decisão do Tribunal Constitucional, em 1983, que anulou parcialmente a Lei do Censo da população de 1982 e extraiu do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade “a faculdade de cada indivíduo de dispor principalmente sobre a revelação e o uso de seus dados pessoais, para a proteção em função da autodeterminação informativa¹⁶”. A Lei do Censo aprovada pelo Parlamento Federal Alemão, em 1982, previa a ampla coleta de dados dos cidadãos alemães, num total de 160 perguntas, compelindo-os à resposta sob pena de sanção pecuniária de alta monta; e os dados coletados teriam como objetivo estabelecer padrões estatísticos e o desenvolvimento das atividades administrativas não especificadas em lei.

A submissão da Lei à apreciação do Tribunal Constitucional Federal Alemão pretendia buscar uma declaração judicial que impedisse a transformação da Alemanha em um “Estado de Vigilância¹⁷”. E apesar da lei alemã não conter à época a expressa previsão do direito fundamental de o indivíduo opor-se ao uso não consentido do tratamento dos seus dados pessoais ou da comunicação destes, não impediu de o Tribunal reconhecer a existência de um direito constitucional e a respectiva tutela desses interesses.

Assim, o conceito de autodeterminação informativa¹⁸ passou a ser declarado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, na decisão citada, através da aplicação das normas dos artigos 1º. e 2º. da Constituição Alemã que versam sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos de liberdade. Ou seja, permitindo que tal direito fosse oponível em face do Estado.

¹⁶ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 278.

¹⁷ Estado de vigilância era aquele que se pretendia uma grande burocracia organizada em que o controle da informação substitui o emprego da força física em decorrência do monopólio das informações que o Estado controla, o que poderia abalar as garantias próprias do Estado de Direito.

¹⁸ “A autodeterminação informativa é entendida como controlo sobre informação relativa à pessoa. Consiste no interesse e impedir ou em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou, simplesmente, a circulação de informação sobre a pessoa, isto é, sobre factos, comunicações ou situações relativas (ou próximos) ao indivíduo, e que previsivelmente ele considere como íntimos, confidenciais ou reservados”. Citado por Têmis Limberger no artigo citado no item 4, *apud* MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. “A proteção da vida privada”. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXVI, 2000, p. 164.

Neste contexto, a denominada teoria das três esferas, serviu para, num primeiro momento, permitir a gradação e a formação de elenco de dados que se situam em determinada esfera. Identificaram-se, desse modo, as esferas pública, privada e íntima, inserindo-se nesta última os dados sensíveis¹⁹. Contudo, a teoria foi considerada pelo Tribunal Alemão insuficiente para a tutela da proteção da privacidade ante a prática da coleta de dados, entendendo que o elenco de dados (sensíveis) não resguardaria adequadamente o indivíduo diante da nova realidade tecnológica. Procurou-se, então, um desenvolvimento da ideia de autodeterminação informativa, no momento de elaboração das informações pessoais e na necessidade de uma resposta jurídica às questões relacionadas.

Com efeito, no exercício da autodeterminação informativa, o indivíduo passa a exercer um controle muito maior sobre o recolhimento, a divulgação e a utilização de seus dados pessoais. Aliás, o indivíduo é apenas limitado pelo interesse público, ponderado à luz do princípio da proporcionalidade. A decisão neste sentido acabou por concluir que a restrição do direito de liberdade do indivíduo pode acarretar a limitação do exercício de outros direitos fundamentais, o que não deveria suceder²⁰. Foi dado início ao trabalho de aperfeiçoamento da lei federal anterior, culminando na aprovada em 20/12/1990, que teve como objetivo a proteção dos dados pessoais contra quaisquer lesões aos direitos das pessoas.

Neste sentido, as legislações dos Estados-Membros da Comunidade Europeia, à época, passaram a convergir em relação à proteção de dados pessoais, e a autodeterminação informativa passou a ter uma proteção jurídica eficiente neste âmbito geográfico. Com as Diretivas da União Europeia e as próprias legislações nacionais,

¹⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015, pp. 480-481.

²⁰ Aquele que tem insegurança acerca de se o seu modo comportamental desviante seja a todo momento registrado, e como informação, ao longo do tempo armazenado, utilizado ou disponibilizado a terceiros, tentará não incidir em tal modo comportamental. Aquele que parte do pressuposto de que, por exemplo, a participação em uma reunião ou em uma iniciativa do exercício de cidadania seja registrado por um órgão público, e que a partir dessas atividades possam lhe advir riscos, provavelmente abdicará do exercício dos direitos fundamentais relativos a essas atividades. Do original: "*Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten*". *BVerfGE* 65, 1 (43).

instrumentos de manejo em tema de proteção de dados pessoais, o direito à autodeterminação informativa passou a identificar-se com a proteção de dados pessoais.

De referir, neste período, a lei do Reino Unido de 12/07/1984, a lei alemã de 20/12/1990 e a primeira lei de Portugal de 20/04/1991, modificada pela de 26/10/1998, que transpôs a então surgida Diretiva 95/46 do Conselho Europeu. A primeira lei espanhola que disciplinou a matéria foi a de 31/10/1992, revogada pela Lei Orgânica de Proteção de Dados – LOPD – Lei nº. 15 de 13/12/1999 de 13/12/1999, a partir da qual se pretendeu a adequação ao comando da Diretiva Comunitária²¹.

A novidade apresentada por esta foi a ampliação do objeto da tutela, então restrita à proteção da honra e intimidade pessoal e familiar dos cidadãos, ante o tratamento de dados. As inovações foram a inclusão de todos os bancos de dados, informatizados ou não, no âmbito de proteção da lei, e a proteção do tratamento de dados pessoais em relação à liberdade pública de gestão e dos direitos fundamentais envolvidos, com enfoque na esfera da intimidade.

Diga-se, também, que a influência da Diretiva 95/46 na Itália se deu com a promulgação da Lei nº. 675, de 31/12/1996²². A intenção não foi apenas adequar os rumos da legislação de acordo com a disposição comunitária, mas colocar a pessoa, singular ou coletiva, no centro do ordenamento, promovendo garantias específicas no setor informático. Esta lei pode ser dividida em duas partes, quais sejam: uma para o setor público, relativa à liberdade de iniciativa econômica e ao bom funcionamento da Administração com a proteção dos direitos dos administrados; e outra para o setor privado, para pessoa singular ou coletiva, que prevê o direito à intimidade, à identidade pessoal, o respeito à liberdade fundamental e à dignidade humana.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²³, firmada em 07 de Dezembro de 2000, chamada de Carta de Nice, também influenciou a terceira geração, ao

²¹ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...), p. 278.

²² Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...), p. 279.

²³ O Tratado Instituidor da União Europeia, em seu artigo 286º., já previa, *in verbis*: “1. A partir de 1 de Janeiro de 1999, os actos comunitários relativos à protecção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados serão aplicáveis às instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele. 2. Antes da data prevista no nº. 1, o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º., criará um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar

reunir em um só documento os direitos fundamentais consagrados tradicionalmente nas Constituições dos países Membros. No artigo 7º. previu o respeito pela vida privada e familiar e no artigo 8º. a proteção dos dados pessoais²⁴. O que cancelou para a proteção de dados pessoais o caráter autônomo, que passou a ser visto não só como uma forma de lesão à intimidade²⁵.

No fundo, a declaração contida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia acompanhou o raciocínio do julgando do Tribunal Constitucional Alemão e das Constituições de Portugal e Espanha, consagrando o direito à autodeterminação informativa.

Como é sabido, em 13/12/2007 foi firmado no Mosteiro dos Jerônimos o Tratado de Lisboa, que reformou o funcionamento da União Europeia com a adesão de 27 Estados (em alteração ao Tratado da União Europeia) e tornou a Carta dos Direitos Fundamentais juridicamente vinculativa aos países comunitários – com exceção das reservas apostas pelo Reino Unido e Polónia, relativamente a alguns dispositivos que instituem direitos sobre a proteção dos dados pessoais. A aderência traduz-se numa vitória majoritária ao novo direito fundamental que tutela a proteção dos dados pessoais, previsto no artigo 16-B do Tratado²⁶.

Seguidamente adveio o Regulamento nº. 2016/679 e as novas Diretivas 2016/680 e 2016/681, que trataremos de forma pormenorizada mais adiante.

a aplicação dos citados “actos comunitários às instituições e órgãos da Comunidade e adoptará as demais disposições que se afigurem adequadas”.

²⁴ Artigo 8º. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *in verbis*: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; (2) Não pode haver ingerências de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver 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 econômico do país, a defesa da ordem e prevenção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

²⁵ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 276.

²⁶ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz (...). p. 277.

1.2.1 Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995

A necessidade de harmonização do mercado europeu e de proteção dos dados pessoais, cada vez mais utilizados nas relações comerciais, promoveu a regulamentação da matéria pelo Parlamento e Conselho Europeus. Neste contexto surgiu a Diretiva nº. 95/46/CE, que teve como modelo a Convenção nº. 108 do Conselho da Europa. A directiva foi adotada em 24 de Janeiro de 1995, com a adesão dos 28 Estados-Membros, tendo sido ratificada em Portugal pela Lei nº. 67/98, de 26 de outubro. E teve dois objetivos principais: proteger o direito fundamental à proteção de dados e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros.

Em particular, a diretiva abordou o tratamento de dados através de ficheiros²⁷, com a referência a “meios total ou parcialmente automatizados”, acabando por abranger os dados feitos por meio informáticos²⁸. Inovou também com princípios e direitos. A importância do seu estudo reside no fato de o atual Regulamento (UE) 2016/679 ter englobado a matéria tratada nesta Diretiva, com idênticos direitos e base principiológica, contudo ampliando a proteção conferida às pessoas singulares.

1.2.1.1 Dos princípios apresentados na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995

Para melhor proteção dos dados pessoais em face do tratamento e do uso abusivo a que poderiam ser acometidos, a diretiva estabeleceu um conjunto de princípios reguladores

²⁷ Tratamento de dados pessoais, nos termos do Artigo 2º. (Definições) da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, *in verbis*: “Para efeitos da presente directiva, entende-se por: b) «Tratamento de dados pessoais», qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”.

²⁸ Artigo 3º. da Diretiva 95/46, *in verbis*: “o tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como o tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados”.

do tratamento dos dados pessoais, automatizados ou não, que podem ser aplicados ao responsável pelo tratamento²⁹. Ora, vejamos.

Em primeiro lugar, o princípio de base para o regime de proteção de dados é o princípio do consentimento, uma vez que o tratamento depende do consentimento inequívoco do titular dos dados, conforme expressamente previsto no artigo 7º. da diretiva citada.

Em segundo lugar, o princípio da lealdade e da licitude implicam o conhecimento do tratamento dos dados e a obediência a todas as normas nacionais, europeias e internacionais por parte do responsável pelo tratamento. Isso deve acontecer assim que se der a recolha dos dados, devendo ser explicado o tratamento a que os dados serão submetidos, sua finalidade, os destinatários a quem os dados vão ser comunicados e o caráter facultativo ou não das respostas nas escolhas dos dados pessoais. Deve, também, ser informado o titular dos dados, neste momento, seus direitos, incluindo o de acesso e de retificação.

Em terceiro lugar, o princípio da qualidade dos dados determina que os mesmos devem ser adequados, pertinentes ou não excessivos em razão das finalidades do próprio tratamento. Têm que ser exatos, devendo ser atualizados ou corrigidos sempre que se mostrem inexatos ou incorretos. E os dados deverão ser conservados de forma a identificar o seu titular somente no período necessário.

Em quarto lugar, o princípio da finalidade determina que os dados recolhidos sejam tratados para as finalidades determinadas no momento de sua recolha, devendo a finalidade ser explícita e legítima.

Por último, o princípio da não interconexão impõe a obrigação de a entidade responsável pelo tratamento não comunique os dados pessoais recolhidos a entidades que não realizem as mesmas finalidades³⁰.

²⁹ Responsável pelo tratamento, nos termos do Artigo 2º. (Definições) da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, *in verbis*: “d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios de tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário”.

³⁰ A interconexão de dados está sujeita a autorização, no caso português a CNPD, a autoridade portuguesa de supervisão relativamente à matéria de proteção de dados pessoais, exceto quando a interconexão seja prevista em disposição legal.

O não cumprimento dos princípios citados poderia resultar em sanções, conforme previsão do artigo 24º. da Diretiva nº. 95/46³¹. E nas penalidades previstas no artigo 38º. da LPDP, que previa coima mínima de 498,80 € e máxima de 4.998 € às entidades que não cumprissem obrigações relativas ao tratamento de dados pessoais.

1.2.1.2 Dos direitos apresentados na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995

Outro contributo da Diretiva foi a atribuição de diversos direitos ao titular dos dados, quais sejam: direito de informação, de acesso, de retificação e de oposição. Dissertamos brevemente sobre eles, pois serão abordados com mais ênfase no decorrer deste trabalho.

O direito de informação, em razão da sua relevância, merecerá um tópico autônomo, onde trataremos suas três vertentes. Contudo, resumidamente, nesse contexto, concede ao titular dos dados: (1) o direito de conhecer os dados que serão recolhidos e a sua pertinência; (2) o direito de saber quem são os destinatários a quem os dados vão ser comunicados e as finalidades da recolha e a sua pertinência; (3) e o direito de saber a identificação do responsável pelo tratamento dos dados e de seu representante, caso houver.

O direito de acesso é o direito de obter do responsável pelo tratamento informações os próprios dados pessoais. O titular pode assim exigir o seu conhecimento, com presteza e sem encargos excessivos, se os dados estão sendo objeto de tratamento e, em caso positivo, para qual finalidade, qual a categoria de dados que são objeto de tratamento, a que destinatários serão remetidos e qual a origem dos dados. A comunicação destas informações por parte do responsável pelo tratamento deve ser de fácil acesso. Sendo o tratamento realizado de forma automática, deve-se dar conhecimento sobre a lógica subjacente a esse tratamento.

³¹ Artigo 24º. Sanções da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, *in verbis*: “Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para assegurar a plena aplicação das disposições da presente diretiva a determinarão, nomeadamente, as sanções a aplicar em caso de violação das disposições adotadas nos termos da presente diretiva”.

O direito de retificar, apagar ou bloquear é o direito do titular dos dados de realizar estes atos sempre que o tratamento dos mesmos não cumpra as regras previstas na Diretiva. De igual modo, quando não estejam exatos ou quando estiverem incompletos. Caso este direito seja exercido, o responsável pelo tratamento deve notificar terceiros, a quem os dados possam ter sido enviados, com as alterações realizadas – exceto se for impossível ou em esforço desproporcional.

Finalmente, o direito de oposição é aquele conferido ao titular de dados de se opor ao tratamento dos mesmos. A oposição pode se basear em razões preponderantes e legítimas relacionadas a particularidade do caso concreto. Da mesma forma, o titular poderá se opor ao tratamento para efeitos de “mala direta” (envio em larga escala).

1.2.2 Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Junho de 2002

O objetivo desta Diretiva foi regular o tratamento dos dados pessoais e a proteção da privacidade no âmbito das prestações de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público em redes de comunicações públicas. Sendo a Internet um serviço de comunicação eletrônica, pois consiste no envio de sinais através de redes de comunicações públicas, o tratamento de dados pessoais neste meio também está sujeito a esta Diretiva. Caso os dados não sejam tratados no âmbito de uma rede pública, a diretiva aplicável ao caso seria a Diretiva 95/46/CE, uma vez que há apenas acesso a uma rede privada. Da mesma forma, a Diretiva 2002/58/CE só se aplica aos dados tratados no âmbito de prestações de serviço de comunicação eletrônica³².

Como garantia da privacidade aos utilizadores da Internet, a Diretiva 2002/21/CE regulou o período de conservação dos dados recolhidos no âmbito das comunicações eletrônicas: dados de tráfego e de localização. Os dados de tráfego, conforme artigo 15º. da Diretiva 2002/21/CE, são os relativos “ao encaminhamento, à duração, ao tempo e ao volume de uma comunicação, ao protocolo utilizado, à localização do equipamento

³² Cf. artigo 2º. al. c) da Directiva 2002/21/CE, *in verbis*: “«Serviço de comunicações electrónicas», o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, excluindo os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações electrónicas; excluem-se igualmente os serviços da sociedade da informação, tal como definidos no artigo 1º. da Directiva 98/34/CE que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas”.

terminal do expedido ou do destinatário, à rede de onde provém ou onde termina a comunicação, ao protocolo utilizado, à localização do equipamento terminal do expedido ou do destinatário, à rede de onde provém ou onde termina a comunicação, ao início, fim ou duração de uma ligação”.

Por seu turno, os dados de localização são referentes à localização do utilizador, e nos termos do artigo 14.º da Diretiva 2002/21/CE podem incidir sobre “a latitude, a longitude e a altitude do equipamento terminal do utilizador, sobre a direção de deslocação, o nível de precisão da informação de localização, a identificação da cédula de rede em que o equipamento terminal está localizado em determinado momento e sobre hora de registo da informação de localização³³”.

Sendo que os dados de tráfego só podem ser conservados pelo período máximo necessário à efetivação da transmissão da comunicação, posteriormente deverão tornar-se anónimos ou eliminados. Contudo, observa-se que o conjunto de dados que incorporam os dados de tráfego podem ser armazenados e tratados para efeito de faturação, até quando a fatura puder ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.

Já os dados de localização só podem ser tratados se forem anónimos, por regra geral, embora o utilizador possa consentir na recolha e no tratamento destes dados. Devem ser mantidos e armazenados na medida do período necessário para a prestação de serviço de valor acrescentado.

Observa-se ainda que a diretiva 2006/24/CE, de 15 de Março de 2006, aumentou o prazo de conservação dos dados e de localização para o prazo compreendido entre 6 meses e 2 anos, nos termos do artigo 6º³⁴. Ainda assim, a legislação portuguesa que abarcou o assunto na Lei nº. 32/2008, de 17 de Julho, determinou o prazo máximo de 1 ano para a conservação dos dados, conforme o artigo 6º³⁵.

³³ Cf. artigo 14.º da Diretiva (UE) 2002/21/CE.

³⁴ Artigo 6.º da Diretiva (UE) 2006/24/CE, *in verbis*: “Períodos de conservação - Os Estados-Membros devem assegurar que as categorias de dados referidos no artigo 5.º sejam conservadas por períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação”.

³⁵ Artigo 6.º Lei nº. 32/2008, *in verbis*: “Período de conservação: As entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º devem conservar os dados previstos no mesmo artigo pelo período de um ano a contar da data da conclusão da comunicação”.

1.3 Inovações do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016

O Regulamento (UE) 2016/679 adveio da necessidade atual de conferir uma maior proteção aos dados pessoais disponibilizados, conseqüentemente, à privacidade dos envolvidos. Neste sentido, o Regulamento não apenas abrangeu a matéria tratada na Diretiva nº. 95/46/CE, como ampliou seus contornos, pois o objetivo deixou de ser exclusivamente a construção de um mercado único (conforme pensado), mas passou a ser assegurar a livre circulação da informação pessoal, harmonizando a transferência dos dados pessoais na União Europeia. Assim, buscou trazer maior confiança aos titulares dos dados, pessoas singulares, nos serviços disponibilizados na Internet, promovendo uma amplitude na proteção à sua privacidade. E tendo em vista que a evolução tecnológica possibilitou às entidades públicas e privadas uma maior recolha e tratamento de dados no exercício das suas atividades e competências.

Por outro lado, mais além da permissão de invasão de privacidade baseada no fator segurança nacional, temos a vertente econômica que passou a vista neste contexto do tratamento de dados. O crescente número de utentes e a formação de perfis, baseados nas informações disponibilizadas na rede pelo próprio titular dos dados, passou a ser material de grande valia para muitas empresas. Fato que não pode ser desconsiderado quando da proteção conferida pelo Regulamento.

Vejamos, então, alguns importantes pormenores.

Desde logo, dos novos princípios trazidos pelo Regulamento, com a finalidade já comentada, temos o princípio da transparência: nos termos do artigo 12º., as regras de tratamento de dados pessoais devem ser dispostas de “forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples³⁶”. Mas o artigo 5º chama também à colação o princípio da responsabilidade daquele que trata os dados, dispondo que o responsável pelo tratamento deve cumprir todas as regras inerentes à própria atividade e deve ter comprovação disso, sob pena de responsabilização³⁷.

³⁶ Cf. artigo 12º. do Regulamento (UE) 2016/679.

³⁷ Ou seja, nos termos do artigo 5º. do Regulamento (UE) 2016/679 - “princípios relativos ao tratamento dos dados pessoais” - fica responsável por dar aos dados pessoais tratamento lícito, leal e transparente, em relação ao titular dos dados; para proceder a recolha para as finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; dar tratamento adequado, pertinente e limitado ao que é necessário para a finalidade que se destina o tratamento; os dados

Na verdade, o Regulamento dá uma margem discricionária para que os Estados-membros possam manter ou aprovar disposições mais específicas sempre que não exista o ato delegado aprovado. Como sucede nos casos previstos nos artigos 9.º n.º 2, 14.º n.º 7, 17.º n.º 3, al. b), 22.º n.º 4, 26.º n.º 5, 31.º n.º 5, 33.º n.º 6, 34.º n.º 8, 35.º n.º 2, 43.º n.º 3, 81.º n.º 3.

Verifica-se, contudo, que há um excesso de delegação para os Estados-membros, conforme observa Alexandre Sousa Pinheiro³⁸, podendo ser explicado pela maior facilidade em aprovar um ato delegado de alteração do que em alterar o próprio regulamento comunitário.

No que se refere ao consentimento, o Regulamento, de forma expressa, dispõe o consentimento explícito como regra, considerando a validade do consentimento do titular dos dados. O que pressupõe uma manifestação de vontade livre, específica, informada e explícita, pela qual a pessoa em causa aceita, mediante uma declaração ou um ato positivo inequívoco, que os dados pessoais lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento. O ônus de provar que o titular dos dados deu seu consentimento livre e esclarecido é do responsável pelo tratamento de dados, bem como demonstrar que foi devidamente informado quanto às vantagens, desvantagens e consequências, assim como as finalidades específicas desta recolha e tratamento de dados. É importante ainda demonstrar que o consentimento foi prestado no contexto de uma declaração escrita que lhe diz respeito, e não outra distinta³⁹.

Note-se que são apresentados no artigo 4.º do Regulamento novos conceitos e definições para a legislação comunitária referente à proteção e dados, nomeadamente em relação ao titular dos dados, à violação dos dados pessoais, aos dados genéticos, aos dados biométricos, aos dados relativos à saúde, ao estabelecimento principal, ao representante, à empresa, ao grupo de empresas, às regras vinculativas para as empresas, à criança e à autoridade de controle.

pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, em relação à finalidade do tratamento sejam retificados ou apagados sem demora; conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para os quais são tratados; devem ser tratados de forma a garantir a segurança dos dados pessoais, incluindo a proteção contra seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas.

³⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 671.

³⁹ Cf. Regulamento (UE) 2016/679.

No que diz respeito aos princípios, o Regulamento mantém os apresentados na Diretiva 95/46/CE, dedicando ao Capítulo II, artigos 5º. ao 11º., referentes à matéria. Fica ainda demonstrado no Regulamento a necessidade de a informação ser disponibilizada de forma clara, correta e acessível, simples e perceptível, adaptada à pessoa em causa, titular dos dados. As informações devem ser transparentes e compreensíveis.

É consagrado também o direito de informação dos titulares dos dados designadamente quanto aos destinatários, ao prazo de conservação dos dados e à comunicação a cada destinatário do tratamento dos dados quanto se referir a qualquer retificação ou apagamento.

Especificamente ao abrigo do disposto no artigo 9º., o Regulamento tem um cuidado especial em relação aos chamados “dados sensíveis”, proibindo o tratamento daqueles que se referem à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, ou à filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos e biométricos que possam identificar uma pessoa de forma inequívoca ou os dados relativos à saúde, vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa⁴⁰.

A responsabilidade pelo tratamento dos dados é ampliada no Regulamento, considerando a disponibilização ao titular dos dados de informações ao nível da identidade e do contato do responsável pelo tratamento, as suas finalidades, o período de conservação, o direito de apresentar queixas, quais são os destinatários dos dados e quaisquer informações que possa assegurar à pessoa em causa um tratamento leal. Além disso, o responsável pelo tratamento deve informar ao titular dos dados o carácter facultativo ou obrigatório de disponibilizar os dados pessoais e as consequências do não fornecimento.

Novidade surgida na proposta do Regulamento é o direito a ser esquecido ou ao apagamento dos dados, previsto no artigo 17º. O que nos parece ser um importante passo na defesa do direito à autodeterminação informativa. Mas também está previsto o direito de portabilidade dos dados que permite ao titular conhecer o exato conteúdo as informações que prestou – uma vez que lhe concede o direito de obter do responsável pelo tratamento dos dados uma cópia dos dados sujeitos a tratamento sob um formato eletrónico, e estruturado que lhe permita a sua utilização posterior⁴¹.

⁴⁰ Cf. artigo 9º. do Regulamento (UE) 2016/679.

⁴¹ TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a protecção de dados pessoais: uma visão futurista. Revista do Ministério Público, nº 135 julho-setembro, 2013, p. 94.

Outro direito conferido ao titular dos dados quanto ao tratamento dos dados pessoais, é o direito de oposição, que lhe permite, nas situações previstas no artigo 21º., opor ao tratamento, conforme já previsto na Diretiva 95/46. Contudo, se apresentar razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial⁴², pode ser afastado o direito de oposição. O que deve ser observado com muita cautela, uma vez que esta decisão por parte do responsável pelo tratamento poderia colocar em risco o direito e as liberdades fundamentais do titular⁴³. O direito de oposição também poderá ser exercido nos casos de comercialização dos dados, nos termos do artigo 21º, n.º. 2, devendo ser explicitamente comunicado ao titular dos dados, de forma compreensível, a faculdade de exercício do direito. O consentimento deve ser manifestado de modo autônomo e independente no que respeita à concreta possibilidade de comercialização dos dados, inclusive o que abrange a definição de perfis, na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta.

No que concerne às limitações, cuidou o Regulamento, no artigo 23º., afirmando que só podem ocorrer desde que respeitem a essência dos direitos e liberdades fundamentais, sendo uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática. Tudo de forma a assegurar diversos propósitos: a segurança do Estado; a defesa; a segurança pública; a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, ou a execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública; outros objetivos importantes de interesse público geral da União ou de um Estado-Membro, nomeadamente um interesse econômico ou financeiro; a defesa da independência judiciária e dos processos judiciais; a prevenção, investigação, detecção e repressão de violações da deontologia de profissões regulamentadas; uma missão de controle, de inspeção ou de regulamentação associada; a defesa do titular dos dados ou dos direitos e liberdades de outrem; e por fim a execução de ações cíveis.

Em relação à segurança, o Regulamento exige, quer no tratamento ou na recolha dos dados, medidas de especificidade técnica para a proteção dos direitos dos titulares.

⁴² Cf. artigo 21º. do Regulamento (UE) 2016/679.

⁴³ “Parece-nos que estamos aqui perante uma cláusula em branco limitativa do exercício de um direito fundamental que deve ser concretizada por forma a permitir uma correta ponderação dos interesses subjacentes a razões imperiosas e legítimas que justifiquem o afastamento de uma vertente (o direito de oposição) do direito fundamental a autodeterminação informativa”. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a protecção de dados pessoais (...), p. 99.

Cabe então ao responsável pelo tratamento assegurar e comprovar a adoção destas medidas em conformidade com o Regulamento, nos termos do artigo 24º. Sem se esquecer o respeito aos princípios atinentes à proteção de dados.

Segundo os conceitos de “privacy by design” e “privacy by default”, o cumprimento do quadro legal nesta matéria deve ser pensado inicialmente na escolha dos meios para proceder o tratamento, garantindo que apenas serão tratados os dados para as finalidades em causa e que a recolha não seja excessiva e o tempo de conservação não ultrapasse o necessário.

Por seu turno, outra inovadora medida é apresentada no Regulamento como “Avaliação de impacto sobre a proteção de dados e consulta prévia”, e descrita no artigo 35º., segundo o qual em todas as operações de tratamento que apresentem riscos específicos para os direitos e liberdades dos titulares de dados, em virtude de sua natureza, do seu âmbito, ou da sua finalidade, deverá ser feita uma avaliação de impacto das operações de tratamento – estabelecendo as situações em que são exigíveis autorização e consulta prévia ao tratamento dos dados. As avaliações de impacto estão no Regulamento como encargos imputáveis aos responsáveis pelo tratamento de dados.

Com efeito, em conformidade com Regulamento, o responsável pelo tratamento ou o subcontratante devem previamente realizar uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, examinando os mecanismos previstos para a assegurar, bem como as medidas e garantias a concretizar. A obrigação desta avaliação surge quando os dados que serão objeto de tratamento atingem a esfera da vida privada dos seus titulares ou quando se referem às pessoas vulneráveis descritas no Regulamento. Assim, tornam-se instrumentos fundamentais a avaliação de impacto sobre a proteção dos dados e a figura do encarregado para a proteção de dados, prevista na Seção 4.

Permanece, também, a necessidade de autorização prévia, obrigando o responsável pelo tratamento ou subcontratante a obter uma permissão da autoridade de controlo nacional, antes de proceder ao tratamento dos dados pessoais, quando as garantias adequadas se encontrem previstas em cláusulas contratuais estabelecidas com o destinatário dos dados.

Quanto ao âmbito de aplicação territorial, o Regulamento amplia a proteção de dados abrangendo empresas não instaladas na União Europeia, fixando que “pode ser realizada uma transferência de dados pessoais para um país terceiro ou uma organização

internacional se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegura um nível de proteção adequado⁴⁴”, nos termos do artigo 45º. do Regulamento.

O Regulamento tornou-se um importante passo para colocar os Estados-membros em condições análogas no que se refere à proteção de dados. Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer, tendo em vista as novas tecnologias da sociedade da informação e a adequação e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.4 Diretiva (UE) 2016/680 e Diretiva (UE) 2016/681, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 27 de abril de 2016

Seguidamente ao Regulamento, foi assinada a Diretiva (UE) 2016/680 de 27 de Abril de 2016, “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados”⁴⁵, que irá revogar a decisão-quadro 2008/977/JAI do Conselho a partir de 6 de maio de 2018. Denota-se que esta Diretiva sofreu forte influência da preocupação crescente na Europa da proteção contra o terrorismo, visto ainda que em datas próximas ocorreram os atentados de Paris (07/01/2015) e Bruxelas (22/03/2016). Contudo, preocupa-se em dispor que “os princípios e regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade e ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, particularmente o direito à proteção dos dados pessoais⁴⁶”.

Já a Diretiva (UE) 2016/681, de 27 de Abril de 2016, com a mesma preocupação, prevê “a utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave”⁴⁷. Sendo que o “o tratamento de dados pessoais deverá ser

⁴⁴ Cf. artigo 45º. do Regulamento (UE) 2016/679.

⁴⁵ Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

⁴⁶ Cf. Diretiva (UE) 2016/680.

⁴⁷ Cf. Diretiva (UE) 2016/680.

proporcionado em relação aos objetivos específicos de segurança visados pela presente diretiva⁴⁸».

Assim, verifica-se que estas diretivas tutelam situações específicas e somente permitem o tratamento dos dados em determinados contextos. Há, portanto, um cuidado para que o direito à privacidade seja preservado, enquanto garantia fundamental.

1.5 Enquadramento jurídico-português do tratamento de dados na internet

Há disposições importantes no ordenamento jurídico português a respeito da proteção dos dados pessoais.

Foi instituída a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) por meio da Lei nº. 43/2004, de 18 de Agosto, com poderes de Autoridade Nacional de Controle de Dados Pessoais, atuando junto com a Assembleia da República Portuguesa. Tem como atribuição controlar e fiscalizar o tratamento de dados pessoais, internamente e em cooperação com outros Estados, visando sempre garantir a dignidade da pessoa humana⁴⁹. E também serão executados pela comissão o direito de acesso, retificação ou supressão dos dados pessoais, e suas decisões passam a ter força vinculativa, podendo ser objeto de reclamação e recurso perante ao Tribunal Central Administrativo, nos tribunais judiciais competentes ou nos tribunais de pequenas instâncias criminais⁵⁰.

A importância desta Comissão reside no fato de garantir a autodeterminação informativa e promover o respeito pelos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Alguns países sofreram mudanças de regime político, o que lhes permitiu a reformulação de suas cartas fundamentais, onde começou se a observar certa tendência em considerar os problemas relacionados à informática e à informação pessoal a nível constitucional. Assim aconteceu com a Constituição espanhola⁵¹ e a portuguesa, tendo esta inserido em seu texto uma referência expressa à proteção de dados⁵².

⁴⁸ Cf. Diretiva (UE) 2016/680.

⁴⁹ Comissão Nacional de Proteção de Dados. [Consult. 01/04/2017]. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso: 05/05/2017.

⁵⁰ Comissão Nacional de Proteção de Dados.

⁵¹ A Constituição Espanhola de 1978 contém os seguintes dispositivos: Art. 18. – [...] 4. *La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.* [...] Art. 105. – [...] b) *La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los*

Assim, no artigo 35º. da Constituição da República Portuguesa está consagrada a proteção dos dados pessoais. Pode ser classificado como um especial direito de personalidade, vez que tem o objetivo de proteger o cidadão dos perigos que o uso da informática pode causar em sua privacidade, mais ainda quando se fala em dados pessoais e o seu tratamento. É garantido no referido artigo o direito à informação sobre dados pessoais (conhecer, aceder e saber os fins para que são destinados os dados pessoais), direito de retificação, atualização dos dados e ainda de apagamento dos mesmos.

Por outro lado, o direito de reserva da intimidade na vida privada e familiar foi consagrado no artigo 26º, nº. 1 da Constituição.

Neste escopo, a Constituição portuguesa consagra um leque de direitos fundamentais que trata o utilizador como pessoa em si e não como mero objeto de informações. Sendo pioneira, em sua versão original, sobre a matéria, influenciando a legislação de proteção dados na Europa⁵³.

Vale observar que o Registo Nacional de Identificação é anterior à própria Constituição de 1976, por meio da Lei nº. 2/73, de 10 de fevereiro, que foi regulamentada e organizada pelo Decreto-lei 555/73, de 26 de outubro. Foi uma iniciativa legislativa importante no que se refere ao tratamento dos dados pessoais. Contudo, pode-se dizer que, à data, não houve o necessário cuidado quanto à salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo em setembro de 1974 o Registo Nacional de Identificação suspenso por meio de resolução.

archivos y registros ad- ministrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

⁵² A Constituição Portuguesa de 1976 dispõe sobre a utilização da informática nos sete incisos de seu artigo 35: “Artigo 35. (Utilização da informática) 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

⁵³ Neste sentido, GOMES CANOTILHO defende que vários direitos consagrados no artigo 35º. incorporam este direito à autodeterminação informacional, permitindo que o cidadão tenha controle sobre seus dados. *in* GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 551.

Por seu turno, a proteção da privada ficou aos cuidados da Lei nº. 3/73, de 5 de Abril, que promulgou várias medidas a respeito da intimidade da vida privada, e que para muitos doutrinadores influenciou o constituinte de 1976⁵⁴.

A Constituição portuguesa sofreu à época, ainda, a influência da jurisprudência alemã, que previu inicialmente o direito à autodeterminação informacional⁵⁵ como uma garantia do direito geral de personalidade⁵⁶. Contudo, a Lei Fundamental da República Federal Alemã não consagrou explicitamente o direito à proteção de dados pessoais, mas protege-o a partir da dignidade da pessoa humana e do direito geral da personalidade.

Na verdade, o direito à autodeterminação informacional pode ser apresentado em uma dupla dimensão: a proteção (negativo), que tem por objeto impedir a ingerência do Estado e de entes privados, possibilitando ao indivíduo impedir o tratamento ou mesmo o acesso a seus dados pessoais; e a liberdade (positivo), que prevê a possibilidade do indivíduo determinar o uso de suas informações pessoais.

A Diretiva 95/46/CE foi transposta para a legislação portuguesa por meio da Lei nº. 67/98, de 26 de Outubro, denominada Lei da Proteção dos Dados Pessoais. Teve como princípios gerais a transparência e a privacidade, com intuito de resguardar os direitos, liberdades e garantias fundamentais. Define a referida Lei como será o tratamento dos dados pessoais consoantes os princípios apresentados na diretiva, especialmente no que se refere aos dados sensíveis. Ratifica a proibição prevista no artigo 35º. da Constituição da República Portuguesa de 1976, no que concerne à vida privada e a origem, as convicções

⁵⁴ Cf. Lei nº. 3/73. BASE I - 1. Será punido com prisão até um ano e multa correspondente aquele que, sem justa causa e com o propósito de devassar a intimidade da vida privada de outrem: a) Intercepte, escute, registre, utilize, transmita ou divulgue, sem consentimento de quem nela participe, qualquer conversa ou comunicação particular; b) Capte, registre ou divulgue a imagem de pessoas ou de seus bens, sem o consentimento delas; c) Observe, às ocultas, as pessoas que se encontrem em lugar privado. 2. Quando o agente utilizar instrumento especialmente adequado à prática da infracção, a pena será a de prisão e multa correspondente. BASE II - 1. Será igualmente punido com prisão até um ano e multa correspondente aquele que, devassando sem justa causa a intimidade da vida privada de outrem e sem o seu consentimento, forneça elementos a um ficheiro, base ou banco de dados, gerido por computador ou por outro equipamento fundado nos princípios da cibernética. 2. As mesmas penas serão aplicadas àquele que fizer uso dos elementos referidos no número anterior para fins não consentidos por lei.

⁵⁵ A autodeterminação implica “saber para agir”: assim o indivíduo só terá liberdade para agir se tiver conhecimento suficiente para saber se deve agir ou não. Deste modo, a autodeterminação informacional implica que o indivíduo possa conhecer que dados foram divulgados, quando e a que destinatários, para que possa agir em conformidade para os proteger. Quando o indivíduo não conseguir determinar que informações foram divulgada e a quem, não poderá exercer o controle de segurança, afetando sua liberdade de decisão. [Consult. 01/04/2017]. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/169617/lei-3-73-de-5-de-abril>.

⁵⁶ O caso da Lei do Censo de 1950 (BVGREFGE 65,1) que se refere ao recenseamento de 1950 que previa que os dados recolhidos na realização de um censo, além de permitirem conhecimento do crescimento da população e da sua distribuição espacial, seriam comparados com registros públicos e transmitidos à repartições públicas, estaduais e municipais para fins de execução administrativa.

ideológicas, e enfatiza os dados relativos à saúde, genética e vida sexual. Como elemento primordial à proteção dos dados sensíveis têm-se o consentimento.

No que concerne aos direitos dos titulares dos dados, a lei dispõe o direito à informação no artigo 10º, com ênfase na identificação do responsável pelo tratamento dos dados, possibilitando ao titular o direito de acesso às informações, retificações e atualizações, nos termos do artigo 11º. O direito de oposição do titular dos dados está previsto no artigo 12º., para que não incida o tratamento aos dados pessoais que possam gerar danos ao titular e podendo se opor ainda à publicação destes dados.

A Lei nº. 103/2015, de 24 de Agosto, promoveu um acréscimo à citada Lei nº. 67/98, aditando o artigo 45º. A, que refere a inserção de dados falsos. Estabelece pena de prisão de até dois anos ou multa para o autor do fato ou para quem facilitar a inserção dos dados falsos, com a intenção de obter vantagem indevida ou causar prejuízo a outrem. Sendo que, comprovado o prejuízo, a pena pode ser dobrada⁵⁷.

São estas as mais importantes leis em Portugal sobre a matéria⁵⁸, não esquecendo que, enquanto Estado-membro da União Europeia, o Regulamento 2016/679 e as Diretivas (UE) 2016/680 e 2016/681, citadas anteriormente, não podem ser ignoradas.

⁵⁷ Lei nº. 103/2015.

⁵⁸ Insta salientar que outras disposições se referem à proteção dos dados pessoais em Portugal, são elas: Lei nº. 2/94 – que estabelece os mecanismos de controle e fiscalização do Sistema de Informação Schengen; Lei nº. 68/98 – cria a entidade na Instância Comum de controlo da EUROPOL; Lei nº. 36/2003 – regula o estatuto e competências do membro nacional da EUROJUST; e a Lei nº. 43/2004 – que estabelece a organização e funcionamento da CNPD.

2. DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

O cidadão que abre uma conta bancária, que reserva um voo ou que procede à emissão de cartão de crédito está sujeito ao tratamento dos seus dados pessoais. Vimos, por isso, um conjunto de direitos associados ao titular dos dados pessoais e um conjunto de obrigações para o responsável pelo tratamento de dados. O que daí também resultou foi a conclusão de que o tratamento de dados pessoais está de alguma forma relacionado com a proteção da privacidade. De fato, o indivíduo que forneceu os “dados pessoais” – as informações relacionadas consigo que o podem identificar (nome, contato telefónico, endereço eletrónico, data de nascimento, etc.) – tem uma legítima expectativa de confidencialidade no seu tratamento. Ora, esta confidencialidade remete-nos para o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Ao falar em tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada sob a visão da era digital, busca-se na sua conceituação mais tradicional uma análise sob um novo olhar. Contudo, vale ressaltar que o direito à proteção de dados não se restringe apenas à proteção da privacidade ou do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, envolvendo a proteção de diversos outros bens da personalidade, contudo não sendo possível exaurir todas as suas vertentes neste trabalho.

Vale lembrar que a problemática está em observar com outro enfoque, nas atuais relações sociais, aquilo que o direito já tutela desde o princípio⁵⁹. Surge a necessidade dessa observação particularmente a partir das disposições apresentadas no Regulamento nº. 2016/679 da União Europeia.

Neste contexto, a reserva da vida privada insere-se no rol, não taxativo, dos direitos da personalidade, relacionados com a qualidade inerente de ser pessoa⁶⁰. Estes direitos tornam possível a defesa pelo homem de sua essência e de sua dignidade.

⁵⁹ Na concepção dos jusnaturalistas não desconsideradas pelos positivistas esse é um direito que advém da condição humana, anteriormente à existência das leis. Apesar dos positivistas atribuírem que tal direito só ganha força com a existência do ordenamento legal, não retiram a característica de ser inato ao ser humano tal direito.

⁶⁰ VASCONCELOS. Pedro Pais. Direito de Personalidade. Coimbra: Almedina, 2006. p. 5.

2.1 Dos direitos da personalidade – breve perspectiva histórica

A história dos direitos da personalidade é a história da transformação do “homem” em “pessoa”. E terá sido com o humanismo cristão que o homem ocidental passou a ser reconhecível como pessoa (homem, mulher, criança, escravos, estrangeiros, etc.)⁶¹. Daí, com a evolução da personalidade “social” e “política”, a partir dos finais do século XVIII, surgiram os direitos privados da personalidade (em contraposição com os direitos públicos ou políticos)⁶².

A definição dos direitos de personalidade não encontrava embasamento no direito português antes do iluminismo e das reformas pombalinas, conforme observa Pedro Pais de Vasconcelos⁶³. Contudo, a Lei da Boa Razão, os Estatutos da Universidade de Coimbra e, na sequência, Pascoal José de Mello Freire, passaram a disciplinar sobre as pessoas, com forte influência iluminista. Mas ainda não se podia encontrar em seu texto a identificação dos direitos de personalidade como hoje vemos⁶⁴.

Neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que o primeiro código sofre forte influência jusnaturalista, de seu autor António Luiz de Seabra, e a construção da personalidade jurídica decorre de uma interpretação sobre a propriedade⁶⁵, assim o assunto passa a ser tratado no artigo 382º.⁶⁶ e seguintes daquele diploma. No período de transição entre o primeiro e segundo códigos, conforme afirma o autor citado⁶⁷, a concepção jusnaturalista foi se transformando fazendo com que o Estado passasse a ser o detentor do

⁶¹ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 16 e ss.

⁶² Veja-se, aprofundadamente, CAMPOS, Diogo Leite de. Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 155 e ss.

⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de. Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 11.

⁶⁴ CÔRREA TELLES, COELHO DA ROCHA e PAIVA, Vicente Ferrer. Também tratam o homem na perspectiva iluminista. Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. p. 14.

⁶⁵ Importante interpretar a propriedade no pensamento do autor Seabra, para ele “a propriedade alcança todo o seu sentido e conteúdo natural, como tudo aquilo que é próprio de alguém, seja material seja imaterial ou espiritual”. Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade. p. 15.

⁶⁶ Artigo 359º. (Código de Seabra) *in verbis*: “Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. – Estes direitos são: 1º.) O direito de existência; 2º.) O direito de liberdade; 3º.) O direito de associação; 4º.) O direito de apropriação; 5º.) O direito de defesa”. Os demais artigos seguintes também tratam do assunto. Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade. p. 19.

⁶⁷ Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade. p. 15.

poder, sendo necessário à pessoa socorrer-se de sua de tutela, assim é a lei que protege o indivíduo contra qualquer ofensa à sua personalidade.

Assim, atualmente para além da tutela da personalidade, o direito ao nome fica previsto nos artigos 72º. a 74º; o direito à reserva sobre os escritos pessoais nos artigos 75º. a 78º.; o direito à imagem no artigo 79º.; e o direito à privacidade no artigo 80º. E pode hoje ser visto como uma nova perspectiva não exclusivamente dependente do reconhecimento do legislador ou de uma entidade pública.

Mais do que a proteção legal da personalidade do homem, é exigível uma proteção ética presente na consciência de toda a sociedade e de todos os indivíduos nela integrados. Diz nesse sentido com razão Diogo Leite de Campos que a solução do problema deve buscar-se no interior dos próprios direitos de personalidade⁶⁸. E nesse caso são direitos que não dependem de um reconhecimento formal porque se afiguram anteriores à lei civil ou constitucional. Aliás, segundo Mota Pinto⁶⁹, uma pessoa, mesmo quando privada de todos os seus direitos patrimoniais, é sempre titular dos chamados direitos de personalidade. Trata-se de “um círculo de direitos necessários de conteúdo mínimo e imprescritível da esfera jurídica de cada pessoa⁷⁰”, direitos esses que incidem sobre a vida das pessoas, a integridade física, a saúde, a honra, a liberdade física e psicológica, o nome, a imagem e a reserva sobre a vida privada.

2.2 Características do direito da personalidade

De extrema relevância são as próprias características do direito da personalidade, pelo que, diante sua importância, ousamos considerar algumas.

2.2.1 Inato

⁶⁸ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas, p. 130.

⁶⁹ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil. 1ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 99-101.

⁷⁰ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, pp. 99-101.

Começemos pela característica “inato”. Capelo de Sousa⁷¹ defende que nem todos os direitos de personalidade são inatos, pois existem aqueles que já nascem com a pessoa, como por exemplo, o direito a vida, e outros “adquiridos” somente a partir da aquisição da personalidade jurídica, em que passam a ser reconhecidos na esfera de seu titular, como por exemplo, o direito ao nome e à reserva da intimidade da vida privada.

Já Cabral de Moncada⁷², citado por Pedro Pais de Vasconcelos, entende que não há direitos derivados da natureza, porque nela só decorrem os fatos, ou seja, todos os direitos são criações legais adquiridas pelos homens. O que existe são os valores éticos e de consciência que a sociedade tem em determinado período de tempo e que levam o legislador a considerar a criação desses mesmos direitos.

Por seu turno, José Tavares⁷³, citado por Pedro Pais de Vasconcelos, apresenta sua discordância com o Código Civil anterior, afirmando que não há direitos originários, visto que todos são adquiridos por resultarem de fatos e da vontade dos homens. De fato, o Código de Seabra, no artigo 359º, prescrevia que “os direitos de personalidade são aqueles que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege, como fonte e origem de todos os outros”. Contudo, tal disposição não foi reprisada no Código Civil atual.

Assim, o posicionamento majoritariamente aceito na atualidade é de que os direitos de personalidade são reconhecidos por meio da ordem jurídica ao homem, não sendo originários ou decorrentes de sua natureza humana.

2.2.2 Absoluto

⁷¹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade. Coimbra Editora: Coimbra, 1995, p. 416.

⁷² Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Apud MONCADA, Luís Cabral de. Direito de Personalidade. p. 24.

⁷³ Cf. pensamento expressado por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Apud TAVARES, José. Direito de Personalidade. p. 19.

Outra característica é serem “absolutos”⁷⁴ em razão de se afigurarem oponíveis “*erga omnes*”. Neste sentido, entende a maioria da doutrina que são absolutos mas não em relação ao seu conteúdo, pois condicionam-se às exigências de ordem moral e do ordenamento jurídico, criando um dever de abstenção geral em relação às pessoas.

Esse dever geral de abstenção pode atingir até mesmo o próprio titular nos casos em que estão em causa os limites intrínsecos dos direitos da personalidade. Assim, em relação a certos direitos, por exemplo, o direito à vida, o indivíduo pode ser impedido de atentar contra a mesma, fato confirmado com a vedação ao suicídio em alguns ordenamentos jurídicos.

No que se relaciona ao direito à reserva da intimidade da vida privada, o absolutismo é necessário, no sentido de que a pessoa reserva para si o direito de recolher à solidão, quando quiser, e manter longe de quaisquer olhares curiosos, impondo assim sua vontade contra a coletividade em geral.

Assim, todos devem abster-se de causarem lesões aos bens da personalidade de outrem. Neste sentido, Capelo de Sousa entende que mesmo quando os direitos de personalidade impõem uma obrigação positiva, de respeito pelos bens da personalidade, são também considerados universais, abrangendo toda e qualquer pessoa que se encontre nas circunstâncias normativamente previstas para a defesa dos bens da personalidade⁷⁵.

É certo que os direitos de personalidade, como direitos subjetivos, assim o são na medida em que se encontram inseridos numa relação jurídica com outros sujeitos. Sendo de um lado o direito da personalidade, parte ativa, e do outro a generalidade, composta pela parte passiva, vinculada pelas normas de direito objetivo, de onde originam os direitos de personalidade, ficando assim vinculados à obrigação jurídica de não lesionarem os direitos daquele que é o titular. Sendo aqui importante a característica do absolutismo destes direitos.

⁷⁴ Há uma crítica Gilberto Haddad Jabur sobre o termo absoluto, uma vez que expressa a idéia de preponderância, predomínio e supremacia. Desta forma não é adequada a associação do termo absoluto como sinônimo de *erga omnes*. Pois mesmo que sejam direitos oponíveis contra todos, não significa que sejam ilimitados, encontrando limites com direitos de igual categoria, quando deve ser procedida a acomodação natural dos valores da personalidade. Gilberto Haddad Jabbur. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. Conflitos entre Direitos de Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

⁷⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, pp. 401-402.

Assim, o artigo 70º. do Código Civil prevê que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”⁷⁶, denotando que as ofensas podem surgir de qualquer pessoa; acontecendo, o titular do direito ofendido poderá opor-se diretamente ao ofensor.

2.2.3 Intransmissível

Outra característica é a intransmissibilidade. Segundo esta os direitos de personalidade se adquirem no momento do nascimento com vida e terminam com a morte da pessoa.

Os direitos personalíssimos são extintos com a morte, visto que existem para suprir as necessidades de tutela dos interesses da pessoa enquanto a mesma estiver em vida, não interessando a terceiros⁷⁷. Não são transmissíveis em razão da relação existente entre esses direitos e o seu titular, que é uma pessoa com características infungíveis.

Em se tratando de direito subjetivo, e inserido na própria personalidade, apenas ao titular é conferido o direito de os exigir, buscando sua reparação em caso de violação.

Segundo Capelo de Sousa, a transmissão dos direitos da personalidade a outrem, a título gratuito ou oneroso, encontra impedimento no artigo 81º., nº. 1, e artigo 280º., nº. 2, do Código Civil⁷⁸. Pois segundo a característica de inseparabilidade dos direitos, qualquer negócio que os envolva acaba por infringir a ordem pública.

Em relação ao debate que envolve a transmissibilidade dos direitos após a morte de seu titular, dispõe o artigo 71º., nº. 1 que “os direitos da personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular”⁷⁹. Do mesmo artigo, o nº. 2 prescreve o rol de pessoas que têm legitimidade para pleitear a defesa destes direitos.

⁷⁶ Cf. artigo 70º. do Código Civil português.

⁷⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404.

⁷⁸ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 403.

⁷⁹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404.

A doutrina diverge sobre se o legislador permitiu a transmissão dos direitos da personalidade do falecido *mortis causa*⁸⁰. Diogo Leite de Campos⁸¹ defende a teoria do prolongamento da personalidade, em que para determinados casos a personalidade é levada para depois da morte. Assim, os herdeiros do “de cujus”, quando defendem o direito ao nome deste, o fazem em nome dele e não em interesse próprio.

Outra vertente entende que os direitos são transmitidos aos herdeiros do falecido por sucessão *mortis causa*. E ainda uma terceira corrente entende que os direitos da personalidade se extinguem com a morte, e a defesa destes direitos por qualquer herdeiro do falecido é feita pelo interesse próprio destes e não como prorrogação dos interesses do *de cujus*⁸².

Outra vertente totalmente oposta é defensora de que os direitos da personalidade se extinguem com a morte da pessoa, isto é, a superveniência seria o reconhecimento da existência destes direitos sem que houvesse titularidade.

Nesta visão seria necessária a demonstração pelos herdeiros do *de cujus* de que há um atentado aos próprios direitos da personalidade, sendo insuficiente a invocação do direito alheio. Assim, consideram a existência de um novo direito ao qual possibilitaria o pedido em fase sucessória. As pessoas, portanto, agem em nome próprio, segundo a “teoria do direito dos vivos”.

É certo que uma ofensa à honra de seus antecessores, após a morte daqueles, pode ofender também aos herdeiros, atingindo seus direitos da personalidade. O que poderá legitimá-los a pleitear reparação pelos danos causados. Assim, não agem como representantes do falecido, mas em nome próprio.

Capelo de Sousa entende que neste caso trata-se de “uma aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, sujeita a regras próprias diferentes das do

⁸⁰ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404, com a morte ocorre uma “mutação profunda no respectivo ciclo da personalidade”.

⁸¹ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos de Personalidade, p. 44/45.

⁸² Esta visão corresponde ao doutrinador italiano Emilio Ondeì. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. Turim: Unione Tipografico, 1965, p. 241.

Livro V do Código Civil e que tem o mérito de manter a autonomia dos direitos da personalidade do defunto⁸³”.

Por sua vez, doutrinadores como António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto e Carlos Alberto da Mota Pinto, acreditam que o n.º. 1., do artigo 71.º. do Código Civil protege os interesses das pessoas vivas descritas ali, e não o direito do próprio falecido, que são afetadas quando há ofensa da memória do *de cuius*⁸⁴.

Uma outra posição defendida é daqueles que, analisando o artigo citado, fazem a distinção entre os que prorrogam a defesa dos direitos da personalidade do *de cuius* e os que defendem os direitos da personalidade dos sucessores do falecido. Os que defendem esta distinção entendem pela diferença “entre os direitos materiais, substantivos, aos bens da personalidade do defunto e as acções destinadas a fazer reconhecer tais direitos em juízo⁸⁵”. Assim, o problema está pautado na legitimidade para pleitear as medidas cabíveis quando ocorrerem as ofensas ao direito da personalidade do falecido.

No caso relatado acima, o que se defende é a memória abstratamente considerada do defunto, e não seu direito de personalidade, extinto com sua morte. Esta é a chamada teoria da memória do falecido como bem autónomo. O que é transmitido é a possibilidade do exercício do direito de defesa em relação à memória do *de cuius*. Neste sentido, os descritos no n.º.2, do artigo 71.º., do Código Civil, são aqueles que atuam como substitutos processuais⁸⁶.

Outra questão a ser debatida é se há possibilidade de transferência dos direitos de personalidade em caso de execução forçada dos mesmos, em razão da execução de um crédito? Chioyenda apresenta uma teoria que defende que no ato de execução forçada há

⁸³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404. Em relação àqueles direitos que remanescem após a morte do titular ocorre, “com efeito, uma sucessão ou uma aquisição derivada translativa *mortis-causa* de direitos pessoais, mas com um regime muito especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse e fundamentalmente alicerçado em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providências do n.º.2 do art. 70.º. do Código Civil a todos aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto”.

⁸⁴ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 205.

⁸⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404.

⁸⁶ Esta teoria é adotada por Oliveira Ascensão e criticada por António Menezes de Cordeiro, que a entende insuficiente, visto que como poderia se aferir se a houve ofensa à memória do *de cuius*, se não seria possível saber se para ele tal ato seria considerado ofensivo.

expropriação pelo Estado da faculdade de disposição do titular do direito⁸⁷. Esta teoria não é necessariamente aceita, visto que não poderá ocorrer a transmissão dos referidos direitos em razão de uma execução forçada, pois tais bens devem ser impenhoráveis, caso contrário seria permitir que a própria personalidade seja desprovida do desenvolvimento regular que sua natureza precisa.

2.2.4 Parcial indisponibilidade

A terminologia mais adequada é de que os bens aos quais os direitos de personalidade se referem são indisponíveis e não propriamente os direitos da personalidade.

A indisponibilidade dos citados direitos não se confunde com sua característica de intransmissibilidade. Capelo de Sousa observa que a possibilidade de dispor de um direito não pode ser confundida com a faculdade de transmiti-lo⁸⁸.

É doutrinariamente aceito que determinados direitos da personalidade poderão sofrer parcial disposição por vontade de seu titular. Neste sentido, o artigo 81º., n.º. 1, do Código Civil prescreve que “toda limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública”. Assim, verifica-se a possibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, por ato volitivo do titular, desde que não contrarie os princípios de ordem pública.

Ainda existem aqueles direitos de personalidade que permitem ao titular uma margem de discricionariedade e outros em que não pode haver qualquer disposição.

Verifica-se no artigo n.º. 81, n.º. 1, a possibilidade de disposição parcial dos referidos direitos da personalidade por meio de um consentimento autorizante de seu titular⁸⁹. Em outros casos o consentimento é tolerante, nos moldes do artigo 340º. do

⁸⁷ Adriano de Cupis de *Apud* CHIOVENDA. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 20.

⁸⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 404.

⁸⁹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 442.

Código Civil⁹⁰. Na verdade, não há, neste caso, consentimento, mas uma tolerância ao ato lesivo. Da mesma forma que o dito anteriormente, a liberalidade não pode infringir a ordem pública. Importante destacar que há somente a exclusão da ilicitude da conduta lesiva, mas não a permissão de direito sobre o bem lesado.

Desta forma considera a doutrina que somente os bens de maior proeminência, tidos como essenciais à personalidade, é que serão totalmente indisponíveis. Enquanto outros, que não têm esta característica, admitem uma disposição parcial, reprisa-se, desde que não contrariem a ordem pública.

2.2.5 Irrenunciabilidade

Em sendo os direitos da personalidade indisponíveis serão igualmente irrenunciáveis, visto que, se o titular do direito não pode dispor dos direitos considerados essenciais para o desenvolvimento de sua personalidade, também não poderá renunciar aos mesmos.

Não se pode confundir consentimento com renúncia, uma vez que a permissão do titular do direito da personalidade para utilização de certo bem com determinada finalidade – ou seja, uma disposição daqueles direitos – não implica uma perda total ou parcial, nem a possibilidade de utilização indiscriminada da outra parte com finalidade diversa da acordada entre as partes.

Por exemplo, nos casos em que é permitida a utilização de um retrato nos meios de comunicação, não se subentende que está permitida toda e qualquer utilização daquela imagem, mas apenas a finalidade previamente pactuada.

A disposição parcial de um direito de personalidade acaba por criar no destinatário do consentimento uma liberalidade de agir, que já é suficiente para a exclusão de uma eventual ilicitude da conduta. Cabe ainda destacar que a validade deste consentimento só existe se estiver de acordo com os artigos 81º. e 280º. do Código Civil,

⁹⁰ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 442.

de forma que deve ser considerado nulo ou inválido o consentimento dado para violação do direito à vida, por contrariar os dispositivos citados⁹¹.

Havendo nulidade do consentimento, não há que falar em licitude da violação, podendo o ofensor ser condenado a indenizar pelos danos causados, levando-se em consideração, para fixação do montante indenizatório, a culpa do titular do direito. Contudo, a penalidade criminal subsistirá independentemente da concordância do titular do direito violado⁹².

2.2.6 Extrapatrimonialidade

Os direitos da personalidade estão inseridos no rol dos direitos extrapatrimoniais, não valoráveis economicamente, em contraponto com os direitos patrimoniais, considerados como aqueles que podem ser aferidos economicamente.

Não contêm estes direitos utilidade de ordem econômica, pois correspondem aos conteúdos físicos e morais das pessoas. Estão relacionados à categoria do ser, dentro da esfera pessoal do sujeito, e não à esfera do ter⁹³. Neste sentido são direitos extrapatrimoniais.

Cabe destacar que mesmo que haja possibilidade de aferição econômica de parcela de alguns direitos personalíssimos, não é cabível a afirmação de que são bens patrimoniais.

Da mesma forma, a violação destes direitos pode levar a uma repercussão patrimonial, o que não significa que eles possuam caráter patrimonial. A reparação dos danos sofridos é distinta da dos direitos da personalidade, e somente neste contexto são transmissíveis.

Portanto, embora os direitos da personalidade produzam efeitos econômicos, pela violação que lhes foi acometida ou pela utilização por terceiros, com o consentimento do

⁹¹ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 215.

⁹² MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 217.

⁹³ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 415.

titular não há como considerá-los passíveis de valoração econômica. Deve assim existir a distinção clara entre o valor econômico atribuído a título indenizatório, ou em convenção do titular com terceiros, e a valoração do próprio bem.

No fundo, são bens fora do comércio jurídico, inexistindo a possibilidade de alienação. Ainda assim, para determinadas finalidades podem ser atribuídas a permissão de parcial utilização por terceiros mediante uma retribuição monetária, ou mesmo para reparar eventuais violações aos bens da personalidade.

2.3 Dignidade da pessoa humana

De fato, o fundamento dos direitos da personalidade está na tutela da dignidade da pessoa humana⁹⁴. É neste contexto que deve ser observado o direito da personalidade: tendo como base a dignidade da pessoa humana.

É certo que, nas observações de Rita Amaral Cabral, a sociedade tecnológica foi destinada a auxiliar o homem no enriquecimento de sua personalidade, ampliando seu conhecimento e domínios sobre a natureza, multiplicando e disseminando riquezas, contudo, a velocidade do processo tecnológico foi acompanhada dos critérios morais, gerando problemas no campo dos direitos fundamentais⁹⁵.

No conceito de dignidade reconhecemos o valor da pessoa e a respectiva necessidade de respeito desta. É a valorização do ser como humano. Também está ínsito no conceito a capacidade de adquirir direitos e obrigações, sendo como tal objeto de tutela do Estado.

A apresentação de tal conceito foi de responsabilidade da Alemanha, baseado na própria vivência histórica daquele povo, pois a sua inclusão no Direito positivo teve o objeto de fortalecimento dos direitos fundamentais após a traumática vivência de duas

⁹⁴ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XXIX.

⁹⁵ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil. Separata dos estudos em memória ao prof. Dr. Paulo Cunha. Lisboa: 1988, p. 6.

guerras mundiais, na primeira metade do século XX. É precisamente uma perspectiva de proteção contra os perigos que resultam das instituições de poder na sociedade⁹⁶.

Norteando-se pela lição kantiana, a pessoa não pode ser instrumento para realização de qualquer interesse, mas é o fim em si mesma. Vivencia-se a experiência humanizante após a segunda guerra mundial, em que passa a prevalecer o seguinte pensamento: “age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio⁹⁷”.

Denota-se uma fuga do conceito de ‘objetualização’ do ser, impedindo a “degradação do homem em coisa”, que por ser um passado recente passa a haver uma preocupação futura. Ainda para mais quando somos atualmente dominados pela técnica e desde já pelo predomínio dos computadores⁹⁸.

O homem é colocado, assim, no centro do Direito e do Estado, elevando sua dignidade ao ser reconhecido como fim máximo das ações do Estado e dos outros homens. Observa-se que a dignidade é vista neste contexto pela sua natureza de “decisão política” fundamental, integrada num quadro de valores ‘não decisionista’⁹⁹. Explica Alexandre Sousa Pinheiro que esta vertente da dignidade não ofende a “dignidade construção moral”, visto que admite a influência da “dignidade valor” inserida na base da “dignidade decisão”¹⁰⁰.

É certo que “as fórmulas tradicionalmente usadas nas Constituições em sentido material, refletem sempre a ideia de liberdade humana, podendo, contudo, funcionalizá-la ou limitá-la através de idênticos preceitos constitucionais”¹⁰¹.

⁹⁶ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 68.

⁹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 59.

⁹⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa *Apud* KERSTE, Jens. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 782.

⁹⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 783.

¹⁰⁰ O tema é objeto de discussão na doutrina portuguesa, visto que discute a ‘natureza decisionista’ do princípio da dignidade adotado nas constituições. Neste sentido Luiz Pedro Pereira Coutinho dispõe – “(...) Cada uma das contemporâneas Repúblicas europeias – incluindo a República portuguesa, corresponde, não a uma decisão, mas uma fundação livre de poder”. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, “Do Que a República É: Uma República Baseada na Dignidade Humana”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, Vol II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 207-208.

¹⁰¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 778.

A dignidade acolhida nos textos constitucionais acaba por elevar o princípio da igualdade, se vista de uma perspectiva cristã, de igualdade entre os homens. Contudo, “o conteúdo da dignidade da pessoa humana não pode ser determinado como produto de definições ou preconceitos ideológicos particulares ou de ordenações fechadas abstractamente hierarquizadas de valores”¹⁰².

Porém, este tão valoroso princípio vem sofrendo um enfraquecimento em razão de uma interpretação diversa de valores, que está sendo feita atualmente, em relação à época de sua origem. Por mais que as terríveis experiências históricas – como as grandes guerras mundiais e os regimes políticos fascistas (como exemplos) – ainda estejam presentes na memória e nos sentimentos dos povos, vemos hoje a “permissão social” para atos que podem atentar contra a dignidade da pessoa, com uma roupagem menos maléfica, como as práticas médicas de clonagem, “o aprovisionamento de fetos humanos para fins de pesquisa e doação de órgãos”¹⁰³, entre outros.

Falar de dignidade da pessoa humana no contexto das novas tecnologias e da necessária tutela que os atuais anseios pessoais apresentam, significa entender que “o princípio da dignidade humana mantém a natureza de substrato valorativo fundamental do direito em que se enraíza a ‘identidade informacional’”¹⁰⁴.

2.4 Do direito geral de personalidade

Inicialmente cabe a seguinte consideração trazida por Rita Amaral Cabral em relação à necessidade de disciplina da tutela civil para os bens da personalidade, para a autora o caráter fundamental da tutela civil advém do fato de que a proteção constitucional

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 56.

¹⁰³ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 786.

¹⁰⁴ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 781. Nas palavras do autor citado - a procura de um princípio externo ao direito surgiu o da dignidade, que teve a função de promover a esfera de proteção dos direitos fundamentais. Se os direitos e liberdades não são absolutos, a ‘lei das leis’ deve, para a proteção das posições jurídicas e, em última análise, dos seus titulares – a “pessoa humana” -, criar um princípio intangível, cujo conteúdo não pode ser contestado ou retirado qualquer que seja a situação da vida. Mesmo em casos de exceção constitucional (especialmente teorizados por Carl Schmitt), a “dignidade humana” não perderia vigência, nem degradaria a sua posição no ordenamento a mero “ditame moral”. A sua natureza exprime-se através de um ‘valor’ juridicamente objectivado”.

e administrativa não apresentarem uma possibilidade de defesa específica para as relações interindividuais e assim serem de eficácia limitada para a tutela desses bens¹⁰⁵.

O direito geral de personalidade, originado da interpretação do § 829, I do BGB, em consonância com o artigo 2º., nº.1. da Lei Fundamental de 1949, não decorre diretamente da lei, contudo forneceu todo o “material normativo” para que a jurisprudência e a doutrina avançasse neste sentido¹⁰⁶.

Capelo de Sousa apresenta em sua tese¹⁰⁷, que se tornou referência no estudo do direito geral de personalidade, entende também tal ideologia decorrer do direito alemão, em uma vertente do direito subjetivo tendo como objeto a tutela da personalidade. Para a proteção do artigo 70º. deve ser analisado cada pessoa em sua individualidade, no contexto que está inserida social e culturalmente.

Para Paulo Mota Pinto, o direito geral de personalidade tem como objeto a “personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais ou futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelaria a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o ‘princípio superior de constituição’ dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade¹⁰⁸”.

Trata-se de um direito em que lhe é conferida uma tutela geral da personalidade, ante a sua irredutibilidade e complexidade da personalidade humana e das relações que se desenvolvem entre as pessoas. Assim, estariam resguardadas todas as necessidades de tutela daqueles direitos, visto que se trata de uma norma aberta e abrangente, permitindo a tutela de outros bens^{109/110}.

¹⁰⁵ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 9.

¹⁰⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 433.

¹⁰⁷ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Apud* CAPELO DE SOUSA. Direito de Personalidade, p. 45.

¹⁰⁸ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 491.

¹⁰⁹ MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 491.

¹¹⁰ Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, pp. 492-493. “A aceitação do direito de personalidade destinou-se, pois, a colmatar uma lacuna no sistema de responsabilidade aquiliana do BGB”. “Logo na primeira decisão em que reconheceu o direito geral de personalidade o BHG apoiou-se nestes dois artigos (caso Leserbrief, de 1954 – v. JZ, 1954, p. 698). Mais tarde o mesmo tribunal veio a conceder indemnização por danos não patrimoniais no caso de violação do direito geral de personalidade (no caso Herrenreiter, contrariando assim o § 253 do BGB, que só se admite nos casos expressamente previstos na lei), sendo esta doutrina confirmada em 1965 (caso Soraya), pelo BGH, e em 1973, pelo Bundesverfassungsgericht.

Rita Amaral Cabral¹¹¹ ao dispor sobre o artigo 70º. do Código Civil, afirma que além deste dispositivo legal apresentar uma cláusula geral de proteção da personalidade também acaba por dispor medidas destinadas a tutelar efetivamente os direitos da personalidade, cessando a conduta do agente, não permitindo que a ameaça se consuma ou minimizando os prejuízos da violação já ocorrida¹¹².

Já os direitos especiais, apresentados no Código Civil nos artigos 72º. a 80º., correspondem a parcelas da personalidade em que se instituem hipóteses para promover certas garantias jurídicas específicas¹¹³. Importante ressaltar que para o autor “os direitos de personalidade jurisprudenciais ou doutrinários, especiais em termos de valoração jurídica, não esgotam o direito-mãe geral da personalidade¹¹⁴”.

A tutela da personalidade humana tem uma vertente objetiva e outra subjetiva, que Pedro Pais de Vasconcelos designa como direito objetivo e subjetivo¹¹⁵. E está relacionada com a coletividade e com os outros, coexistindo de forma harmônica¹¹⁶. Contudo, o direito objetivo e o subjetivo de personalidade diferem em relação à natureza da sua tutela. O primeiro determina que todos respeitem a dignidade de cada pessoa, até mesmo a própria, e tem como garantidor de seu cumprimento o Estado, que, por meio do poder-dever, faz com que a Lei e o Direito prevaleçam. O direito subjetivo, diversamente, tem como conteúdo o poder conferido ao titular para exercer livremente contra outras pessoas e o Estado, promovendo sua legítima defesa ou ação direta. A finalidade é a proteção da dignidade daquele que é titular, como um ser único e individualizado dentro da coletividade¹¹⁷.

¹¹¹ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 10.

¹¹² Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 43, explica que na posição de António Menezes Cordeiro, *in* Tratado de direito civil português. Direito das Obrigações. V. 2, Tomo 3, 2010, p. 390, os direitos especiais são dependentes da “existência dos bens a que se reportem”, e como estes bens em particular não podem ser tipificados, não existe, em consequência, tipicidade nos direitos especiais de personalidade. Para o doutrinador o artigo 70º. não apresenta uma tutela geral, mas podem decorrer diversos direitos subjetivos de personalidade.

¹¹³ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 45.

¹¹⁴ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 45.

¹¹⁵ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 48.

¹¹⁶ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, pp. 48-49.

¹¹⁷ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 57.

2.4.1 Do direito geral de personalidade em Portugal

Em Portugal, o direito de personalidade está previsto na Constituição no título e capítulo relacionado com os direitos, liberdade e garantias. Já Código Civil trata primeiro da “tutela geral da personalidade”, como já vimos, no âmbito do artigo 70º., na secção relativa aos direitos de personalidade.

Segundo Capelo de Sousa a existência do direito geral de personalidade, não está somente pautada no artigo 70º. do Código Civil, mas da posterior interpretação doutrinária e jurisprudencial portuguesa a respeito da matéria. Mesmo para aqueles que defendem só existir direitos especiais da personalidade, aceitam não ser este taxativo, e acabam por admitir uma série de direitos da personalidade não tutelados¹¹⁸.

Em contrapartida, conforme explica Pedro Pais de Vasconcelos, Oliveira Ascensão¹¹⁹ critica a posição adotada por Capelo de Sousa e entende que a construção de tal teoria surgiu no direito alemão pelo caráter lacunoso do BGB em relação à matéria dos direitos de personalidade. Tal necessidade, na verdade, não existe no direito português porque já existe uma tipicidade de direitos da personalidade.

É certo que os direitos de personalidade tipificados em lei decorrem da reiteração das lesões causadas à personalidade, e que ante sua relevância passaram a ter a tutela do Estado como reação e em defesa das pessoas. Mas o direito geral de personalidade, como direito-quadro, tutela várias normas de comportamento que devem passar pela análise do julgador. Só após a avaliação, valoração e ponderação é que se pode afirmar que a ofensa (ou ameaça) é efetivamente ilícita, nos termos do artigo 70º., n.º.1 do Código Civil¹²⁰.

Neste sentido ao tutelar vários bens de personalidade não se desconsidera que “a personalidade humana está aí tutelada individualizadamente¹²¹”.

¹¹⁸ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 415.

¹¹⁹ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 64, explica a crítica feita por Oliveira Ascensão à Capelo de Sousa, quanto à admissibilidade do direito geral de personalidade no direito português.

¹²⁰ Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, pp. 492-497.

¹²¹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 415.

Assim, atualmente a matéria é aceita por diversos doutrinadores portugueses e vem sendo solidificada cada vez mais na esfera de direitos tutelados pela ordem jurídica nacional.

2.5 Dos direitos especiais de personalidade

Nestes termos, como concretização da proteção da personalidade, são tipificados direitos consoante o aspecto da personalidade afetado. Não se trata de uma tipificação exaustiva, mas apenas explicativa, conforme dito anteriormente. Assim, além dos tipos tutelados na lei podem surgir outros de acordo com os anseios sociais.

Conforme Paulo Mota Pinto, são direitos que “tutelam descentralizadamente a personalidade¹²²”. Estes direitos são organizados de acordo com a satisfação dos vários interesses em que a personalidade está em questão, e seus limites e a forma de proteção acabam por determinar o regime de cada um.

Para Pedro Pais de Vasconcelos os direitos especiais de personalidade são direitos subjetivos autônomos que integram o direito subjetivo de personalidade¹²³. Como tal, atuam em defesa da dignidade das pessoas singulares e têm em seu conteúdo um número não limitado de poderes, que se tornam sua estrutura. Poderes esses que se fazem necessários, convenientes ou úteis para sua estruturação.

Neste contexto, como exemplo, os direitos à vida, à privacidade, à imagem, à honra, e à integridade física, não são considerados direitos subjetivos autônomos, mas integrantes do direito de personalidade do seu titular¹²⁴. E a tipificação destes direitos especiais decorrem da tutela de bens específicos da personalidade que tem como base a dignidade da pessoa humana¹²⁵.

Com efeito, são tipificados como direitos especiais de personalidade o direito à vida, à honra, à privacidade, à identidade pessoal, à integridade física, à inviolabilidade

¹²² Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 500.

¹²³ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 67.

¹²⁴ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 67.

¹²⁵ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 67.

moral, à imagem e ao nome. Voltamos especial atenção neste trabalho aos direitos relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade, honra, imagem e, com maior destaque, à privacidade, particularmente à reserva da vida privada.

2.5.1 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: a privacidade

Conforme preceitua Capelo de Sousa “do direito ao desenvolvimento da personalidade decorre, igualmente, que cada homem está juscivilisticamente tutelado (face a intromissão, perturbações, boicotes e estorvos de terceiros), na preparação, na realização e na incrementação, efectivas e plenas, de quaisquer suas atividades individuais e sociais não ilícitas, que livremente decidiu promover e para o exercício das quais possua e utilize, predominantemente, as respectivas energias e capacidades físicas e espirituais”¹²⁶. É matéria tratada no artigo 26º., nº. 1 da CRP, artigo do artigo 70º.

Nesta, segundo o autor supracitado, “tudo conflui, adentro do âmbito da tutela geral da personalidade individualmente considerada, na existência de um bem jurídico inerente a cada ser humano vivo, ao desenvolvimento da sua própria personalidade”¹²⁷.

Neste contexto se insere a privacidade, cuja conceituação é matéria árdua. Para Paulo Mota Pinto “a denunciada miséria da privacy resulta em grande parte desta dificuldade de definição de um conceito, que por ser necessariamente indeterminado, acaba por se revelar afinal imprestável”¹²⁸.

É necessário para a dignidade da pessoa que seja respeitado um espaço mínimo, que, a livre dos olhares curiosos, seja de quaisquer pessoas: vizinhos, autoridades públicas ou até mesmo os meios de comunicação social. Configura-se também o direito de ser deixado em paz.

Mais importante do que definir até onde pode haver a liberdade dos demais sujeitos em relação à privacidade do outro, é definir quais as matérias da vida das pessoas

¹²⁶ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 352.

¹²⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, p. 353.

¹²⁸ Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 505.

que podem ficar além dessa proteção¹²⁹. Nesse sentido deve ser considerado que o necessário desenvolvimento da personalidade apresenta a cada homem o direito de autodeterminação do seu titular¹³⁰.

Faz-se assim necessária a tutela jurídica da privacidade para resguardar o que a pessoa tem de mais pessoal, isto é, a sua intimidade. E neste contexto uma preocupação maior vem à superfície: o desenvolvimento e as formas de utilização da tecnologia na atualidade.

Assim torna-se fundamental estabelecer os limites jurídicos, além dos limites internos já estabelecidos na estrutura da personalidade individual tutelada juridicamente, os demais a serem estabelecidos pelas organizações do país e da própria comunidade internacional¹³¹.

Essa “evolução técnica veio fornecer meios incomparavelmente mais eficazes de violação da intimidade das pessoas, desde o microfone do tamanho da cabeça de um alfinete às câmaras de infravermelhos ou altamente miniaturizadas¹³²”. Assim, muito do que era visto nos filmes de ficção científica são hoje nossa realidade.

A partir de então, diversas empresas e todo um sistema foi criado com a finalidade de intromissão na vida alheia e de utilização das informações obtidas, com fins lucrativos, infringindo de forma inescrupulosa a privacidade das pessoas. Carecendo então da amplitude da tutela do Estado para tranquilizar a sociedade, que se tornou extremamente dependente dessa nova realidade tecnológica. A privacidade deve ser protegida, adaptando-se às novas realidades, mas sem perder o seu núcleo essencial que é a própria tutela da pessoa.

2.5.1.1 Crítica à teoria das três esferas

¹²⁹ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 79.

¹³⁰ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1993, p. 356.

¹³¹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1993, p. 357.

¹³² Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 511.

Existe um critério teórico de divisão do conteúdo do direito à privacidade em três esferas concêntricas, quais sejam: esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública¹³³.

A construção deste pensamento foi desenvolvida pela jurisprudência e doutrina alemãs, considerando que “a tutela jurídica deve ser inversamente proporcional à sociabilidade do comportamento¹³⁴”.

Em primeiro lugar, foi identificada uma esfera da intimidade da vida privada que se considerou ser nuclear, inviolável e intangível¹³⁵. É a chamada esfera secreta (*geheimsphäre*) que engloba os fatos que em nenhuma hipótese chegam ao conhecimento público pela sua reservada natureza¹³⁶. Esta área secreta inclui os pensamentos, as opiniões e as sensações que se pretendem manter reservadas e íntimas¹³⁷.

Em segundo lugar, fora do âmbito deste centro de intimidade, encontra-se a zona normal da vida privada, também como uma expressão do livre desenvolvimento da personalidade¹³⁸. É a esfera confidencial (*vertrauenssphäre*) que engloba aquilo que a pessoa raramente leva ao conhecimento de terceiros em razão da relação de confiança previamente estabelecida, o que muitas vezes não é partilhado com o próprio círculo familiar ou social¹³⁹. Na verdade, o *diritto alla riservatezza* dos italianos corresponde à *vertrauenssphäre alemã*, quando se verifica o direito de promover a defesa contra a divulgação de notícias privadas obtidas licitamente pelo divulgador¹⁴⁰.

¹³³ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 30.

¹³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 254.

¹³⁵ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 94.

¹³⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos Fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª. ed., 2000, p. 140.

¹³⁷ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 448.

¹³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 95

¹³⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos Fundamentais, p. 140.

¹⁴⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade. São Paulo: Siciliano Jurídico, 3ª. ed., 2004, p. 30.

E em terceiro e último lugar, está presente uma esfera da vida normal de relações privadas, a mais ampla de todas. A esfera da vida privada (*privatsphäre*) consiste em todas as matérias que a pessoa quer preservar do conhecimento alheio ou público¹⁴¹.

Nesta conjuntura, a esfera da vida íntima é o conteúdo mais secreto que existe na vida da pessoa, não partilhado com outras pessoas ou somente com aquelas muito próximas, que englobam as questões de nudez, sexualidade, afetividade e saúde, como exemplos. Na esfera da privacidade, um pouco mais ampla, incluem-se aspectos da vida pessoal, não tão íntimos como os anteriores, mas que também não são expostas a desconhecidos ou ao público. E, por último, a esfera privada que abrange todo o restante, ou seja, tudo aquilo que a pessoa pode partilhar vivendo em sociedade.

Primeiramente, esta teoria das esferas parece satisfazer plenamente a aplicação do direito. Contudo, observada a partir do prisma das relações sociais, em que o direito à privacidade está inserido, denota-se que não estamos a falar de relações estáticas e fixas, pois são diferentes entre cada pessoa que se relaciona e diferentes da forma como se relacionam. Assim, tornar rígido o enquadramento da análise da privacidade de cada um não atende realmente aos anseios de tutela que o direito almeja. Nas próprias palavras de Alexandre Sousa Pinheiro, “a principal crítica que, crê-se, pode ser dirigida à teoria das esferas consiste em vê-la como o reflexo ordenado de uma sociedade suficientemente consolidada para permitir uma estruturação esquemática do indivíduo.”¹⁴².

No mesmo sentido, como bem observa Pedro Pais de Vasconcelos “a distinção das três esferas é formal e introduz fracturas artificiais num ‘continuum’ gradual de intensidade. Numa imagem plástica, a teoria das três esferas quebrou a rampa suave e subtil com três degraus abruptos”¹⁴³.

¹⁴¹ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 140

¹⁴² PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 450. Segundo o autor “a teoria das esferas defini para o homem um ‘destino ideal’, embora não confine a inevitabilidade do ‘dever’ individual. A personalidade humana está na confluência da ‘dignidade’, da ‘individualidade’ e da ‘pessoalidade’, e o seu espaço existencial revela-se dinâmico, caracterizando-se pelo ‘desenvolvimento’. A fragilidade desta teoria não está na ausência de propulsores individuais que definam a personalidade, mas na mundividência imanente que vê o homem como ‘peregrino’, aferindo-se o ‘desenvolvimento’ pela travessia existencial até ao ‘protótipo original da personalidade’, de natureza divina”. *Apud* CAPELO DE SOUSA, p. 145.

¹⁴³ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 80.

Paulo Mota Pinto considera que lei portuguesa não adotou esta teoria pelo principal fundamento existente entre a informação da vida privada e a informação da vida pública da pessoa. A vida pública será traduzida na vida social enquanto a privada é a vida particular e pessoal do sujeito¹⁴⁴.

A reserva da privacidade dever ser uma regra com fundamento no direito da personalidade e enquanto direito fundamental à luz da ordem constitucional. Só há permissão para infringência ao direito da privacidade caso fique demonstrado a necessidade de comprovação em razão do interesse público, respeitando os limites de que é realmente necessário infringir e o princípio do mínimo dano.

Defende Alexandre Sousa Pinheiro que as maiores críticas à citada teoria são daqueles que estudam a proteção de dados, pois apesar de ter natureza eminentemente ‘informativa’, deve ser refletido sobre o que pode ser objeto de recolha e tratamento dentro dos bens da personalidade. Cabe então à autodeterminação informativa, originada nos direitos da personalidade, fixar quais as áreas que serão protegidas e quais poderão ser objeto de tratamento¹⁴⁵. Por outras palavras, no âmbito particular da “proteção de dados”, aquilo que engloba a “esfera privada” começa por estar na livre disponibilidade de decisão do indivíduo. Assim, a faculdade de converter uma informação integrada na esfera íntima em informação objeto de divulgação pública, permite concluir que tudo poderá depender da própria personalidade individual e do caso concreto.

2.5.2 Direito à privacidade versus liberdade de expressão

Assim como outros direitos especiais de personalidade tratados acima, o direito à privacidade enfrenta constantemente um embate com a liberdade de expressão. Está em causa o tradicional juízo de ponderação – necessidade, proporcionalidade e adequação (previsto no artigo 18.º da CRP) – em caso de conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão. De fato, parece haver limites evidentes à liberdade de expressão perante a privacidade do indivíduo. Segundo Mafalda Miranda Barbosa, em caso de

¹⁴⁴ Cf. MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, p. 526.

¹⁴⁵ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e proteção de dados pessoais, p. 452.

colisão entre a reserva da intimidade da vida privada e familiar (vinculado à dignidade da pessoa humana) e a liberdade de expressão, haverá que limitar esta de modo a permitir que aquela encontre uma forma de realização¹⁴⁶. Ou seja, é admissível limitar a liberdade de expressão de modo a possibilitar a necessária concretização da privacidade na sua dimensão mais indisponível.

No mesmo sentido Capelo de Sousa entende que é natural que o desenvolvimento da personalidade de cada um seja limitado pela mesma esfera do outro, e em havendo colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie, como é o caso de várias manifestações do direito da personalidade com o mesmo valor jurídico, devem as partes ceder ao ponto de equilíbrio para que estes direitos produzam igual efeito, sem um prejuízo maior para uma das partes em detrimento da outra¹⁴⁷.

Três formas de limitações à liberdade de expressão são apresentadas por Albuquerque Matos, quais sejam – limitações decorrentes da tutela de outros bens jurídicos, onde se fala da colisão de direitos; limitações do plano organizacional, ou seja, aquelas decorrentes da imposição do poder público; e por último as impostas por meio de contrato¹⁴⁸.

Considere-se especialmente o exemplo da liberdade de imprensa. Os danos causados pelos meios de comunicação social podem ser de tal gravidade que muitos se tornar-se-iam irreparáveis, caindo sobre a imprensa uma maior responsabilização quanto ao conteúdo que administram e divulgam.

Por outro lado, por razões de interesse público as ofensas ao direito de privacidade podem estar isentas de responsabilidade. Assim, “a ofensa é lícita quando o interesse público em jogo seja de tal modo ponderoso e a necessidade da ofensa seja de tal modo imperiosa que o exercício do direito à privacidade se torne abusivo, quando ‘exceda

¹⁴⁶ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Litigiosidade Jurídico - Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso. Cascais: Príncípia, 2015, p. 114.

¹⁴⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1993, p. 358.

¹⁴⁸ Vg. com maior profundidade ALBUQUERQUE MATOS, Felipe *in* Responsabilidade por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome, p. 101) citado por Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa *in* Litigiosidade Jurídico- Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso, Cascais: Príncípia, 2015, p. 112.

manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito¹⁴⁹”.

Contudo, torna-se ilícita a ofensa quando a agressão à privacidade seja de menor relevância, como por exemplo o simples interesse lucrativo com o aumento da audiência, causando assim danos à privacidade de alguém sem qualquer interesse de ordem pública.

Da mesma forma que em relação à honra, reduzir os limites de proteção da privacidade das chamadas “figuras públicas” é considerado como um ato ilícito, pois devem gozar da mesma tutela em sua privacidade. Neste sentido “admitir para elas um estatuto pessoal degradado seria inconstitucional e colidiria com o princípio da igualdade¹⁵⁰”.

Os artigos 75º. a 78º. do Código Civil também abordam a proteção à privacidade, tratando das questões sobre memórias, cartas e outros escritos, que cotidianamente são objetos de problemas¹⁵¹. Já o artigo 80º. do citado diploma legal aborda um importante aspecto do direito à privacidade: a reserva da intimidade da vida privada.

Ressalta-se que esta regra tutela, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, duas bases objectivas¹⁵²: a natureza dos fatos da vida íntima da pessoa que estão a ser divulgado; e a própria condição da pessoa que exige mais ou menos reserva em relação a esses fatos.

Nestes termos, tem razão Mafalda Miranda Barbosa quando afirma que os limites à liberdade de expressão “são recortados da colisão de direitos”¹⁵³.

De outro modo, o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão convergem em importantes pontos¹⁵⁴. Por um lado, implicam um não constrangimento no exercício do próprio direito. O que é próprio da ideia de liberdade: liberdade de reserva em “espaços” de natureza privada ou íntima, não permitindo a invasão da privacidade; e

¹⁴⁹ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 80.

¹⁵⁰ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 82.

¹⁵¹ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de Personalidade, p. 83.

¹⁵² PIRES DE LIMA e ANTUNES VALERA. Código Civil Anotado. Vol. I. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 110.

¹⁵³ CF. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Litigiosidade Jurídico - Religiosa, p. 116.

¹⁵⁴ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Litigiosidade Jurídico - Religiosa, p. 108 e ss.

liberdade de exprimir ou divulgar ideias e informação sem interferência ou censura. Por outro lado, também implicam um pleno exercício desse mesmo direito: a própria autodeterminação ou disposição das ideias e da informação; e o acesso aos efetivos meios de expressão. Na realidade, ambos os direitos são manifestações de autodeterminação.

As características dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão também convergem de algum modo: universalidade, *erga omnes* e extrapatrimonialidade¹⁵⁵. Mais do que isso: ambos são direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

2.5.3 O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

2.5.3.1 O surgimento do direito à privacidade e conseqüente origem do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

O surgimento da discussão sobre o direito à privacidade ocorreu com Warren e Brandeis a partir de um artigo publicado na revista jurídica Harvard Law Review, em 1890, chamado “The right of privacy”. Louis Dembitz Brandeis¹⁵⁶, que se tornou mais tarde juiz do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷, e Samuel Dennis Warren II formaram uma sociedade após terem sido graduados em Direito na Universidade de Harvard. Para alguns autores a motivação para o surgimento do artigo foi a partir de fatos pessoais ocorridos na vida de Warren: por ter nascido em uma família de muitas posses em Boston, era constantemente alvo da imprensa sensacionalista.

Warren e Brandeis discordavam completamente deste tipo de imprensa (sensacionalista), chamada imprensa “amarela”, pois a exposição das atividades dos socialmente emergentes e as propagandas comerciais representavam uma imprensa intrometida, formada por editores inescrupulosos com a finalidade lucrativa através da captação das massas populares. Com o fim de evitarem esses abusos e protegerem a

¹⁵⁵ Assim, somente no que respeita a liberdade de expressão, ALBUQUERQUE MATOS, Filipe Miguel Cruz de. Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome. Coimbra: Almedina, 2011, p. 108.

¹⁵⁶ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 16.

privacidade das pessoas em desfavor da imprensa “amarela”, os advogados publicaram o artigo contendo princípios legais de interesse pioneiro.

O doutrinador William Prosser afirma que o fato que provocou a ira de Warren foi a divulgação de notícia pela imprensa do casamento de sua filha, em 1890. Em razão disso Warren teria afirmado que “a imprensa, os publicitários e a indústria de entretenimento americana pagariam um preço muito alto durante os próximos setenta anos¹⁵⁸”. Outro doutrinador Robert M. O’Neill utiliza o mesmo episódio – casamento da filha de Warren - para afirmar que o fato que causou o incômodo foi a divulgação antecipada da lista de convidados em um jornal de Boston¹⁵⁹. A teoria sobre o evento foi denominada “o mito do pai indignado”.

Contudo, tal explicação foi posteriormente contestada porque a filha de Warren havia nascido em 1884, sendo impossível seu matrimônio ter ocorrido em 1890, pois a menina contava com apenas seis anos de idade. Na realidade, o casamento ocorreu em 1905, ou seja, quinze anos após a divulgação da matéria jornalística.

Alguns autores, apresentaram a versão de que, sendo Warren e Brandeis líderes sociais, tinham o intuito de elevar o grau de leitura da população, apresentando artigos de alto nível de qualidade. Porém, recebe crítica esta opinião por aqueles que não acreditam em tamanho altruísmo, em sendo esta a intenção dos autores deveria estar expresso de alguma forma no texto, o que não ocorreu. Tal teoria é defendida por Marc A. Franklin¹⁶⁰.

Outro fundamento, menos altruísta, é de que Warren e Brandeis teriam divulgado o artigo com fins de promoção pessoal e profissional, elevando o conceito do escritório de advocacia que tinham acabado de abrir. Para isso intencionaram a publicação de um artigo na revista de Harvard que tinha sido lançada há pouco tempo.

Apesar de não haver consenso sobre o real motivo que levou Warren e Brandeis a publicar tal artigo, o fato é que a defesa da idéia de que a *common law* passara de um processo evolutivo da proteção da personalidade física à “tutela dos pensamentos, emoções

¹⁵⁸ PROSSER, William apud FLORES, Oscar. *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 21.

¹⁵⁹ O’Neill, Robert. M. apud FLORES, Oscar. *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*, p. 21.

¹⁶⁰ Cf. FRANKLIN, Mark. Apud FLORES, Oscar. *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Público*, p. 21.

e sensações do indivíduo¹⁶¹”, tornou-se um marco na história da tutela dos direitos da personalidade.

A verdade é que a crescente urbanização americana do século XIX, especificamente da segunda metade, trouxe a imperiosa necessidade de proteção da privacidade das pessoas. A convivência nas áreas urbanas fez com que o sentimento de indiferença da população em relação aos seus vizinhos aumentasse, sendo este considerado como um dos elementos sociológicos que promoveram o crescimento da privacidade neste período.

O artigo citado expressou a necessidade de proteção plena da pessoa e de seus bens pela *common law*, acompanhando as mudanças sociais. Assim, após o reconhecimento da natureza espiritual do homem, o direito à vida, por exemplo deixa de ser considerado apenas o direito à proteção contra atos violentos, mas o direito de não ser molestado e de desfrutar da vida em sua plenitude.

Com as grandes mudanças que a sociedade vem sofrendo, também se tornou inevitável a proteção jurídica dos sentimentos, pensamentos, emoções e sensações. Da mesma forma evoluiu a *common law* permitindo aos juízes imporem esta proteção independentemente da existência de disposição legal.

O desenvolvimento da tecnologia contribuiu sobremaneira para maior atenção à tutela da vida privada pessoa, apresentando mais garantias para que não fosse molestada e protegesse o direito de “ser deixada só”. O avanço tecnológico que permite a obtenção de imagens por meio de fotografias instantâneas, sem o conhecimento do retratado, assim como o conhecimento de fatos da vida privada de certa pessoa sem o seu conhecimento ou consentimento, passaram a representar graves ameaças.

Explicam Warren e Brandeis que os “mexericos” na vida alheia diminuem as pessoas, invertendo a relevância das coisas e reduzindo os pensamentos e anseios dos indivíduos. Tais notícias passam a ocupar um espaço disponível nos meios de comunicação que deveriam ser utilizados para abordar temas realmente relevantes, não podendo ser

¹⁶¹ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 16.

negado que os designados “ignorantes” e “inconscientes” podem confundir o que é verdadeiramente relevante e que não é¹⁶².

Fica nítido que a grande preocupação dos autores era demonstrar que o direito não pode ficar indiferente a tais acontecimentos e que deveriam ser criados instrumentos jurídicos para se contrapor estas situações, impedindo que a crescente evolução tecnológica, somada aos anseios cruéis da imprensa sensacionalista, restringisse o espaço mínimo de privacidade das pessoas.

A necessidade de um refúgio do mundo exterior se tornou imperiosa para as pessoas ante os avanços tecnológicos, visto que neste contexto o homem é agora mais sensível à publicidade e que a privacidade e a solidão passaram a ser considerados essenciais à pessoa¹⁶³.

Para os doutrinadores daquele tempo, o que a pessoa faz no âmbito de sua privacidade merece ser respeitado, estando em causa a tranquilidade e o direito de determinar que o resultado das suas horas de ócio não seja divulgado sem o seu consentimento. Foi questionado nesse momento sobre qual seria a natureza jurídica ou o fundamento do direito que impediria a publicação da privacidade. Algumas correntes doutrinárias foram analisadas à época.

A primeira defendia que esse direito era uma extensão do direito à propriedade, em razão das semelhanças entre os mesmos: são transferíveis, passíveis de valoração econômica e cujo conteúdo é uma forma de materializar o valor. Contudo, o lucro almejado não era o valor do bem privacidade em si, mas da tranquilidade adquirida ao impedir a divulgação de certos fatos. Entenderam os autores ser, neste caso, difícil identificar a privacidade com a propriedade, pois a tutela não recai apenas sobre o fato objeto da divulgação mas sobre os incidentes que dão início à manifestação do pensamento.

Também defendiam que a proteção conferida pela *common law* em relação às obras das pessoas são independentes de seu valor pecuniário, da intenção de publicá-las ou de seus méritos intrínsecos, merecendo a tutela do direito. Assim, a proteção conferida aos

¹⁶² WARREN, Samuel D. e Brandeis, Louis D. *The right to privacy in Harvard Law Review*. Vol. IV. Ano 1890, p. 197.

¹⁶³ WARREN, Samuel D. e Brandeis, Louis D. *The right to privacy in Harvard Law Review*, p. 196.

sentimentos, pensamentos e emoções, sendo materializados em suas diversas formas, deveriam ser considerados como a proteção de um direito mais amplo, qual seja, o direito a “não ser molestado”.

Mais tarde, os tribunais norte-americanos passaram a defender este direito com uma vertente contratual tácita constituída na relação de confiança existente entre aquele que expressa os seus pensamentos ou sentimentos e o outro que divulga a terceiros agindo de má-fé, não mais como uma relação de propriedade.

Concluíram assim Warren e Brandeis que “os direitos assim tutelados, qualquer que seja a sua natureza, não emanam de um contrato ou de uma especial boa-fé, mas são direitos *erga omnes*¹⁶⁴”; e “o princípio que tutela os escritos pessoais ou qualquer outra obra que seja produto do espírito ou das emoções é o direito à intimidade, e o direito não precisa formular nenhum princípio novo¹⁶⁵”.

O *right to privacy*, apresentado por Warren e Brandeis, surgiu em um momento propício – no fim do século XIX, onde ocorreram, com a evolução técnica, as transformações dos valores como o puritanismo e a austeridade, dando surgimento à “*The Right to Privacy*”¹⁶⁶. No mesmo sentido Rita Amaral Cabral entende que “a defesa autónoma da vida privada surgiu na época contemporânea, associada a alguns dos caracteres específicos da denominada civilização industrial¹⁶⁷”.

Na Alemanha, em 1846, com o livro “Princípios da Lei Natural ou da Filosofia Jurídica”, o autor Karl David Augusto Roder apresentou o direito natural à reserva da vida privada¹⁶⁸. O que nos remete para aquela perspectiva jusnaturalista acima referida.

Outro fato importante para o surgimento do direito à privacidade aconteceu na França, em 1858, no conhecido caso *Affaire Rachel* (Rachel Félix), levado ao Tribunal Civil de Seine. A famosa atriz, como disposição de última vontade, queria ser retratada no

¹⁶⁴ WARREN, Samuel D. e Brandeis, Louis D. The right to privacy in Harvard Law Review, p. 196.

¹⁶⁵ WARREN, Samuel D. e Brandeis, Louis D. The right to privacy in Harvard Law Review, p. 196.

¹⁶⁶ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e proteção de dados pessoais, pp. 271-272. Contudo, cf. o autor (p. 435) “a nossa posição sobre o bem protegido no *Right to Privacy* de Warren e Brandeis foi no sentido de resumir a *privacy* ao ‘direito à imagem’; todo o artigo, redigido numa prosa soberba de advogado no sistema common law, está funcionalizado a esta conclusão”.

¹⁶⁷ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 17.

¹⁶⁸ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 46, p. 80, abr./jun., 2003.

leito de morte, contudo não permitia a divulgação da referida imagem. Assim, após o recurso apresentado pela irmã da atriz, o Tribunal ordenou o fim das publicações e decidiu que a publicidade em torno de imagem de pessoas falecidas feria o direito à vida privada e imagem daquela.

Outro caso relevante ocorreu em 1905, de Paolo Pavesich *versus* New England Mutual Life Insurance, em que a Suprema Corte da Georgia reconheceu, pela primeira vez, o direito a estar só¹⁶⁹.

2.5.3.2 O conteúdo e a abrangência do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

Primeiramente cabe destacar a distinção apresentada por Paulo Mota Pinto de que não deve haver confusão entre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada com o direito à proteção da vida privada e a *privacy*¹⁷⁰. Segundo o autor citado, a *privacy*, reconhecida no direito norte-americano, tem uma amplitude que se aproxima no Direito português do conteúdo do direito geral de personalidade.

Neste sentido Oliveira Ascensão dispõe que o entendimento anglo-americano da *privacy* acaba por ser pertencente a um só sujeito, resultando da visão individualista do Estado e da vida, cria-se via de consequência uma zona reservada para cada pessoa, independentemente de qualquer valoração ética¹⁷¹. Chega a afirmar, o referido autor, que o

¹⁶⁹ “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 causa”. CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; DE JESUS, Inês Oliveira Andrade. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.º. 43, 2014, p. 138.

¹⁷⁰ Cf. MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra Editora, Coimbra: 2001, p. 527.

¹⁷¹ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A reserva da intimidade da vida privada e familiar. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLIII, n.º. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 14.

conteúdo da *privacy* é tão extenso “quase que um megadireito” que abarca todo o conteúdo do direito de personalidade, sendo eivado de escassa compreensão¹⁷².

Participa-se do posicionamento de que na Europa a privacidade tem contornos diversos da *privacy*, de cunho defensivo, e convive harmoniosamente com outros direitos de mesma natureza, como o direito à imagem, à honra, à inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência. Sendo esse direito mais específico dentro do contexto dos direitos de personalidade¹⁷³.

Já o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, tem como núcleo central o controle de informações sobre a vida privada, visando a proteção do interesse no controle do conhecimento da informação por outrem, pela sua divulgação ou pela simples circulação expondo a vida privada alheia indevidamente¹⁷⁴.

No que concerne aos limites da reserva sobre a intimidade da vida privada são apresentados no artigo 80º., nº. 2 do Código Civil onde se dispõe: “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e as condições das pessoas”¹⁷⁵.

Portanto, excluem-se dos limites da reserva da intimidade sobre a vida privada os interesses relativos à liberdade da vida privada, que encontram proteção no direito à liberdade previsto no artigo 27º., nº. 1, da Constituição Federal, e artigo 70º., nº. 1, do Código Civil¹⁷⁶.

Neste sentido, a previsão do artigo 80º., nº. 1, do Código Civil apresenta um controle sobre a informação relativa à vida privada, o que expressa, de forma singela, a tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Sendo possível a extensão da interpretação do conceito de autodeterminação informativa para além da proteção dos dados pessoais, mas como “aspecto do direito geral de personalidade, abrangendo a

¹⁷² Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A reserva da intimidade da vida privada e familiar, p. 14.

¹⁷³ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A reserva da intimidade da vida privada e familiar, p. 15.

¹⁷⁴ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 527.

¹⁷⁵ Cf. artigo 80º., nº. 2, Código Civil.

¹⁷⁶ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 528.

proteção perante a intrusão no domínio pessoal perante a divulgação de informações pessoais”¹⁷⁷.

Para melhor explicar sobre o conteúdo da reserva sobre a intimidade da vida privada o citado autor, de forma muito pertinente, começa com a construção semântica do termo¹⁷⁸. Para o autor a lei civil portuguesa utiliza a expressão “vida privada” para a tutela da privacidade, assim como a lei francesa no artigo 9 do Code Civil. Em contraponto com a vida pública, sem adentrar ao mérito das questões que acontecem em público, mas que dizem respeito à intimidade da pessoa, define como “vida pública é a que respeita ao público, enquanto a vida privada é a que diz respeito apenas aos particulares, abrangendo aquele ‘pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor’”¹⁷⁹.

Com efeito, deve ser admitida uma relatividade do conceito, uma vez que, na qualidade de direito da personalidade, há uma flexibilidade em razão da circunstância dos fatos e das pessoas envolvidas. O importante é que se estabeleça uma diretriz geral com critérios objetivos, como parâmetro mínimo para que possa ser verificada a lesão ao bem da personalidade. Assim, os valores sociais são decorrentes da época, “harmonizáveis com os princípios gerais do ordenamento jurídico nesta matéria, e, portanto, que além de a própria noção de vida privada ser em certa medida dependente do indivíduo, é também função das valorações de cada formação social. Esse deve ser o critério geral”¹⁸⁰.

Em termos mais concretos o que seria considerado conteúdo da vida privada?

Podemos dizer que primeiramente é a identidade da pessoa, bem como seus dados pessoais, endereço e telefone, seu estado de saúde, a vida amorosa, conjugal e afetiva da pessoa, a vida do lar, dentre outros. Não considerando o local espacialmente considerado para a definição de vida pública ou privada, mas sim o fato, independentemente de onde ocorre, sob a tutela da vida privada. Como exemplo, uma eventual discussão matrimonial ocorrida em um café: apesar do local ser público, as palavras proferidas pelo casal estão

¹⁷⁷ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 529.

¹⁷⁸ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 525.

¹⁷⁹ MOTA PINTO, Paulo. *Apud* M. Giorgianni in (La tutela della riservatezza – p.22). O direito à reserva da intimidade da vida privada, p. 526.

¹⁸⁰ MOTA PINTO, Paulo. *Apud* Antonio Cataudella in (Op.cit. p.84). O direito à reserva da intimidade da vida privada, p. 526.

sob a proteção da reserva da intimidade sobre a vida privada. As mesmas garantias reservadas à inviolabilidade de domicílio, bem como as comunicações por cartas e telefonemas, todas devem ser consideradas como atinentes à vida privada – admitindo-se, contudo, prova em contrário. Fatos passados da vida da pessoa, que nunca se tornaram públicos, por que assim não se quis ou por que foram esquecidos, fazem parte de vida privada, assim como alguns objetos que recordem fatos pretéritos. O patrimônio e a situação financeira também devem ser incluídos na vida privada da pessoa, assim como quando se é devedor ou, pelo contrário, ganhador da loteria. Da mesma forma, podemos classificar os atributos pessoais do sujeito, seus dotes ou suas mazelas físicas ou psíquicas, bem como hábitos pessoais¹⁸¹.

Assim, o direito à vida privada configura-se na faculdade que as pessoas têm de fazer com que certos fatos que se relacionem consigo, com as suas opiniões ou com as suas comunicações, sejam considerados íntimos ou confidenciais, excluindo-os do conhecimento de terceiros e restringindo a sua divulgação¹⁸².

A propósito, Capelo de Sousa faz a distinção entre a vida privada não íntima e a intimidade da vida privada. Para o autor a vida privada não íntima é aquela relacionada a aspectos profissionais da vida da pessoa, ou aquela muito próxima da esfera pública, respeitando os lares da pessoa, realizados em público ou não. Assim, a intimidade da vida privada é protegida pelo artigo 80º. do Código Civil, ao passo que a vida privada não íntima encontra proteção no direito geral da personalidade, tutelado pelo artigo 70º. do Código Civil¹⁸³.

¹⁸¹ MOTA PINTO, Paulo. Em sua obra citada, refere-se a Adriano de Cupis ao inserir o comentário sobre o problema particular dos fatos constantes nos registros públicos, que devem ser objeto de proteção contra divulgações abusivas. Segundo ele, faz parte da proteção à vida privada, apesar do acesso aos registros públicos não serem rigorosamente limitados, conforme o artigo 265º. do Código de Registro Civil.

¹⁸² MOTA PINTO, Paulo. *Apud* R. Wacks e R. Gavison. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 508.

¹⁸³ Nas palavras do autor “é garantia no artigo 80º. do Código Civil, e abarca quer as relações de cada homem consigo mesmo (nomeadamente, os seus direitos de estar só e sobre o acesso do seu corpo, da sua saúde, das suas convicções, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva), quer as suas relações convivenciais com certas e determinadas pessoas próximas (máxime, a intimidade da vida familiar, doméstica, sentimental e sexual), quer mesmo com o conjunto ou sectores da comunidade (v.g. os dados pessoais não informatizáveis, o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do domicílio e de lugares adjacentes; a chamada orientação sexual, o despendimento de um trabalhador anónimo, e actos de filantropia anónima), quando tais relações estejam estreita ou profundamente ligadas ao essencial do *modus vivendi* da personalidade individual, sejam autónomas ou prevaletentes sobre os interesses respeitantes à coisa pública e o seu titular não as queira tornar do conhecimento do público”. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath

A segunda parte a ser analisada é assim a referência do n.º. 1, do artigo 80.º. do Código civil sobre a “*intimidade* da vida privada”. Faz-se importante citar a distinção que doutrina apresenta entre o conceito de privacidade e intimidade.

A privacidade engloba vários aspectos, nomeadamente os fatos cotidianos, onde se trabalha, onde reside, o número telefónico da residência ou com quem se convive diariamente. São fatos que não correspondem necessariamente ao conceito de intimidade, apesar de se relacionarem com uma pessoa específica. Acaba por englobar aqueles nuances da vida que são próprios das pessoas, mas que não estão relacionadas com a intimidade delas.

Já a intimidade é uma parcela da privacidade, pois compreende fatos relacionados a cada pessoa e que somente são divulgados a um pequeno grupo de pessoas, dentre as quais se estabelece uma estreita relação de confiança¹⁸⁴.

Para Paulo Mota Pinto “poderia dizer-se que o termo ‘intimidade’ serve para delinear melhor o interesse aqui em causa – o interesse na privacidade, tal como delimitámos -, excluindo-se, pois, por esta via, a tutela de outros aspectos da vida privada¹⁸⁵”. E explica que ao se fazer a distinção entre a intimidade da vida privada e vida privada, ficariam tuteladas somente aquelas que ocorressem no domínio particular da pessoa, resguardado de todo o conhecimento alheio. Contudo, não é esse o entendimento que colhemos, pois “por outro lado, o facto de certos aspectos da vida privada estarem protegidos mesmo contra a tomada de conhecimento, e não só contra respectiva

Valentino Aleixo. Conflitos entre a liberdade de imprensa e a vida privada *in* ABVNO OMNES. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1128/1129.

¹⁸⁴ MARTINS, Ives Granda Martins, e PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Apud* ALONSO, Félix Ruiz. Direito à Privacidade. Obra coletiva São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 17. Tem uma visão diferente do conceito expressado de privacidade e intimidade, sendo que para ele esta “é o âmbito interior da pessoa mais profundo, mais recôndito, secreto ou escondido dentro dela”. Segundo o autor na intimidade que a pessoa tem a oportunidade de descobrir a si própria, e se reveste de atos humanos internos, que dizem respeito somente ao próprio sujeito. A privacidade assim estaria compreendida em um estágio posterior, relacionada aos atos humanos exteriores, que dizem respeito ao sujeito, mas que não devem sair das pessoas mais próximas ao emissor. Assim, a privacidade estaria entre a intimidade e a vida social da pessoa.

¹⁸⁵ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 530.

divulgação, parece depender antes do tipo de actuação vedada (...), e não pode ter que ver com a pretendida ‘intimidade desses aspectos’¹⁸⁶.

É certo que em alguns casos o artigo 81º., nº. 1, do Código Civil, não tutela a vida privada não íntima, apenas protege a divulgação dos fatos, o que não permite uma relação entre a “esfera íntima” e a “esfera secreta”.

Outra interpretação em relação ao significado de intimidade, seria a exclusão, neste conceito, de aspectos da vida profissional, também chamados de “segredo dos negócios”. Ou seja, aspetos que mesmo fazendo parte da vida privada seriam considerados íntimos.

Importante reprimir que não se pode relacionar a intimidade do fato em razão do local onde que ocorreu, Capelo de Sousa considera ainda a hipótese do titular revelar publicamente, mesmo que de forma involuntária, os seus segredos, e por isso perder o controlo dos detentores de tal segredo¹⁸⁷, deve-se ainda guardar segredo, não cessando automaticamente pelo fato de ter conhecimento do segredo por revelação pública do seu titular, somente nos casos previstos em lei.

É certo que são fatores a ser ponderados quando analisadas possíveis lesões ao direito da reserva sobre a intimidade da vida privada, contudo, existem vários outros fatores a considerar.

Finalizando a análise dos termos, pautamos agora no que consiste a “reserva” sobre a intimidade da vida privada. Verifica-se primeiramente que “a reserva estende-se tanto aos factos verdadeiros como aos falsos, sendo inadmissível a *exceptio veritatis*. É que não está aqui em causa a protecção da reputação ou da honra, mas a da privacidade, pelo que se tutela mesmo o segredo da desonra e não se admite a prova da verdade dos factos imputados¹⁸⁸”.

Outra observação relevante é de que o termo “reserva” acaba por excluir qualquer dúvida acerca da possibilidade de divulgação de fatos referentes à vida privada. “Deste

¹⁸⁶ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 530.

¹⁸⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade, 1993, p. 336.

¹⁸⁸ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 533.

modo, são proibidas, designadamente, a tomada de conhecimento e a divulgação (ou revelação) de informação, correspondendo estas proibições às já salientadas tutelas do interesse do segredo (...) e do interesse na não difusão¹⁸⁹”.

Sabe-se que, muitas vezes, a tomada de conhecimento da informação que se inclui no núcleo da reserva sobre a intimidade da vida privada aconteceu de forma lícita. De outro modo, para verificar se a divulgação é ilícita devemos considerar as “formas de desrespeito”.

No que concerne à infringência na intimidade da vida privada por “intrusão”, como os casos de filmes e captação de fotografias íntimas das pessoas, verifica-se que o dever de reserva abrange também o segredo¹⁹⁰. É a proibição de ações direcionadas a tomar conhecimento da intimidade da vida privada de outrem.

Em relação à outra forma de violação da reserva, a “divulgação” ou “revelação”, deve ser verificada a possibilidade de se identificar ou não a pessoa, mesmo que não identificável diretamente, na matéria publicada em qualquer das formas e meios de comunicação. Vindo a infringir o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, é considerado, sem objeções, um ato ilícito e rechaçado pelo direito.

Em suma, segundo JJ. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação ao artigo 26.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, deve-se analisar o direito à reserva da intimidade da vida privada através do direito a impedir o acesso de estranhos a informações e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem¹⁹¹.

No que concerne à abrangência do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, torna-se necessário estabelecer qual o verdadeiro alcance da proteção dada pelo legislador ao citado direito.

¹⁸⁹ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 534.

¹⁹⁰ Cf. MOTA PINTO, Paulo *apud* DE CUPIS, Adriano de. Não há um direito geral ao segredo, visto que “a proteção jurídica do segredo é rigorosa, e ‘um tal rigor da tutela jurídica, que limita fortemente a liberdade alheia, é incompatível com uma excessiva extensão do direito ao segredo’”. Assim, o direito ao segredo, sendo mais gravoso para terceiros do que a mera proibição de divulgação, só existiria em casos especialmente previstos no ordenamento jurídico, como no segredo doméstico em relação à informação do interior do lar, no segredo epistolar ou noutros meios de comunicação, ou no segredo documental. Ora, em relação a estas matérias não há dúvida de que se deve admitir um direito ao segredo.

¹⁹¹ CANOTILHO, JJ. Gomes, MOREIRA, Vital, e. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, p. 467.

Capelo de Sousa¹⁹² explica que está ínsito a natureza do homem, enquanto ser pensante, livre e capaz de responsabilidade, ter autonomia além de física a moral, para conduzir sua vida como melhor entender, elegendo, criando e assumindo a sua escala de valores na condução de seu comportamento. Neste sentido de autonomia ante a vida social “pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (*right to be alone*), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar¹⁹³”, seja na intromissão na instrumentalização ou divulgação dos dados ali existentes, este traduz-se no conteúdo da reserva da intimidade da vida privada.

Sabe-se que nem todos os fatos vivenciados pela pessoa são acobertados pelo manto da privacidade e, da mesma forma, nem toda divulgação destes fatos infringe a esfera da intimidade da vida privada. Assim, para que se verifique a lesão à personalidade, deve-se constatar qual bem tutelado foi atingido, demonstrando desta forma que os direitos da personalidade são limitados.

Orlando de Carvalho¹⁹⁴ faz a pertinente observação de que é necessário delimitar a extensão do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada para serem evitados argumentos que representem nada mais do que egoísmo pessoal.

A título de exemplo, se a pessoa é portadora de doença grave que pode ser curada havendo tratamento temporâneo, há possibilidade de ter transmitido geneticamente para outros membros da família; faz-se então necessário a informação aos outros possíveis portadores, para que façam o tratamento o mais cedo possível e preservem suas vidas. Sucede que essa divulgação poderia expor a intimidade do doente, lesionando seu direito à reserva da intimidade da vida privada. Ainda assim, conclui-se que este direito não poderá prevalecer perante o direito à vida daqueles que sofreram a contaminação genética. Assim, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada encontra uma certa limitação.

Por outro lado, Oliveira Ascensão, contrariando a base fundamental do direito, entende que a pessoa só assim é considerada se exercer a convivência social e a

¹⁹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade, 1993, p. 317.

¹⁹³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade, 1993, p. 317.

¹⁹⁴ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos. Coimbra: Centelha, 1981, p. 181.

solidariedade. Neste sentido, “nenhuma defesa de privacidade pode ser mais forte que este traço essencial da personalidade¹⁹⁵”.

Outra limitação é a previsão do artigo 80º., nº. 1, do Código Civil, que estabelece que “todos devem guardar reserva quanto à vida privada de outrem”, complementando no nº. 2 que “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

Rita Amaral Cabral explicando os contornos do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada analisa separadamente as duas principais informações do artigo supracitado, ou seja, a condição das pessoas e a natureza do caso¹⁹⁶.

Em relação ao primeiro termo – condição das pessoas – significa que “o diâmetro da vida particular depende do modo de ser do indivíduo que nela se integra, e varia com a forma pela qual este se insere na sociedade¹⁹⁷”. Neste sentido o que pode ser entendido por privado e sigiloso para um pode não ser para outro, devendo ser analisada a esfera de proteção conforme cada pessoa. Quanto ao segundo a - natureza do caso – este não deriva da análise subjetiva do envolvido mas de caracteres objetivos relacionados a questões externas¹⁹⁸. Outra situação é o caráter histórico a que está relacionado, tendo em vista a permissão concedida ao autor de adentrar às esferas mais íntimas das personagens objeto de estudo, com intuito de contextualizar e explicar eventos passados¹⁹⁹.

Tal dispositivo está de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ratificada em Portugal pela Lei nº. 65/78, de 13 de outubro de 1950, prevendo em seu artigo 8º., nº. 1.: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência²⁰⁰”.

¹⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil, p. 120/121.

¹⁹⁶ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 25.

¹⁹⁷ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, p. 26

¹⁹⁸ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, pp. 28-29.

¹⁹⁹ Cf. CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil, pp. 29-30.

²⁰⁰ Cf. artigo 8º., nº. 1 da Lei nº. 65/78.

Neste contexto, a pessoa, titular de direitos, precisa de encontrar e reconhecer limites que são impostos pela vida em sociedade, sejam as normas editadas pelo Estado ou os direitos das outras pessoas com as quais convive.

Anterior àquele diploma é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, que estabelece no artigo 12º. 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”²⁰¹. Prescreveu a referida Declaração que em havendo ataques ou intromissões a pessoa tem direito à proteção da lei.

Analisando os textos legais citados, denota-se que está ausente a fronteira do conteúdo da vida privada, considerando que a Declaração Universal cita apenas “intromissões arbitrárias”, a Convenção Europeia é omissa e o Código Civil Português deixa a critério do julgador, conforme n.º 2 do artigo 80º., a análise da abrangência deste direito.

Na verdade, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República portuguesa definiu com precisão o que se deve entender por “privacidade”: “aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por razões naturais de resguardo e melindre, como os sentimentos, afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe (...)”²⁰².

Assim, o direito à reserva da intimidade da vida privada deverá adaptar-se às novas situações sociais, definindo seus contornos conforme os anseios sociais, não sendo a *ratio* do artigo 80, citado acima, exaustivo, mas sim exemplificativo. Em sendo direito da personalidade deverá ser considerado absoluto, na característica de ser oponível contra todos. Porém, não ilimitado.

2.5.3.3 Limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

²⁰¹ Cf. Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Europeia e Código Civil português.

²⁰² N.º 121/1980, Pareceres, Lisboa, 1998, VII, p. 76.

Conforme já disposto anteriormente, a previsão da tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada está prevista no artigo 26º, nº. 1, da Constituição da República, e no artigo 80º. do Código Civil português. Assim, é reconhecido como direito fundamental, intransmissível e irrenunciável, “daí não se segue, porém, que o titular do direito não possa, em maior ou menor medida, efectuar disposições voluntárias sobre ele, num exercício de liberdade que constitui”²⁰³, nas palavras de Paulo Mota Pinto.

De fato, a definição do alcance da vida privada depende do indivíduo que se relaciona. Desta forma, desde logo cabe à pessoa delimitar o que entende por objeto da reserva da vida privada a ser protegido. Neste sentido o artigo 80º, nº. 2. do Código Civil define o limite à reserva “conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”²⁰⁴. Não se trata ainda de limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, mas de limites internos do direito, sem implicar em uma redução: “Trata-se, simplesmente, da conformação do objeto a que se refere a ‘autodeterminação informativa’ em causa – a vida privada -, pelo seu titular, a qual se efectuará, normalmente, por actos materiais ou reais”²⁰⁵.

Assim, depreende-se que os limites internos são traçados pelo próprio sujeito quando define o objeto e o conteúdo deste direito e, de outro modo, os limites extrínsecos relacionam-se no confronto com os diversos bens ou direitos já tutelados na ordem jurídica. Ou seja, tal como já havíamos concluído, deve-se definir um conceito de “vida privada” adequado a cada pessoa e à luz da vida contemporânea²⁰⁶

Além das limitações apresentadas – quais sejam, o titular delimitar o âmbito de sua vida privada ou de ser considerada a natureza do caso e da própria condição daquele –, as pessoas podem acordar uma certa limitação ao seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, visto que, apesar de protegido constitucionalmente, este direito é disponível, permitindo sua limitação a critério do titular. Com efeito, “A própria ideia de controlo da informação, através da qual se satisfazem, tanto o interesse na não divulgação,

²⁰³ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 527.

²⁰⁴ Cf. artigo 80º, nº. 2. do Código Civil português.

²⁰⁵ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 532.

²⁰⁶ CANOTILHO, JJ. Gomes, MOREIRA, Vital, e. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, p. 468.

como o interesse no segredo, implica que essa satisfação seja posta na dependência de valorações do interessado”²⁰⁷.

A divulgação da informação pelo titular ou a autorização e consentimento para que terceiro o faça, são formas de limitação voluntária, como o exercício do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Assim, “o consentimento, acordo ou autorização deve”²⁰⁸, pois, ser considerado como limitativo do próprio direito – não como causa de justificação para a violação deste”²⁰⁹, pois é contrária à previsão do artigo 80º, nº, 2, especialmente à luz da dignidade humana.

Pedro Pais de Vasconcelos conclui o pensamento de que “uma tal disposição normal e corrente de direito de personalidade, que não seja revogável nos termos do nº. 2 do artigo 81º., é nula – e, sobretudo ineficaz”²¹⁰.

A declaração negocial de limitação voluntária está submetida ao regime geral do Código Civil, sendo aplicáveis os princípios da liberdade de forma (artigo 219º.) e liberdade declarativa (artigo 217º, nº. 1.). Pode ser manifestada de forma expressa ou tácita, sendo um comportamento conclusivo do titular. Contudo, há que verificar os interesses em causa, verificando-se designadamente a integridade do consentimento, como por exemplo, em situações de inferioridade econômica o titular é levado a limitar seu direito à reserva com medo de eventual recusa de contratação por parte do empregador. Nos casos em que a integridade do consentimento está comprometida, há possibilidade de anulação da declaração volitiva, com fundamento no vício de vontade, na sua ilicitude, na contrariedade da ordem pública ou nos bons costumes, bem como na incapacidade do titular.

²⁰⁷ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 534.

²⁰⁸ Cf. MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 537 – “outra questão é a de saber se a autorização para limitação voluntária do direito à reserva deve ser considerada como acto não negocial – simples acto jurídico integrado por uma declaração que produziria os efeitos previstos na lei, e, portanto, qualificável como ‘quase-negócio jurídico’ (Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen) – ou como negócio jurídico, quer negócio unilateral, quer contrato”. Neste sentido, “julgamos que a autorização para a limitação voluntária do direito à reserva, emitida no confronto de outrem, deve ser considerada um negócio jurídico, seja quando integrada num verdadeiro ‘contrato de autorização’ (...) seja como negócio unilateral”.

²⁰⁹ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, pp. 535 - 536. Cf. o autor “no direito penal, a autorização do titular do bem jurídico protegido pode constituir um verdadeiro consentimento – como causa excludente da ilicitude – ou um simples acordo excludente da própria tipicidade da ofensa, consoante a estrutura do bem jurídico protegido.

²¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. O direito da personalidade, p. 154.

Apesar da declaração negocial de limitação do direito à reserva ter sido manifestado, “será necessária autorização específica para a publicação de novos acontecimentos, factos ou aspectos que ainda façam parte da vida privada, mesmo que relacionados com os objetos da autorização”²¹¹. Esta autorização específica não pode ser perpétua, devendo ser delimitado um tempo certo para produção de seus efeitos.

No que concerne à capacidade para a declaração da limitação voluntária, a solução deve passar pela natureza dos interesses em questão. Em se verificando que o menor tem capacidade para discernir o ato e prestar seu consentimento, se exigirá que ele o faça. Orlando de Carvalho entende que “seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor ou interdito, quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida dele”²¹². Contudo, caso o incapaz não tenha o discernimento necessário para a realização do ato ou mesmo para avaliar suas consequências, não é exigida a manifestação da sua vontade.

No que consiste aos limites materiais da limitação voluntária, é certo que em se tratando de situação excepcional o consentimento ou acordo deve ser delimitado em seu aspecto material e temporal, sendo passível de nulidade caso contrarie os princípios de ordem pública, nos termos do artigo 81º., nº. 1 do Código Civil. E da mesma forma se essa cláusula ou contrato contrariar uma disposição legal imperativa.

Desta feita, o titular do direito pode dispor do mesmo como bem lhe provier, respeitando os limites já transcritos. Quanto às finalidades em que se dá o consentimento ou acordo, não há qualquer objeção a que sejam a título oneroso. É comum hoje em dia a realização de entrevistas e publicações em que celebridades dispõe de parte sua vida privada com finalidade lucrativa direta ou indireta (obtenção de notoriedade).

Neste sentido, “pode dizer-se que, quando o direito assegura ao titular, pelo seu conteúdo, o controlo sobre determinadas informações, uma das formas de o exercer é ainda através da sua ‘comercialização’”²¹³.

²¹¹ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 540.

²¹² CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º. Ano (1ª. turma) do curso jurídico de 1980/81, Coimbra, p. 184.

²¹³ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 551.

No que diz respeito à revogabilidade da limitação voluntária, de acordo com a previsão do artigo 80º., nº. 2., inexistirá obrigação do titular de “indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”, no caso de ter sido feita reserva do direito à revogação, no momento da disposição da vontade.

O problema está nos casos em que não há disposição expressa ou tácita sobre qualquer reserva ou condições revogatórias da limitação. Valendo novamente do artigo 80º., nº. 2, há previsão de que a limitação voluntária “quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”²¹⁴.

Por outro lado, verifica-se em uma perspectiva atual a tendência em explorar patrimonialmente os direitos da personalidade, como a imagem e a reserva sobre a intimidade da vida privada. Está prevista no próprio Código Civil a possibilidade de “limitação voluntária” aos direitos da personalidade, desde que não contrariem os princípios de ordem pública²¹⁵.

É de notar a diferença do objeto do direito do titular na reserva sobre a intimidade da vida privada e outros direitos. Pois, por exemplo, o direito à vida, integridade física e à imagem, surtem seus efeitos sem a interferência do titular. São direitos que incluem bens determináveis, mesmo que em seu conteúdo seja incluído um controle sobre a informação²¹⁶.

2.5.3.4 O direito à reserva da intimidade da vida privada e figuras afins

O direito à honra, reputação e bom nome, fazem parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e trata-se da “dignidade pessoal pertencente à pessoa

²¹⁴ Cf. MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 551.

²¹⁵ Cf. MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 527.

²¹⁶ Cf. MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, p. 531.

enquanto tal, e reconhecida na comunidade em que se insere e em que coabita e convive com outras pessoas²¹⁷”. É um direito essencial à qualidade humana.

Há duas vertentes para a honra, quais sejam, a pessoal, subjetiva, e a social, objetiva. Na honra objetiva releva-se o respeito e consideração que cada pessoa recebe da comunidade em que está inserida. Na honra subjetiva, pessoal, verifica-se a consideração e o respeito que pessoa tem de si própria.

As ofensas à honra são ilícitas, quer quando atingem a esfera objetiva ou subjetiva, sendo de maior gravidade aquelas cometidas através da comunicação social. Apesar de também ser consagrado na Constituição o direito à liberdade de imprensa, a defesa da honra é considerada hierarquicamente superior, por estar no âmbito especial dos direitos da personalidade. Por isso, em princípio, deve prevalecer.

Uma breve reflexão que surge neste ponto é se as chamadas “figuras públicas” beneficiam de uma tutela reduzida da honra e da privacidade? A resposta uníssona da doutrina é de que o direito à privacidade e à honra podem ser compatíveis com o interesse público em revelar certos fatos e situações; no entanto, somente no que for estritamente necessário e relacionado ao caráter público do objeto posto em questão, mas nunca relacionado ao caráter público da pessoa exposta.

O artigo 180º., nº. 2, do Código Penal, que tipifica o crime de difamação, prevê que somente a conduta não é punível nos casos em que fique comprovado que se pretendia realizar interesse legítimos ou que se tratava de uma imputação verdadeira ou fundamento sério para a reputar verdadeira. E mesmo que o interesse público precise agredir a honra ou a privacidade de determinada pessoa, prevalece o princípio do mínimo dano²¹⁸.

No que concerne ao direito de imagem, a previsão do artigo 79º refere-se à defesa da pessoa quando, sem o seu consentimento, tem seu retrato exposto, reproduzido ou comercializado. Há dispensa do consentimento, conforme previsão do nº. 2 do artigo, quando houver justificativa de sua notoriedade, nomeadamente em razão da função que desempenha, questões relacionadas com a justiça ou a política, fins científicos, didáticos e culturais, ou quando a imagem estiver em local público ou os fatos expostos tenham

²¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. O direito da personalidade, p.76.

²¹⁸ O princípio do mínimo dano dispõe que o meio utilizado seja o menos danoso possível para a honra e privacidade do atingido.

ocorrido em local público ou revelem interesse público. Toda esta exceção encontra obstáculo no nº. 3, não podendo ser revelado o fato se resultar prejuízos para a pessoa fotografada, em sua honra, decoro ou reputação.

O comentado anteriormente com relação à limitação do direito à honra com pessoas com notoriedade, cabe também para o direito à imagem. São eximidos de responsabilidade apenas aqueles que comprovem a efetiva necessidade de demonstrar tal imagem em razão do interesse público posto em questão.

Sendo atualmente explorado o direito à imagem como bem econômico, passa a ser permitida a comercialização de acordo como artigo 81º. do Código Civil.

2.5.3.5 A evolução da tecnologia e das comunicações e a relação com a maior ocorrência de violações do direito à reserva da intimidade da vida privada

As formas de manifestação do pensamento começaram com expressões gestuais, seguidas da fala, exigindo-se a presença física do emissor e do receptor da mensagem, considerando que a inexistente a preocupação na captação clandestina da mensagem e a divulgação sem o conhecimento do emissor²¹⁹.

Posteriormente, a comunicação passou a ser realizada através da palavra escrita, o que possibilitou que a mensagem chegasse ao destinatário, à distância, sem qualquer alteração. Contudo, muitas vezes a precariedade das formas envio prejudicavam o imediatismo da informação e, ao chegar ao destinatário, o conteúdo da mensagem já estava desatualizado²²⁰.

No que concerne às imagens, eram feitas somente na presença do retratado, quer na antiguidade com as pinturas de seus retratos, quer em passado não muito remoto por meio das máquinas fotográficas, em que a pessoa tinha pleno conhecimento que a imagem estava sendo captada²²¹. Da mesma forma, era inexistente a preocupação de divulgação de fatos que revelassem a intimidade das pessoas dentro de seus lares, pois somente aquele

²¹⁹ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 107-108.

²²⁰ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. pp. 107-108.

²²¹ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. pp. 107-108.

que tinha acesso, com a permissão dos moradores naquele local, é que detinha conhecimento de tais fatos e tinha possibilidade de divulgá-los. Não havia assim grande aparato eletrônico que pudesse ultrapassar os limites da propriedade alheia sem o conhecimento dos proprietários.

Atualmente, com o avanço da tecnologia, as formas de transmissão das mensagens e comunicação passaram a ter uma velocidade e dimensões territoriais muito significativas, especialmente quando falamos dos meios virtuais, em que é possível, em segundos, transmitir uma mensagem a alguém que está do outro lado do planeta.

Assim, é certo que as transformações sociais e a forma de interação das pessoas evoluiu imensuravelmente ao longo dos anos, porém fez com que houvesse uma diminuição da proteção do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Pois, quanto mais rápido e fácil é a propagação da informação, maior e mais veloz o dano que pode ser causado ao se divulgar fatos que infrinjam a intimidade das pessoas.

Com efeito, a intimidade da vida privada passou a ser cada vez mais ameaçada, a ponto da doutrina norte-americana apresentar uma diferenciação de três etapas da evolução do referido direito, nomeadamente: o período entre os anos 1780 a 1880, correspondente à era pré-tecnológica; entre 1850 a 1950, a era do primeiro desafio tecnológico, com a criação dos microfones (1870), da fotografia instantânea (1880), do telefone (1880), da gravação de sons (1890), dentre outros; e a era do segundo desafio tecnológico, originada em 1950, caracterizada por apresentar meios mais sofisticados e multiplicar os meios de detecção, difusão e reprodução audiovisual e informático²²².

Desta forma, primeiramente, a evolução técnica das impressões tornou a propagação das notícias e imagens cada vez mais fácil e rápida, atingindo uma distância cada vez maior e um número incontável de destinatários. Para Januário Gomes, “o nascimento da necessidade de tutelar juridicamente a existência duma zona íntima nasceu duma particular evolução da técnica²²³”.

Na mesma proporção do avanço tecnológico e da necessidade de maior proteção à reserva da vida privada, surgiram normas protetoras desta. Sabe-se que hoje uma notícia

²²² MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. pp. 107-108.

²²³ GOMES, M. Januário. O problema da salvaguarda da identidade antes e depois do computador. Boletim do Ministério da Justiça, nº. 319, Outubro/1992, p. 26.

transmitida através da Internet em segundos alcança o globo terrestre. E a má utilização deste recurso por alguns fez com que toda a população temesse diariamente os possíveis ataques e violações à suas esferas íntimas e privadas.

O que é chamado hoje de tratamento dos dados pessoais é a alteração da informação disponibilizada por uma pessoa na rede mundial de computadores, e aquele que é o responsável por zelar esta²²⁴.

²²⁴ Cf. MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. A protecção da vida privada e a Constituição. BFD 76 (2000), p. 198 – “os perigos do tratamento de dados pessoais e a correspondente necessidade de protecção da vida privada são conhecidos: a possível ausência de qualidade de dados, a sua inexactidão, não actualização e eventual possibilidade de estarem incompletos; o risco de um maior apetite por dados criados, por acumulação da capacidade do tratamento de dados; a possibilidade de centralização de ficheiros informáticos, com o desenho de ‘perfis electrónicos’ da pessoa; o possível tratamento de ‘dados sensíveis’, que dizem respeito a aspectos da vida privada ou que podem afectar especialmente a vida (assim, por exemplo, os antecedentes criminais).”

3. A TUTELA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA NO REGULAMENTO Nº. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA

3.1 Sociedade da informação – do direito a privacidade à identidade informacional

Conforme já disposto anteriormente, com base na dignidade da pessoa humana os direitos de personalidade passam a conceder garantias mínimas ao desenvolvimento livre do ser humano, protegendo em uma das esferas sua reserva de vida privada. Contudo, passamos do conceito do direito da reserva sobre a intimidade da vida privada, para os avanços tecnológicos da necessária proteção de dados (pessoais), amparada no valor fundamental de autodeterminação informacional para um conceito mais completo de identidade informacional²²⁵.

Nesse sentido, a privacidade que se formava a partir da faculdade da pessoa em levar ao conhecimento de terceiros fatos seus ditos como íntimos se transformou em direito a que esses mesmos fatos ou aspectos da pessoa de conhecimento de terceiros não sejam utilizados contra ela própria como fatores discriminatórios. Surgem assim - conforme pensamento expressado pela autora Maria Leonor da Silva Teixeira – o direito a ser esquecido, ao segredo, a controlar informações e dados pessoais²²⁶.

Assim, a autodeterminação informativa é elevada à categoria de direito fundamental relacionando-se com outro direito em âmbito constitucional da dignidade da pessoa humana, assegurando-se aqueles aspectos da vida pessoal e íntima da pessoa²²⁷.

Neste sentido se insere a proteção dos dados pessoais, que se destaca “a proteção respeita a pessoas, não a ‘dados’”²²⁸, e deve ser qualificada como direito de personalidade, pois protege um “bem da personalidade”, conforme explica Alexandre Sousa Pinheiro.

²²⁵ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 777.

²²⁶ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – Uma visão futurista. *Revista do Ministério Público* 135. Julho/Setembro: 2013, p. 81.

²²⁷ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 81.

²²⁸ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 803.

É certo que estes direitos – “à proteção de dados pessoais, à *privacy*, à vida privada, a reserva da intimidade ou à intimidade pessoal”²²⁹ se traduzem nas respostas obtidas aos anseios sociais idênticos dispostos em períodos históricos diversos.

Importante reflexão traz Manuel Januário Gomes, ao afirmar que “se não é rigoroso sinonimizar-se o direito à privacidade com a zona de encontro entre a Informática e o Direito, também não o é o direito à privacidade com o direito da proteção de dados”²³⁰. Visto que nem toda recolha e tratamento concedido aos dados pessoais caracterizam infringências à esfera íntima. No mesmo sentido “nem tudo que concerne à *privacy* tem a ver com o direito à proteção de dados”²³¹, mas não se desconsidera que efetivamente há um ponto de encontro entre eles.

É certo que o desenvolvimento tecnológico apresentou novos desafios para a proteção de dados pessoais. Os documentos disponibilizados pelo titular na rede mundial *Internet*, tais como fotografias, informações e comentários, ficam permanentemente no local depositado, sejam redes sociais, blogs ou outras páginas. Somado ao fato do acesso por meio dos motores de busca, ser possível a qualquer pessoa e de forma muito ágil, isso faz com que a informação ali disposta possa em segundos ganhar o mundo, não havendo como reverter tal quadro.

A exemplo desta realidade nas redes sociais é permitido o acesso indiscriminado a informações pessoais do titular, caso este não se atente às políticas de privacidade e não coloque os devidos limitadores de privacidade em sua conta.

Outro grave problema é a recolha de informações sem o conhecimento do titular, que ocorrem por meio dos *cookies*²³² instalados no computador daquele quando acessa a rede, fazendo com que fuja totalmente de seu controle os próprios dados disponibilizados. Ainda há softwares de transferência de dados que cruzam as informações para formação dos perfis, especialmente aqueles com interesses comerciais, neste caso a identificação de dados anônimos torna demasiado difícil a proteção pelo titular.

²²⁹ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 823.

²³⁰ Cf. GOMES, M. Januário. O problema da salvaguarda da identidade antes e depois do computador, p. 22.

²³¹ Cf. GOMES, M. Januário. O problema da salvaguarda da identidade antes e depois do computador, p. 22.

²³² Cookies são informações escondidas trocadas entre um utilizador da Internet e um servidor e guardadas em um ficheiro no disco rígido do utilizador, podendo constituir um meio de controle da atividade do internauta. Disponível em: https://europa.eu/european-union/abouteuropa/cookies_en. Acesso 10/07/2017.

Denota-se que os custos para manter as informações na rede são economicamente mais viáveis do que os de torna-los anônimos ou excluí-los por completo, assim as entidades responsáveis pelo tratamento dos dados tem a tendência em mantê-los²³³.

Pensando nesta nova realidade é que a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu apresentaram no Regulamento n.º. 2016/679 alguns dispositivos na tentativa de minimizar os danos sofridos pelo titular no âmbito da sua reserva de intimidade da vida privada, os quais passamos a discorrer.

3.2 O direito a ser esquecido como meio de tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada - previsão do artigo n.º. 17º do Regulamento (UE) 2016/679

O direito a ser esquecido teve origem no Droit à l’oubli²³⁴, foi utilizado na época para eliminar cadastros de antigos reclusos, que após terem cumprido suas penas, sentiam grandes dificuldades de reinserção social, por ainda constar no registro criminal seus nomes.

A primeira decisão de maior repercussão sobre o tema veio da Alemanha, do Tribunal Constitucional Federal no caso “Lebach I”²³⁵. Tratou-se de um documentário que seria apresentado em um canal público televisivo chamado “ZDF”, se referia a um evento que aconteceu há alguns anos anteriores, em que 4 soldados foram assassinados em instalações militares. No referido documentário eram citados os nomes dos criminosos e havia representação por atores de semelhança física com aqueles, seriam inclusive apontados fatos pessoais dos acusados, como a homossexualidade praticada entre eles.

²³³ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS, Opinião de 14 de Janeiro de 2011, parágrafo 84. Disponível em: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2011/11-01-14_Personal_Data_Protection_EN.pdf.

²³⁴ DAVID LINDSAY, “*The “right to be Forgotten” in Emerging Challenges in Privacy Law – Comparative Perspectives* Cambridge University Press, 2014, p. 302 Apud European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on free Movement of Such Data. Brussels, 16 January 2013.

²³⁵ Esta decisão de 5 de junho de 1973, referente ao caso Lebach, pode ser consultada, na língua inglesa, em: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm>.

Sendo um dos acusados condenados a seis anos de pena de prisão, que estava a cumpri-la no momento que teve conhecimento do documentário.

Ante a possibilidade de ver seu nome e situação expostos em uma rede televisiva aberta ao público, requereu ao Tribunal Constitucional que fosse impedida sua emissão. Obteve decisão positiva, entendendo o Tribunal que a transmissão do documentário atingiria, de forma grave, o livre desenvolvimento da personalidade humana do recorrente, devido à estigmatização que seria provocada na esfera íntima daquele, que se transformaria em nova sentença social e dificultaria sobremaneira a reinserção social daquele indivíduo. Nesta decisão prevaleceu a possibilidade de ressocialização do condenado em detrimento à liberdade de expressão.

Transpondo essa situação para a atual preocupação social, o cuidado em tutelar a reserva sobre a intimidade da vida privada na proteção dos dados pessoais, o Regulamento (UE) 2016/679, dispõe expressamente no artigo nº. 11º., *in verbis*: “o tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações ou com medidas de segurança conexas com base no artigo 6º., nº. 1, só é efetuado sob o controlo de uma autoridade pública”, ou sendo este tratamento autorizado por disposições do direito da União ou de um Estado-Membro, desde que sejam preservadas as garantias adequadas ao titular dos dados bem como as liberdades que lhe são inerentes. Mas sobretudo prevê o referido artigo na última parte que “os registos completos das condenações penais só são conservados sob o controlo das autoridades públicas”²³⁶.

De seu conceito mais atual o “right to be forgotten” traduz-se no direito a ser requerida a eliminação dos dados pessoais, ou de quaisquer referências que possam conectar o fato divulgado à pessoa que o realizou. Nas palavras de Maria Leonor da Silva Teixeira, “com carácter inovador é agora implementado o ‘direito ao esquecimento’ (...), por isso o titular dos dados, para além da possibilidade de obter do responsável do tratamento dos dados a rectificação dos dados pessoais inexatos pode solicitar-lhe a eliminação dos dados”²³⁷. Seu surgimento no Regulamento traduz-se em uma manifestação

²³⁶ Cf. artigo 11º, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

²³⁷ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 94.

à autodeterminação afirmativa “que acresce ao direito que o titular dos dados tem de aceder e ordenar a correcção dos dados que lhe dizem respeito”²³⁸”.

Está baseado na ideia de autonomia do detentor dos dados sobre suas informações pessoais, a previsão no Regulamento citado, está no artigo n.º. 17.º., que tem como título “Direito ao apagamento de dados (direito a ser esquecido)”, que é definido neste artigo como o “direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada”²³⁹.

Trata-se de uma evolução do que era previsto no artigo 12.º., “b”, da Diretiva 95/46/CE²⁴⁰, pois aquela não apresentava o direito ao apagamento dos dados como a nova versão do direito a ser esquecido, mas como uma possibilidade de reparação ao tratamento dos dados que não cumpria o disposto na Diretiva. Inexistia a possibilidade de exclusão total das informações disponibilizadas pelo titular dos dados, caso este retirasse seu consentimento, de forma motivada, como ocorre agora no Regulamento.

Contudo, já havia precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁴¹, na decisão que tornou o direito a ser esquecido conhecido na Europa – o caso de um cidadão espanhol que após ter cumprido suas obrigações financeiras continuava a ser taxado de inadimplente, em razão dos motores de busca da *Internet* (Google) levarem os olhares curiosos a antiga notícia. O julgamento lhe foi favorável sendo determinada exclusão dos links que relacionavam seu nome à notícia passada.

Entenderam os julgadores, na decisão supracitada, que o titular dos dados detinha o direito ao apagamento destes para que o público não tivesse mais conhecimento, entenderam assim que a decisão preservava o direito à vida privada e o respeito ao direito à proteção de dados pessoais do titular. Como bem disposto naquela, a Diretiva 95/46 tem como objetivo “a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas

²³⁸ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 95.

²³⁹ Cf. artigo 17.º, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679. Prevê no n.º. 1 do referido artigo as condições em que o titular pode requerer o apagamento de seus dados.

²⁴⁰ Cf. artigo 12.º., alínea b, Diretiva 95/46/CE.

²⁴¹ Acórdão C-131/12. Decisão de 13 de Maio de 2014, Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>. Acesso em: 27/06/2017.

singulares²⁴²”, especialmente o respeito ao direito à vida privada no que se refere ao tratamento dos dados pessoais. A partir desta decisão a Google passou a disponibilizar aos usuários um formulário para requerimento daqueles que intencionam solicitar a remoção de links.

O mesmo sentido da Diretiva 95/46, mas apresentando novos contornos, ampliando a tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, o Regulamento dispôs no artigo 17º. o direito ao apagamento de dados pessoais e o direito a cessar a comunicação destes dados a terceiros.

No nº. 1, do artigo 17º, são apresentadas as situações em que é possível o exercício destes direitos, quando “a) os dados deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento²⁴³”; “b) o titular retira o consentimento em que baseia o tratamento dos dados²⁴⁴”; “c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2²⁴⁵”; “d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente”; “e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito”; “f) Os dados pessoais foram

²⁴² Cf. artigo 1º, Diretiva 95/46/CE.

²⁴³ Cf. artigo 17º. nº. 1, alínea “a”, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

²⁴⁴ Cf. artigo 17º. nº. 1, alínea “b”, do Regulamento (UE) nº. 2016/679 – faz referência ao artigo 6º., nº. 1, (Licitude do tratamento), *in verbis*: “O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas”. E 9º. (Tratamento de categorias especiais de dados pessoais), nº. 1, *in verbis*: “É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”; e no nº. 2 traz algumas exceções à proibição do tratamento.

²⁴⁵ Cf. artigo 21º. (Direito de oposição), nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679, *in verbis*: “O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6º., nº. 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6º., nº. 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial”; e nº. 2, “Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta”.

recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1²⁴⁶.

Verifica-se assim que há um rol expresso, mas não taxativo, de condições objetivas para que o direito ao apagamento dos dados seja exercido, e não somente pela simples vontade do titular. Exemplificando, no mesmo sentido há permissão para o apagamento dos dados nos termos do artigo 14.º e 6.º, n.º 1, do Regulamento²⁴⁷.

O procedimento para este requerimento segue com a informação pelo titular ao responsável pelo tratamento, seguida da eliminação dos dados e cessão ao tratamento. Devendo aguardar a resposta um mês após o recebimento do pedido, nos termos do artigo 17.º, n.º 3²⁴⁸, e em caso de indeferimento a resposta deve ser fundamentada pelo responsável ao tratamento.

Contudo, há situações em que mesmo que a vontade do titular seja de exercer o direito ao apagamento de dados este não será possível nos termos do n.º 3, do artigo 17.º., sendo a conservação necessária para a proteção de outros direitos.

Ainda, prevê o Regulamento hipóteses, no artigo 29.º²⁴⁹, em que possibilita ao titular dos dados exigir diretamente do terceiro a eliminação dos dados, quando não puder ser atendido pelo responsável ao tratamento, em razão da impossibilidade de se contactar com aquele ou a expressa recusa de realizar o procedimento.

Da mesma forma, prevê um conjunto de regras que permite ao responsável pelo tratamento restringir seus atos de tratamento ao invés de eliminá-los, conforme pode ser observado no n.º 3 do artigo 17.º.²⁵⁰

²⁴⁶ Cf. artigo 8.º. (Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação), n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 2016/679, *in verbis*: “Quando for aplicável o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança”.

²⁴⁷ Cf. artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679, em havendo demora justificada o prazo para a resposta pode ser prorrogado em até dois meses, e o pedido deve ser apresentado conforme artigos 15.º a 20.º do Regulamento.

²⁴⁸ Cf. artigo 14.º, e 6.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

²⁴⁹ Cf. artigo 29.º do Regulamento (UE) n.º 2016/679, prevê a possibilidade do tratamento dos dados por terceiro quando este é autorizado pelo responsável do tratamento, que permanece na responsabilidade perante o titular dos dados.

²⁵⁰ Cf. artigo 17.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

Contudo, em sendo possível o apagamento dos dados, este seguirá o procedimento com uma das três formas apresentadas pela Agência da União Europeia para a Rede e Segurança da Informação²⁵¹, quais sejam: na primeira serão apagadas todas as cópias realizadas das informações disponibilizadas anteriormente, de maneira que será impossível sua recuperação por qualquer software; a segunda será a permissão de acesso aos dados apenas por algumas pessoas autorizadas, e estes serem criptografados; e a terceira consiste na retirada da base de dados e páginas a que os utilizadores são levados por meio dos motores de busca, fazendo com que ocorra a redução na divulgação da informação.

A primeira possibilidade - o apagamento por completo das informações a que o titular dos dados manifeste desejo ao direito a ser esquecido - é a que melhor atende os anseios daquele e o exercício do seu direito subjetivo, contudo, a aplicação prática é em demasia custosa ao responsável por duas principais razões. Primeiramente porque a eliminação dos dados nos sítios de origem não garantem que inexistam outras cópias, pois uma vez disponibilizada na rede *Internet* determinadas informações, não se sabe a quantidade de acessos que teve e onde possam estar armazenadas àquelas, pode assim dizer que é praticamente impossível conseguir localizar todos os detentores daquela informação para que possa ser por completo eliminada da rede. A outra situação é que, mesmo após o apagamento da informação os motores de busca continuam a levar as pessoas a tal página até serem atualizados, em razão da memória *cache* que estes detêm. Não se exclui ainda a observação de que a informação pode ter sido levada a outro país que não tenha acordo diplomáticos com aquele que requereu o apagamento e podem se recusar ao cumprimento.

Na segunda opção verificamos um problema idêntico à primeira, qual seja, ao ser necessário encriptar as informações a que o titular dos dados requereu, será primeiramente necessário localizá-las, em sendo assim, tanto difícil é a localização para o apagamento também o será para a transformação do armazenamento destes dados. Ainda, denota-se que transformando o armazenamento dos dados ainda permanece na rede, apesar de acessível por poucos, mas não elimina por completo as informações a que o titular pretende que

²⁵¹ BACKES, Michael; DRUSCHEL, Peter; TIRTEA, Rodica, *The right to be forgotten – between expectations and practice*, Enisa – European Network and Information Security Agency. Novembro: 2012, pág. 7. Disponível em <https://www.enisa.europa.eu/publications/the-right-to-be-forgotten/>.

desapareçam. Assim, verifica-se uma limitação à proteção da reserva da intimidade vida privada do titular dos dados.

Na última opção os dados continuam disponíveis na rede e podem ser acessados a qualquer tempo por aqueles que já conheciam a fonte original, ou que meio destes tenham conhecimento, apenas será dificultado seu conhecimento para terceiros através dos motores de busca. O que se denota não haver qualquer proteção à reserva da intimidade da vida privada do titular, pois mesmo exercendo seu direito ao apagamento dos dados este não terá efetividade.

Pode se concluir que apesar da dificuldade para o responsável pelo tratamento em cumprir, a primeira opção ainda é a que melhor tutela o direito subjetivo do titular ao apagamento dos dados, o que foi acolhida no Regulamento (UE), com algumas observações, do n.º 2 do artigo 17.º.

Cabe ainda ao responsável pelo tratamento a obrigação de comunicar os demais responsáveis pelo tratamento, caso existam, de que o titular solicitou o apagamento, levando-se em consideração a tecnologia disponível e o custo para efetivar o procedimento, devendo tomar “todas as medidas que forem razoáveis” para tal fim, de acordo com o disposto n.º 2, artigo 17.º., do Regulamento (UE)²⁵².

O Regulamento é silente neste ponto sobre o que considera por “medidas razoáveis”, neste sentido o Parlamento Europeu se manifestou por meio do relatório (Albrecht Report) de Jan Philipp Albrecht, em que sugere alterações ao n.º 2 do artigo 17.º., essencialmente sobre a maior responsabilização quando o responsável pelo tratamento transfere os dados a terceiros de forma ilícita, ou seja, sem o devido respeito ao artigo 6.º., devendo assim ser utilizadas todas as medidas (razoáveis ou não) para exclusão por completo dos dados solicitados pelo titular²⁵³.

Verifica-se o reforço ao respeito à liberalidade do titular dos dados em possibilitar tanto a inserção quanto a retirada do consentimento ao tratamento dos dados, observadas as limitações já discorridas.

²⁵² Cf. artigo 17.º., n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

²⁵³ DAVID LINDSAY, *The “right to be Forgotten” in Emerging Challenges in Privacy Law*.

Ao mesmo tempo que se verifica a tutela do regulamento à reserva sobre a vida privada - inserindo no Capítulo III intitulado “Direitos do titular dos dados” - e permitindo com que o titular exerça seu direito subjetivo ativamente na disposição de suas informações pessoais, conceda ou retire o consentimento ao tratamento destes dados, nos deparamos com as limitações impostas no referido nº. 3, do artigo 17º. do Regulamento. A grande problemática aqui envolvida e que tem sido objeto de constantes debates são os limites que o direito a ser esquecido tem encontrado como o direito à liberdade de expressão e informação, às informações histórica e estatística.²⁵⁴

Exemplificando tal situação apresentamos um caso enfrentado nos Tribunais brasileiros, onde destaca-se - não há legislação correspondente ao Regulamento (UE) aqui tratado - mas que na prática tem julgado de acordo com alguns princípios adotados no citado diploma legal.

Trata-se da Chacina da Candelária, ocorrida em 1993 na cidade do Rio de Janeiro (Brasil), em que policiais assassinaram 8 jovens, moradores de Rua, nas proximidades da Igreja da Candelária e deixaram diversos feridos²⁵⁵. Foram indiciados 7 no total, sendo três absolvidos, três condenados e um ainda não julgado.

Um programa de televisão de maior audiência no Brasil, Rede Globo de Televisão, após alguns anos, em um de seus quadros semanais, chamado “Linha Direta Justiça” procurou um dos participantes, que tinha sido inocentado, para entrevista. Aquele se recusou a conceder entrevista, porém foi citado pelo referido programa como participante da chacina. Após o episódio recorreu ao judiciário local pleiteando seu direito a ser esquecido e a correspondente indenização por danos morais por todo sofrimento que lhe fora causado em razão da retransmissão dos fatos. O caso foi levado ao Superior Tribunal de Justiça em 2013²⁵⁶, que reconheceu o direito do autor e condenou a emissora ao pagamento de indenização, em detrimento ao direito à liberdade de imprensa.

²⁵⁴ Cf. artigo 17º., n.º 3, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679 – “os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário: a) Ao exercício de liberdade de expressão e informação; (...) d) Para fins de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos (...)”.

²⁵⁵ Cf. informações disponíveis em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Chacina_da_Candelária. Acesso em 27/06/2017.

²⁵⁶ Recurso Especial n.º. 1.334.097 – RJ, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 27/06/2017.

Nas palavras do julgador, “a controvérsia ora instalada nos presentes autos diz respeito a conhecido conflito de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, mas que as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram-se de também lhe atribuir uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado”²⁵⁷.

Colocamos dois interesses em conflito evidente nesta questão, permanecemos entre o direito daquele que não quer mais sofrer as represálias sociais por fatos pretéritos, e o direito daquele que merece conhecer da notícia. Tal questão deve ser analisada e solucionada dentro dos contornos constitucionais, os quais não adentramos no presente trabalho, em razão da extensão que uma boa análise da questão exige.

Contudo, a reflexão sobre o assunto nos reporta à sociologia de Zygmunt Bauman, como bem expressado na decisão citada²⁵⁸, que interpreta o mundo atual de uma maneira peculiar chamada “modernidade líquida” onde apresenta uma nova roupagem ao chamado espaço público e privado, entre a privacidade e a informação. Defende, de maneira nada otimista, o novo cenário das relações pessoais, afirmando que um dos principais danos da nova “modernidade líquida” é o desaparecimento da divisão das esferas público e privada no que se refere à vida humana. Isso fez com que surgisse uma *sociedade confessional*, em que lugares anteriormente utilizados para informações corriqueiras ou comuns passaram a ser “depósitos geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem divulgados apenas a Deus ou a seus mensageiros e plenipotenciários terrestres”²⁵⁹.

Bauman citando Peter Ustinov (expresso em 1956) transcreve: “Este é um país livre, madame. *Nós* temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público”²⁶⁰.

²⁵⁷ Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ.

²⁵⁸ Cf. trecho citado na decisão do Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ, *Apud* BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida. *In* Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110.

²⁵⁹ Cf. trecho citado na decisão do Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ, *Apud* BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos, p. 110.

²⁶⁰ Cf. trecho citado na decisão do Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ, *Apud* BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos, p. 110.

A questão também foi objeto de discussão dos civilistas brasileiros na VI Jornada de Direito Civil, proposta pelo Conselho de Justiça Federal/STJ, que acordaram sobre o Enunciado nº. 531, que dispõe na análise do artigo 11 do Código Civil brasileiro que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”²⁶¹.

Ousamos transcrever interessante reflexão do julgador acerca do conflito instaurado: “sem nenhuma dúvida, mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é a sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes anônimo que pretende assim permanecer”²⁶². O que pode ser perfeitamente relacionada com a realidade apresentada no artigo 17º. do Regulamento (UE).

Surge, contudo, o seguinte questionamento – quais as consequências previstas no regulamento para aquele que infringir com ação ou omissão os direitos previstos no Regulamento?

Reflexão a ser abordada na sequência.

3.3 Outras formas de tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada no Regulamento

Dentre outras formas de tutela da reserva sobre a vida privada no Regulamento, destacamos aquelas em que o referido diploma se destaca em relação aos demais.

3.3.1 Princípios da transparência e minimização dos dados

²⁶¹ Enunciado nº. 531 CJF/STJ, disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em 27/06/2017.

²⁶² Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 27/06/2017.

Assim, reprisamos os princípios da transparência e da minimização dos dados, citado no início deste trabalho. Em relação ao primeiro, prescreve o artigo 12^{o263}. do Regulamento que o responsável pelo tratamento deve tomar as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a facultar quando os dados pessoais são recolhidos junto ao titular, tais como a identidade e os contatos do responsável pelo tratamento ou seu representante, os contatos do encarregado da proteção de dados, quando houver, as finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam e o fundamento jurídico para o tratamento, os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais e as demais apresentadas no artigo 13^{o264}. Da mesma forma prescreve para as informações a facultar quando os dados pessoais não são recolhidos junto do titular descritas no artigo 14^o.

Ainda o responsável pelo tratamento deve fornecer ao titular dos dados todas as informações quaisquer comunicações previstas nos artigos 15^o. a 22^o. e 34^o. a respeito do tratamento, quais sejam, o direito de acesso do titular dos dados, direito de retificação e apagamento, direito à limitação do tratamento, a obrigação de notificação da retificação ou apagamento dos dados pessoais ou limitação do tratamento, direito de portabilidade, direito de oposição e decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis, e a comunicação de uma violação de dados pessoais ao titular dos dados, conforme os artigos citados²⁶⁵.

Todas estas informações e comunicações previstas no artigo 12^o. devem ocorrer de “forma concisa, transparente, intelegível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças²⁶⁶”. Podem ser prestadas por escritos ou por outros meios inclusive os eletrônicos, havendo a possibilidade de prestar tais informações oralmente, desde que fique comprovada a identidade do titular.

Ou seja, fica claro no Regulamento a preocupação, expressa de forma pormenorizada no artigo 12^o. de que o titular dos dados tenha todo o acesso e conhecimento sobre responsável pelo tratamento e os terceiros que eventualmente possam tratar seus dados pessoais, bem como o cuidado em que qualquer comunicação que diga

²⁶³ Cf. artigo 12^o. do Regulamento (UE) n^o. 2016/679.

²⁶⁴ Cf. artigo 13^o. do Regulamento (UE) n^o. 2016/679.

²⁶⁵ Cf. artigos 15^o. a 22^o. e 34^o. do Regulamento (UE) n^o. 2016/679.

²⁶⁶ Cf. artigo 21^o. do Regulamento (UE) n^o. 2016/679.

respeito ao exercício dos direitos de retificação, oposição, apagamento, e os demais citados, sejam de obrigação do responsável pelo tratamento o atendimento sem demora injustificada, realizar o solicitado e comunicar os terceiros que também o realizem. Verifica-se que além da necessária transparência pretendida de informações àquele que dispõe seus dados pessoais de forma automatizada, fazendo com que realmente detenha o domínio eles, como pretende a autodeterminação afirmativa, também o responsável pelo tratamento tem a obrigação de verificar em cada ato realizado sobre o tratamento a compatibilidade deste com a normativa.

Neste também se constata o direito de informação que detém o titular dos dados.

Além do titular dos dados ter acesso facilitado a regras transparentes relativamente ao tratamento de seus dados pessoais e ao exercício dos seus direitos, somente serão objeto de tratamento os dados que forem “adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados²⁶⁷”, consagrando no artigo 5º, nº. 1, c), o princípio da minimização dos dados.

3.3.2 O tratamento dos dados sensíveis

Outro ponto importante do Regulamento no que se refere à tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, é a previsão do artigo 9º. – tratamento de categorias especiais de dados – os chamados dados sensíveis.

Prevê o referido artigo a proibição expressa ao tratamento dos dados pessoais que se referem à origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, o tratamento de dados genéticos, biométricos, que possam identificar de forma precisa uma pessoa, da mesma forma os dados relacionados a sua saúde, relativos à vida sexual ou orientação sexual, nos termos do artigo.

²⁶⁷ Cf. artigo 5º, nº. 1, c), do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

Ou seja, traduz-se na proteção daquilo que se entende como mais pessoal a ser relacionado ao sujeito e que pode lhe causar prejuízos em sendo objeto de tratamento ilegal, arbitrário, discricionário ou mesmo discriminatório.

Referido direito já tinha previsão no artigo 35º., nº. 3., da Constituição da República Portuguesa, no artigo 6º. da Convenção 108 e na Lei de Proteção dos Dados Pessoais nº. 67/98, que transpôs para o ordenamento português a Diretiva 95/46/CE, especificamente o artigo 8º. que trata dos dados sensíveis.

Contudo, acrescenta o Regulamento ao nº.1, do artigo 9º., o tratamento de dados genéticos e biométricos que possam identificar uma pessoa de forma inequívoca, além dos dados relativos à orientação sexual da pessoa²⁶⁸. Demonstrou assim a preocupação em especificar situações que têm sido causas de preocupação social atual.

A tipificação destes dados sensíveis nos diversos instrumentos nacionais ou internacionais recebem o tratamento e a adequação de acordo com a legislação de cada Estado-Membro.

Neste sentido Oliveira Ascensão prescreve²⁶⁹ que ao se referir aos dados sensíveis falamos, ao nível de legislação, do princípio da proibição do tratamento destes dados, nas suas palavras “o que significa que os dados eticamente mais relevantes estão excluídos de qualquer tratamento²⁷⁰”.

No que se refere à natureza dos dados sensíveis há que se analisar o tratamento que lhe é dado, pois um dado que não é considerado sensível inicialmente pode tornar-se futuramente e vir a ser objeto de infringência na esfera íntima de seu titular.

Alexandre Sousa Pinheiro menciona que mais importante que a separação dos dados em “sensíveis” e “não sensíveis” é a análise do contexto a que estão inseridos, em uma perspectiva mais ampla, devendo o grau de “intimidade” ser analisado conforme a

²⁶⁸ Cf. artigo 9º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

²⁶⁹ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A reserva da intimidade da vida privada e familiar, p. 19.

²⁷⁰ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A reserva da intimidade da vida privada e familiar, p. 19.

finalidade a serem destinados²⁷¹. Ainda, citando Garstka, afirma que “a finalidade da recolha de dados decide acerca do seu destino futuro²⁷²”.

Têmis Limberger entende ao comentar sobre os dados sensíveis faz a observação de que o diferencial do direito e das demais áreas do conhecimento é de que as declarações ao serem registradas “ficam vinculadas ao cidadão que os proferiu²⁷³”, neste sentido, não se pode alterar livremente estes dados, na medida em que são armazenados. Sendo a lei elaborada a partir de uma exigência social dotada de conteúdo genérico e com força de sanção, “os critérios de identificação da pessoa devem ser respeitados²⁷⁴”, pois a finalidade da norma é a proteção dos direitos da pessoa tutelando sua identidade.

Contudo, ressalta-se a previsão do n.º. 2, a), do artigo 9.º²⁷⁵, que dados sensíveis podem ser objeto de tratamento quando: houver explícito consentimento do titular para finalidades específicas, exceto se o direito da União ou Estado-Membro prever a proibição do tratamento desses dados, mesmo com o consentimento do seu titular, e nos demais casos previstos no item n.º. 2²⁷⁶.

²⁷¹ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais*, p. 805.

²⁷² Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Apud Hansjürgen Garstka, “Das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung” in Gotting, Horst-Peter, SCHWERTZ, Christian e SEITZE, Walter – Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. Munique: Beck, 2208 - Op. cit. p. 805.

²⁷³ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais, p. 286.

²⁷⁴ Cf. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais, p. 286.

²⁷⁵ Cf. artigo 9.º., n.º. 2, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

²⁷⁶ Cf. artigo 9.º., n.º. 2, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679, in verbis: “2. O disposto no n.º 1 não se aplica se se verificar um dos seguintes casos: a) Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para o tratamento desses dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas, exceto se o direito da União ou de um Estado-Membro prever que a proibição a que se refere o n.º 1 não pode ser anulada pelo titular dos dados; b) Se o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados; c) Se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; d) Se o tratamento for efetuado, no âmbito das suas atividades legítimas e mediante garantias adequadas, por uma fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais, e desde que esse tratamento se refira exclusivamente aos membros ou antigos membros desse organismo ou a pessoas que com ele tenham mantido contactos regulares relacionados com os seus objetivos, e que os dados pessoais não sejam divulgados a terceiros sem o consentimento dos seus titulares; e) Se o tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido

Para aqueles relacionados às condenações penais e infrações são previstos no artigo 10º. comentado no item 3.1 deste trabalho.

3.3.3 O direito de portabilidade

Outro direito apresentado no Regulamento é o direito de portabilidade do artigo 20º. Neste está prevista a possibilidade de o titular dos dados receber as informações que forneceu dispondo delas como bem lhe provier, procedendo inclusive a transferência para outro responsável pelo tratamento, sem que o anterior se oponha. Esse direito pode ser exercido quando o tratamento se basear no consentimento e for realizado por meios automatizados.

O exercício deste direito concede ao titular dos dados a possibilidade que seus dados pessoais sejam transmitidos entre os responsáveis pelo tratamento diretamente, sempre que haja condições técnicas para isso. O que denota-se a necessidade das empresas em utilizar modelos interoperáveis de alojamento de dados²⁷⁷, sendo um novo desafio.

Sabe-se que neste mercado econômico que se transformou a “posse das informações”, os dados pessoais se tornaram objeto de desejo de diversas empresas por ser um “patrimônio valioso”, assegurando assim o direito à portabilidade o exercício do direito

manifestamente tornados públicos pelo seu titular; f) Se o tratamento for necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da suas função jurisdicional; g) Se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da União ou de um Estado-Membro, que deve ser proporcional ao objetivo visado, respeitar a essência do direito à proteção dos dados pessoais e prever medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados; h) Se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde, sob reserva das condições e garantias previstas no n.º 3; i) Se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou para assegurar um elevado nível de qualidade e de segurança dos cuidados de saúde e dos medicamentos ou dispositivos médicos, com base no direito da União ou dos Estados-Membros que preveja medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos e liberdades do titular dos dados, em particular o sigilo profissional;

²⁷⁷ Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 19, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

de autodeterminação informativa, que permite ao titular dos dados a posterior utilização. Contudo, observando sob a ótica do responsável pelo tratamento não o protege de abusos que possam ocorrer por parte do titular dos dados após ter tido todo o trabalho na recolha, tratamento e organização daqueles dados²⁷⁸.

3.3.4 O direito de oposição

Na sequência dos dispositivos no Regulamento temos a previsão do artigo 21º. do direito de oposição, que apenas mencionamos no início deste trabalho. Referido direito já era tratado no artigo 14º. da Diretiva 95/46/CE²⁷⁹, que apesar de não obrigar a adoção pelos Estados Membros, nos termos do artigo 45º. desse diploma, o ordenamento jurídico português já o tinha adotado transcrevendo ao artigo 12º. da LPDP²⁸⁰.

Prevê o artigo 21º. a possibilidade de oposição, a qualquer tempo, do titular dos dados ao tratamento de seus dados pessoais com base no artigo 6º., n.º. 1, alínea e) ou f), ou no n.º. 4, que incluam a definição de perfis com base nestas informações²⁸¹.

Neste sentido, temos a proteção de dados, a que se confere o status de direito fundamental “uma *dimensão negativa* de preservação do direito à intimidade no sentido da recusa de ingerências e uma *dimensão positiva* de assegurar essa privacidade no sentido de estabelecer o controle de dados²⁸²”.

²⁷⁸ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 98.

²⁷⁹ Cf. artigo 14º. da Diretiva 95/46/CE.

²⁸⁰ Cf. artigo 12º. da Lei da Protecção de Dados Pessoais, *in verbis*: “O titular dos dados tem o direito de: a) Salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6.º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados; b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de marketing directo ou qualquer outra forma de prospecção, ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de marketing directo ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações”.

²⁸¹ Cf. artigo 21º. do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

²⁸² Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 95.

3.3.5 O tratamento relacionado à formação de perfis

O artigo 22º. do Regulamento trata da formação de perfis, ou como apresentado em seu título – decisões individuais automatizadas. São as informações automáticas utilizadas pelo responsável ao tratamento, ou por terceiros com a permissão deste para formação de perfis do utilizador. Ocorre muitas vezes sem o consentimento do titular dos dados, ainda sem mesmo o conhecimento do próprio titular. O artigo 21º., 2, trata das situações em que os dados pessoais são tratados para efeitos de comercialização direta, abrangendo as definições de perfis quando promovidas com este intuito, concedendo ao titular dos dados inclusive o direito de oposição.

Denota-se que tal situação ocorre com fins essencialmente comerciais, em que traçando o perfil do utilizador as empresas interessadas podem direcionar-lhe a publicidade que pensem ser de seu interesse, ou utilizarem seus dados pessoais para mais finalidades.

É certo que o armazenamento, a recolha e o tratamento destes dados muitas vezes passam despercebidos pelas pessoas, que ao realizem um cadastro médico, em empresas que realizam compras, as informações inseridas no cadastro do contribuinte fiscal e nas redes sociais, como exemplos, acabam por informar dados pessoais e muitas peculiaridades que envolvem sua vida, que além dos dados comuns como nome, endereço, sexo, filiação e número telefónico, falam muitas vezes de suas preferências, crenças religiosas, dados profissionais, dentre muitas outras informações que podem se relacionar à individualidade da pessoa²⁸³.

A problemática está em que esses dados, recolhidos em um momento específico e com uma finalidade conhecidos pelo titular, passam a perdurar no tempo sendo armazenados nos ficheiros das empresas e podem ter destinos desconhecidos por aquele, tornando-o refém desta situação. Assim, “o uso indistinto e indiscriminado da informação constante nesses ficheiros informáticos é, em abstrato, capaz de lesar a liberdade de cada

²⁸³ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 81.

um podendo gerar discriminação e abusos colidindo com a dignidade da pessoa humana”²⁸⁴.

Assim, na conclusão de Alexandre Sousa Pinheiro “enquanto a fotografia e a representação por imagem motivaram a formação da *privacy* o computador e os perigos da ‘objectualização’ da pessoa através da definição de perfis sem a participação humana levaram à criação do direito de proteção de dados”²⁸⁵.

Para que a liberdade individual seja plenamente assegurada é necessário que o titular dos dados “possa dispor integralmente dos ficheiros que lhe dizem respeito mantendo na sua disponibilidade a gestão dos mesmos, quer seja autorizando o seu uso, quer seja ordenamento da sua eliminação”²⁸⁶.

Outra problemática surgida aqui é a desatualização da informação, pois o perfil do utilizador é criado com base nas informações apresentadas em determinado momento, contudo, situações como mudança residencial, telefónica entre outras são comuns, em sendo desconhecido o local da informação pelo titular dos dados não há como promover as atualizações ficando este “inserido em um ‘perfil informático’ que não seja efectivamente o seu”²⁸⁷.

3.3.6 Limitações impostas pelo Poder Público e medidas de segurança

Na Secção 5 o Regulamento apresenta as Limitações, especialmente o artigo 23º. prevê a possibilidade de a legislação da União Europeia ou dos Estados-Membros impor limites aos princípios relativos ao tratamento dos dados pessoais, “desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática”²⁸⁸, elencando as bases da democracia nos itens seguintes.

²⁸⁴ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 81.

²⁸⁵ Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy* e protecção de dados pessoais, p. 823.

²⁸⁶ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 82.

²⁸⁷ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 82.

²⁸⁸ Cf. artigo 23º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

Neste sentido, as restrições só podem ocorrer sendo necessárias e proporcionais com a finalidade de assegurar a ordem pública, como segurança do Estado, a defesa, a segurança pública, prevenção investigação detecção ou repressão de infrações penais, dentre outras; e para os fins de tutela da “ordem privada da esfera particular do titular dos dados ou de terceiros²⁸⁹”.

No que concerne à segurança, apresenta o Regulamento no artigo 32º. a obrigação do responsável pelo tratamento e o subcontratante em aplicar as “medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco²⁹⁰”. Denota-se uma responsabilidade conjunta do subcontratado e do responsável pelo tratamento, em uma vertente “securitária exige-se a adoção conjunta (se for o caso) de medidas de segurança necessárias a proteção de dados contra acessos indevidos²⁹¹”. Verificando-se assim um respeito amplo aos princípios concernentes à proteção de dados.

3.3.7 Avaliação de impacto e a privacidade desde a concepção e como padrão

A avaliação de impacto, prevista no artigo 35º. tratou-se de inovação no Regulamento. Traduz-se na exigência de realizar uma avaliação do impacto que podem causar operações de tratamento quando surgirem novas tecnologias ou quando a natureza do tratamento representar elevado risco à esfera privada ou íntima dos titulares, incluindo nestes casos as definições de perfis (*profiling*), tratamento de grande abrangência de dados sensíveis ou o controle de zonas de acesso público de grande escala²⁹².

Outras formas de tutela da privacidade no Regulamento aparecem no artigo 25º., que transferem ao referido diploma os conceitos de “privacy by design” e “privacy by default”, que traduzidos são respectivamente privacidade desde a concepção e privacidade como padrão. São novas obrigações ao responsável pelo tratamento que determinam que

²⁸⁹ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 102.

²⁹⁰ Cf. artigo 32º., do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

²⁹¹ Cf. TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais, p. 103.

²⁹² Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Protecção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 22, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

exerça os atos de segurança para a proteção dos dados do titular “tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento”²⁹³.”

Verifica-se que a proteção dos dados pessoais, e conseqüentemente o cuidado com a reserva da intimidade da vida privada, passa a ser o ponto central da relação estabelecida entre as partes. Devendo o responsável pelo tratamento aplicar “medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais necessários para cada finalidade específica do tratamento”²⁹⁴. A coima aplicada pelo inadimplemento deste dispositivo é a prevista no artigo 83º. nº. 4, qual seja, a aplicação de coima de 10 milhões de euros, ou sendo empresas 2% do volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior²⁹⁵.

Vale ressaltar também que artigo 83º. nº. 5, para os casos considerados mais graves, será aplicado a coima de até 20 milhões de euros ou 4% do volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior. Com valores expressivos com intuito de prevenir futuras condutas delituosas.

²⁹³ Cf. artigo 21º. do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

²⁹⁴ Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrônico, p. 21, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

²⁹⁵ Cf. artigo 83º., nº. 4, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

4. CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS NORMAS DISPOSTAS NO REGULAMENTO Nº. 2016/679 DA UNIÃO EUROPEIA

4.1 A noção de responsabilidade civil

Passamos para as observações da responsabilidade civil decorrente das previsões do Regulamento, contextualizando o assunto Manuel Carneiro da Frada traz uma interessante reflexão a respeito da responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos, busca no prisma dogmático explicar a nova realidade com base na doutrina comum da responsabilidade civil, sendo “mister olhar o problema a partir do sistema”²⁹⁶.

Não tratamos aqui apenas da responsabilidade civil decorrentes apenas das relações estabelecidas na *Internet* mas das relacionadas a todas aquelas em que o Regulamento apresenta a sua tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, contudo, tal reflexão trazida por Carneiro da Frada se adequa perfeitamente a este trabalho.

Da mesma forma analisamos o envolvimento da relação estabelecida entre as pessoas coletiva ou singular e o titular dos dados, não se desconsiderando a importância das demais relações estabelecidas no Regulamento, mas que ante a delimitação do assunto não podemos tratar com a devida justeza, sendo o enfoque na tutela prevista no Regulamento e a decorrente proteção da reserva da intimidade da vida privada.

Conforme pode se verificar o Regulamento apresenta de forma criteriosa o cuidado à tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada em diversos dispositivos, e da mesma forma prevê as consequências para o descumprimento das normas ali estabelecidas.

Seguindo o pensamento de Manuel Carneiro da Frada ao buscar as bases teóricas da nova realidade, considera que “talvez os utensílios que aí encontramos se revelem inapropriados para compreender todas as manifestações daquela responsabilidade. Todavia, somente pelo teste desses instrumentos poderemos comprovar a sua eficácia²⁹⁷” e assim poder concluir pela adequação ou não destes. Neste sentido, “é contudo legítimo

²⁹⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em Odres Velhos. A responsabilidade civil das operadoras de Internet e a doutrina comum da imputação de danos. Separata de: Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, fasc. 2, Ano 1999, p. 665-692. p. 668.

²⁹⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em Odres Velhos, p. 668.

contar com a sua adaptabilidade à modificação e enriquecimento das realidades de facto que lhes eram subjacentes num momento inicial²⁹⁸”.

Cabe inicialmente a seguinte ressalva que o Regulamento faz questão de reprisar em diversas normas, ao ser infringida uma norma estabelecida neste haverá a aplicação das penalidades de cunho administrativas, pela autoridade de controlo, à aquele que causa o dano, contudo, independentemente desta via pode sempre o titular dos dados, ao ser ferido de tutela à reserva da intimidade da vida privada buscar as soluções judiciais cabíveis. Neste momento socorre-se de toda a disciplina do direito civil para lhe amparar.

Assim, traçando um paralelo com o direito civil, onde o Regulamento pode encontrar seu refúgio dogmático, Menezes Leitão entende como responsabilidade civil “o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A reponsabilidade civil consiste, por isso, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos²⁹⁹”.

Sinde Monteiro entende que “ser civilmente responsável, tem o sentido de impor uma pessoa a obrigação de reparar um dano causado a outrem³⁰⁰”. Para o referido autor o termo responsabilidade abrange tanto as relações obrigacionais oriundas “da violação de um dever jurídico especial que tem a sua origem num contrato – dever que incumbe a pessoas determinadas³⁰¹”, quanto aqueles que são resultados “da violação de deveres gerais de conduta que a ordem jurídica impõe aos indivíduos para protecção de todas as pessoas³⁰²”. Para o primeiro denomina-se responsabilidade contratual, e para o segundo responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana³⁰³.

²⁹⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em Odres Velhos, p. 668.

²⁹⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. Direito das Obrigações. Vol. I. Introdução da Constituição das Obrigações. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 283.

³⁰⁰ SINDE MONTEIRO, Jorge F. Estudos sobre a responsabilidade civil, p. 7.

³⁰¹ SINDE MONTEIRO, Jorge F. Estudos sobre a responsabilidade civil, p. 7.

³⁰² SINDE MONTEIRO, Jorge F. Estudos sobre a responsabilidade civil, p. 7.

³⁰³ Cf. SINDE MONTEIRO, Jorge F. Estudos sobre a responsabilidade civil, p. 7 – “a responsabilidade contratual implica assim a violação de um dever relativo – existente a cargo e em proveito de pessoas determinadas – e pressupõe a existência entre o autor do prejuízo e aquele que o sofre de uma relação jurídica particular, anterior ao surgimento do prejuízo ou dano, relação esta que falta na responsabilidade extracontratual, pois aqui o nascimento de uma relação de direito só se verifica com a prática do facto danoso”. Importante observação faz o autor de que “a designação não é totalmente rigorosa, pois na rubrica da responsabilidade contratual cabem casos de responsabilidade resultantes não da violação de contratos, mas antes do não cumprimento de obrigações provenientes de negócio jurídico unilateral ou da própria lei. Têm

Mafalda Miranda Barbosa, apresenta como níveis de diferenciação para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam³⁰⁴: a) plano estrutural, b) plano funcional, e c) plano fundacional/axiológico³⁰⁵.

Segundo Mafalda Miranda Barbosa no plano estrutural já estão definidos os sujeitos, credor e devedor, quando se fala de responsabilidade contratual, contudo na responsabilidade extracontratual é necessário delimitar o sujeito responsáveis e os potenciais credores³⁰⁶. Sendo que “o pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico³⁰⁷”.

Em se tratando do Regulamento o devedor será, em qualquer das modalidades, o responsável pelo tratamento, o subcontrante, ou os que estiverem na esfera de responsabilidade do primeiro perante o titular dos dados que é o credor. Não havendo previsão no Regulamento da situação inversa.

No plano funcional, segundo a classificação citada³⁰⁸, a nível de responsabilidade contratual tem-se o dever de resposta ao interesse do credor pelo incumprimento contratual, enquanto na responsabilidade extracontratual a tutela recai sobre os bens protegidos pelo ordenamento jurídico. Nos termos do Regulamento adequa-se da mesma forma.

Como plano fundacional ou axiológico, a responsabilidade extracontratual está baseada na ideia de liberdade, enquanto a contratual, parte de uma ideia de liberdade para a de confiança, traduzida no princípio da boa-fé, conforme Mafalda Miranda Barbosa³⁰⁹.

por isso propostas outras designações, como a de responsabilidade negocial ou até mesmo (pretendendo abarcar as obrigações em sentido técnico de fonte não negocial) de responsabilidade obrigacional”.

³⁰⁴ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil. Cascais: Princípa, 2017, pp. 15-19, no plano estrutural, no que concerne ao contratual já está previamente definido, a nível extracontratual é necessária a delimitação dos sujeitos responsáveis e dos potenciais credores; no plano funcional, temos a necessária resposta aos interesses do lesado a nível de responsabilidade pelo incumprimento do contrato, em sendo relação contratual; e no plano fundacional/axiológico, “a responsabilidade contratual alicerçar-se-á numa ideia de confiança, normativamente sustentada no princípio da boa-fé”.

³⁰⁵ Cf. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. Direito das Obrigações, p. 283, a responsabilidade pode ser classificada “por culpa, por risco ou pelo sacrifício, consoante o título de imputação a que recorra para transferir o dano da esfera do lesado para outrem”.

³⁰⁶ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 15.

³⁰⁷ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 15.

³⁰⁸ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 17.

³⁰⁹ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 19.

No que concerne à dicotomia de responsabilidade subjetiva e objetiva, em sendo necessária para a configuração da primeira a verificação da culpa e para a segunda prescinde de culpa ou até mesmo da própria ilicitude³¹⁰, torna-se nítido que no Regulamento é adotada a primeira posição. Contudo, não adentramos nesta seara que merece uma discussão mais alongada e não possível neste momento.

O Capítulo IV do Regulamento aborda a responsabilidade pelo tratamento e subcontratante, e na Secção 1 trata da Obrigações gerais, e dispõe sobre a responsabilidade dos envolvidos em três vertentes³¹¹: a) responsabilidade do responsável pelo tratamento, b) responsabilidade conjunta de dois ou mais responsáveis pelo tratamento, e c) responsabilidade do subcontratante.

4.2 Modalidades de responsabilidade civil adequadas no Regulamento

4.2.1 Da responsabilidade contratual

A responsabilidade civil decorrente do âmbito da teoria geral dos contratos encontra respaldo no artigo 798º. do Código Civil português.

Cuida assim da responsabilidade contratual estabelecida entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados, no momento que este adere ao contrato nos termos disponibilizados por aquele e é dado seu consentimento (livre e expresso), tratando-se de um contrato de prestação de serviços.

Contudo, observa Manuel Carneiro da Frada que “a responsabilidade contratual das operadoras depende da exacta averiguação do conteúdo das respetivas vinculações”³¹², assim este contrato pode ter os contornos de um mandato, de depósito, de empreitada ou

³¹⁰ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 39.

³¹¹ Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 20, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

³¹² CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em Odres Velhos, p. 678.

mesmo de locação³¹³. Podemos estender esta interpretação para as diversas operadoras de serviços nos termos do Regulamento considerados responsáveis pelo tratamento e o subcontratante, que podem tratar-se de pessoas singulares ou coletivas (empresas).

Na formação desta relação contratual verifica-se a fragilidade do titular dos dados, que quase sempre acaba por aderir ao contrato previamente estabelecido³¹⁴, assim “a formação destes contratos costuma ocorrer, dada também a pressão no sentido da ‘normalização’ que a tecnologia informática exerce, através das cláusulas contratuais gerais”³¹⁵.

Neste sentido foi manifestada a opinião de que “a utilização de motores de busca, será um contrato entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento, devido à justicibilidade dos termos e condições de websites enquanto contratos de adesão³¹⁶”, no painel que discutiu o assunto em Dezembro de 2016 em Lisboa.

4.2.2 Da responsabilidade extracontratual

Outra modalidade de responsabilidade decorrente do Regulamento é a extracontratual³¹⁷, que ocorre por exemplo quando o titular dos dados disponibiliza em um cadastro médico seus dados pessoais e estes venham a ser indevidamente expostos a terceiros, sem as finalidades previstas no Regulamento, pode eventualmente tal ato ser enviado de ilicitude e gerar um dano ao paciente. Sendo esta possibilidade também resguardada pelo Regulamento.

³¹³ Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em *Odres Velhos*. p. 678.

³¹⁴ Cf. Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 21, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

³¹⁵ Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em *Odres Velhos*. p. 678.

³¹⁶ Cf. Francisco Pereira Coutinho. O novo regulamento de proteção de dados pessoais. Comentário de Afonso José Ferreira – Painel 2. Disponível em: <http://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/12/Portfólio-Workshop-15.12.2016-.pdf>. Acesso em: 05/07/2017.

³¹⁷ Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Vinho Novo em *Odres Velhos*. p. 684, expressa que a responsabilidade extracontratual das operadoras, particularmente discuta no cenário atual pode ser enquadrada nos ensinamentos da dogmática comum.

Prevê o artigo 24º. que em razão dos riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares o responsável pelo tratamento deve assegurar que o tratamento respeita o Regulamento. Esta proteção deve ser conferida “tanto no momento da definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento”³¹⁸. Contudo, o cumprimento de códigos de conduta previstos no artigo 40º. ou dos procedimentos de certificação do artigo 42º. podem ser utilizados como comprovação do cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento, conforme o n.º.3, do artigo 24º.³¹⁹

4.2.2.1 Do consentimento no Regulamento

No início do Regulamento o artigo 7º.³²⁰ prevê as “condições aplicáveis ao consentimento”, como condição de licitude do tratamento.

O consentimento passa a ter grande relevância no Regulamento quando se denota a possibilidade do titular dos dados de fazer uso de sua autodeterminação afirmativa ao decidir os meios e a forma pelos quais permitirá o tratamento.

Assim, pode ser definido o consentimento segundo o Regulamento como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento³²¹”, conforme definição do artigo 4º., 11.

Traçando um paralelo do Regulamento com os contornos do direito civil, onde aquele busca suas fontes dogmáticas, “o consentimento do lesado traduz-se na autorização que o lesado dá para que haja interferência no direito de que é titular. Na ausência desta, o ato seria ilícito³²²”, segundo Mafalda Miranda Barbosa. Sendo no direito civil o consentimento causa de excludente de ilicitude, nos termos do artigo 340º.

³¹⁸ Cf. artigo 25º., n.º. 1, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

³¹⁹ Cf. artigo 24º., n.º. 3, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

³²⁰ Cf. artigo 7º., n.º.1, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

³²¹ Cf. artigo 4º., 11, do Regulamento (UE) n.º. 2016/679.

³²² Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 212.

Sabe-se que no direito civil o consentimento do titular do bem de personalidade é causa de exclusão da ilicitude do fato, e recebe a classificação, segundo Capelo de Sousa³²³, de tolerante (artigo 340º. do Código Civil), em que é possível a exclusão da ilicitude da ofensa aos bens jurídicos da personalidade humana (justificação da ilicitude do fato); autorizante (artigo 81º. do Código Civil), em que realmente se pode ter a exclusão da ilicitude do fato. Ressalta que o referido autor que o consentimento tolerante não tem a finalidade de criar ou constituir direitos ao titular do bem, é meramente integrativo³²⁴. E o consentimento autorizante só tem validade se não contrariar os princípios de ordem pública, são normalmente inseridos em um negócio ou ato jurídico bilateral e tem caráter constitutivo³²⁵.

Para Mafalda Miranda Barbosa³²⁶, os autores classificam o consentimento em três tipos: vinculante, que se “insere a atribuição de um poder jurídico de agressão”; autorizante, “que envolve um poder fático de agressão”; e tolerante, “que pode ser encarado como uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude do ato”.

O consentimento previsto no artigo 7º., supracitado, pode ser enquadrado na categoria autorizante, contudo, com alguns limites mais restritos que os previstos no direito civil.

Denota-se no Regulamento que o consentimento ser deve ser um ato positivo inequívoco, ou seja, um resultado de ações expressas do titular, sem nenhum caráter duvidoso da sua prestação, não pode ser deduzido ou baseado em omissão ou silêncio, devendo ser suscetível de prova por parte do responsável pelo tratamento, nos termos do artigo 7º., nº. 1 – “o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu seu consentimento para o tratamento dos dados pessoais³²⁷”.

³²³ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, 442.

³²⁴ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, 442.

³²⁵ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral da personalidade, 1995, 442.

³²⁶ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 215.

³²⁷ Cf. artigo 7º., nº.1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

Da mesma forma se o consentimento for prestado no contexto de uma declaração escrita que trate de outros assuntos, o consentimento deve estar em cláusula que o distinga claramente dos outros assuntos³²⁸.

Deve ser também o consentimento resultado de livre manifestação de vontade do titular dos dados, conforme os princípios gerais do direito civil e do direito à proteção de dados³²⁹, sem qualquer tipo de coação, de caráter social, financeiro, psicológico, sem obstáculo ao comprometimento da liberdade de escolha³³⁰. A liberdade do consentimento se demonstra à medida que o titular dos dados não seja passível de quaisquer consequências caso se recuse a prestar. Ainda há a liberdade para que a qualquer momento este consentimento seja retirado, não comprometendo a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento anterior, devendo ser tão fácil de ser retirado quanto prestado, nos termos do n.º 3, do artigo 7.º³³¹.

Assim, verifica-se que todo o tratamento com base no consentimento exige que esse seja manifestado de forma específica e expressa, demonstrando ao titular dos dados, quais serão objeto de tratamento e qual a finalidade a que se destina este, com base no direito à informação. Sendo considerado ilícito o tratamento que não respeite as regras do artigo 6.º³³². Sendo neste artigo, n.º 1, a), previsto que a licitude do tratamento depende do consentimento do titular dos dados.

Vale ressaltar que há condições especiais aplicáveis ao consentimento quando envolvem crianças, nos termos do artigo 8.º do Regulamento, quais sejam, a necessidade do conhecimento e autorização dos responsáveis parentais da criança, não tendo esta no mínimo 16 anos. Contudo, há liberalidade para que cada Estado-Membro possa dispor de uma idade inferior, não sendo esta inferior a 13 anos³³³.

³²⁸ Cf. artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³²⁹ Cf. Dissertação de Mestrado Jurídico-Forense de Florbela da Graça Jorge da Silva Ribeiro. O tratamento de dados pessoais de clientes para marketing. Universidade Nova de Lisboa. Abril/2017, p. 107.

³³⁰ Cf. comentários ao GT29 - Documento de trabalho sobre o tratamento de dados pessoais ligados à saúde em registos de saúde eletrónicos (RSE) [Em linha]. 00323/07/PT, WP 131. Brussels (Belgium), (15/02/2007), feito em Dissertação de Mestrado Jurídico-Forense de Florbela da Graça Jorge da Silva Ribeiro. O tratamento de dados pessoais de clientes para marketing. Universidade Nova de Lisboa. Abril/2017, p. 108.

³³¹ Cf. artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³³² Cf. artigo 6.º, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³³³ Cf. artigo 8.º, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

Denota-se assim a existência da relação contratual entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, pautado em ampla liberdade para aquele, implicando em consequência no caso de inadimplemento para ambas as partes. Contudo, verifica-se que ante à fragilidade, muitas vezes econômica e técnica, em que está exposto o titular dos dados ao disponibilizar informações que podem ser de cunho íntimo, o Regulamento aborda com mais ênfase a tutela dos direitos destes. Não deve ser desconsiderado os prejuízos que eventualmente possa sofrer o responsável pelo tratamento com a retirada do consentimento, o que se denota certa falha no Regulamento a respeito desta questão.

Pondera-se ainda que “a infração dos deveres emergentes do contrato, onde e como quer que eles se achem, gera uma responsabilidade que segue em princípio o regime comum obrigacional, com as especificidades que lhes são próprias no confronto com a delitual³³⁴”, como observa Manuel Carneiro da Frada ao tratar da responsabilidade das operadoras da *Internet*.

Assim temos a proteção conferida pelo Regulamento, como norma especial e as demais apresentadas nos regimentos internos de cada Estado-Membro, no campo civilístico obrigacional, de indenização dos danos por atos ilícitos.

4.3.2 Da responsabilidade do responsável pelo tratamento e do subcontratante

No desenvolver deste trabalho falamos com mais ênfase sobre a responsabilidade atribuída pelo Regulamento ao responsável pelo tratamento, quer seja advinda da relação contratual ou extracontratual estabelecida com o titular dos dados, e o seu consequente dever de indenizar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes das lesões causadas na violação do direito à reserva da vida privada.

Contudo, reprisa-se que o artigo 5º chama à colação o princípio da responsabilidade daquele que trata os dados, dispondo que o responsável pelo tratamento

³³⁴ Cf. CARNEIRO DA FRADA. Manuel A. Vinho Novo em Odres Velhos. p. 679.

deve cumprir todas as regras inerentes à própria actividade e deve ter comprovação disso, sob pena de responsabilização³³⁵.

No que concerne ao subcontratante, prevê o artigo 26º. a responsabilidade quando “dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento”³³⁶, como solidária, em relação ao titular dos dados, que pode “exercer os direitos que lhe confere o presente regulamento em relação e cada um dos responsáveis pelo tratamento”³³⁷, nos termos do nº. 3, do artigo 26º. O artigo 27º. prevê a responsabilidade dos representantes responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes não estabelecidos na União.

A responsabilidade do subcontratante é novidade do Regulamento, que concede a esta categoria um conjunto de obrigações que lhes são especialmente dirigidas³³⁸. Diversamente do previsto na Diretiva 95/46, em que somente o responsável pelo tratamento responde pelo incumprimento do regime legal³³⁹.

Nos casos em que houver subcontratante a disciplina é do artigo 28º. do Regulamento, com a observação de que deve o responsável pelo tratamento “recorrer apenas a subcontratantes que apresentem garantias suficientes³⁴⁰” para realizar as medidas técnicas e organizativas suficientes para satisfazer os requisitos do Regulamento e assegurar os direitos do titular dos dados. Fazendo a ressalva, no nº. 2 do referido artigo, de

³³⁵ Ou seja, nos termos do artigo 5º. do Regulamento (UE) 2016/679 - “princípios relativos ao tratamento dos dados pessoais” - fica responsável por dar aos dados pessoais tratamento lícito, leal e transparente, em relação ao titular dos dados; para proceder a recolha para as finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; dar tratamento adequado, pertinente e limitado ao que é necessário para a finalidade que se destina o tratamento; os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, em relação à finalidade do tratamento sejam retificados ou apagados sem demora; conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para os quais são tratados; devem ser tratados de forma a garantir a segurança dos dados pessoais, incluindo a proteção contra seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas.

³³⁶ Cf. artigo 26º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³³⁷ Cf. artigo 26º., nº. 3, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³³⁸ Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 20, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

³³⁹ Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 20, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

³⁴⁰ Cf. artigo 28º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

que o subcontratante não deve contratar outro sem que o responsável pelo tratamento manifeste seu consentimento prévio e por escrito, sendo o tratamento em subcontratação regulado por contrato ou ato normativo da União ou dos Estados-Membros³⁴¹.

A responsabilidade do subcontratante está pautada nos danos causados apenas se não cumprir as obrigações que decorrem do Regulamento, ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento³⁴². Para a licitude da subcontratação deve existir um contrato escrito ou outro ato normativo disposto no direito da União ou dos Estados-Membros que vincule este ao responsável pelo tratamento, respeitando o contrato os demais requisitos do n.º 3, do artigo 28º.³⁴³

O artigo 29º. apresenta os limites do tratamento realizado pelo subcontratante ou outros terceiros quando este está agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento, sendo expressamente proibido que realizem o tratamento de dados pessoais, exceto quando autorizado pelo responsável do tratamento ou por força do direito da União ou dos Estados-Membros³⁴⁴.

Outra situação prevista no Regulamento é de que em casos de violação dos dados pessoais, deve o responsável pelo tratamento notificar o fato à autoridade de controlo³⁴⁵ no prazo de até 72 horas, após o conhecimento dos fatos, devendo a comunicação ser acompanhada de justificativa caso haja atraso³⁴⁶. Ficando isento da responsabilidade em comunicar a autoridade de controlo caso a violação dos dados não represente risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, nos termos do artigo 33º., n.º 1, do referido

³⁴¹ Cf. artigo 28º., n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³⁴² Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 20, 2ª. Ocorrida em 25/01/2017. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

³⁴³ Cf. artigo 28º., n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³⁴⁴ Cf. artigo 29º., do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

³⁴⁵ O artigo 51º, do Regulamento (UE) n.º 2016/679 traz a definição de autoridade de controlo, in verbis: “1. Os Estados-Membros estabelecem que cabe a uma ou mais autoridades públicas independentes a responsabilidade pela fiscalização da aplicação do presente regulamento, a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento e facilitar a livre circulação desses dados na União («autoridade de controlo»). 2. As autoridades de controlo contribuem para a aplicação coerente do presente regulamento em toda a União. Para esse efeito, as autoridades de controlo cooperam entre si e com a Comissão, nos termos do capítulo VII.

³⁴⁶ Cf. artigo 33º., n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 2016/679.

artigo. Da mesma forma subsiste a responsabilidade por parte do subcontratante em notificar o responsável pelo tratamento em tendo conhecimento das lesões descritas³⁴⁷.

Assim como o responsável pelo tratamento deve comunicar a autoridade de controlo a mesma comunicação deve ser feita para o titular dos dados, segundo previsão do artigo 34º., se eximindo da responsabilidade nas hipóteses descritas no nº. 3.

Em caso de violação dos dispositivos comentados anteriormente, prevê o artigo 77º. que titular dos dados tem o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo no Estado-Membro de sua residência, do local de trabalho ou onde foi praticada a infração, independentemente da utilização de outras vias como administrativas ou judiciárias³⁴⁸.

Da mesma forma há possibilidade do titular dos dados de intentar ação judicial contra a autoridade de controlo que profira decisões juridicamente vinculativas que digam respeito ao titular dos dados³⁴⁹. E em não havendo resposta da reclamação feita pelo titular dos dados à autoridade de controlo, ou informações acerca do andamento do processo, no prazo de três meses, tem aquele o direito de intentar ação judicial contra a autoridade³⁵⁰.

Também há previsão no artigo 79º. do direito do titular dos dados em promover ação judicial contra um responsável pelo tratamento ou um subcontratante nos casos de violação dos direitos apresentados no Regulamento³⁵¹. Assim, por mais que o Regulamento traga a nova possibilidade de reclamação do titular dos dados e providências a serem requeridas às autoridades de controlo em momento algum se exclui a tutela judicial. Denota-se assim uma preocupação em apresentar novos caminhos para a solução dos danos ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

4.2.4 Da responsabilidade conjunta de dois ou mais responsáveis pelo tratamento

³⁴⁷ Cf. artigo 33º., nº.2, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁴⁸ Cf. artigo 77º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁴⁹ Cf. artigo 78º., nº. 1, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁵⁰ Cf. artigo 78º., nº. 2, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁵¹ Cf. artigo 79º., nº. 2, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

Neste sentido prevê o artigo 82º. o direito à indenização e responsabilidade. Dispondo que qualquer pessoa que sofra danos materiais ou imateriais em razão de uma violação do Regulamento tem do direito de receber do responsável pelo tratamento ou do subcontratante o ressarcimento dos danos sofridos³⁵².

Assim, em havendo mais de um responsável pelo tratamento ou subcontratante, que estejam envolvidos no mesmo tratamento, em sendo responsáveis por eventuais danos causados pelo tratamento, serão, cada um, responsável pela integridade dos danos em relação ao titular dos dados, assegurando assim a efetiva indenização³⁵³, nos termos do nº. 4, do artigo 82º.

Contudo, em havendo cumprimento integral da indenização, por uma das partes do mesmo pólo, o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, podem exigir um do outro “a parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com as condições previstas no nº. 2.³⁵⁴”. Ou seja, trata o Regulamento da responsabilidade solidária destes em relação ao titular dos dados. Valendo as mesmas regras dispostas para no direito civil na divisão estabelecida posteriormente entre os dois culpados.

4.3 Finalidades da responsabilidade civil

4.3.1 Finalidade ressarcitória

Ao falar em inadimplemento das obrigações e na responsabilidade civil, tornar-se-ia tal explanação incompleta se não comentássemos, ao menos brevemente sobre as finalidades que esta desempenha no ordenamento jurídico.

³⁵² Cf. artigo 82º., do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁵³ Cf. artigo 82º., nº. 4, do Regulamento (UE) nº. 2016/679.

³⁵⁴ Cf. artigo 82º., nº. 5, do Regulamento (UE) nº. 2016/679. Prevê ainda o nº. 2 do mesmo artigo que o subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. Contudo, esta previsão se relaciona com a responsabilidade entre este e o responsável pelo tratamento, pois como dito anteriormente em relação ao titular dos dados responde integralmente pelos danos causados.

As finalidades da responsabilidade civil podem ser consideradas como ressarcitória, preventiva ou sancionatória (também conhecida como punitiva).

Conforme pensamento expressado por Mafalda Miranda Barbosa³⁵⁵ não há “unanimidade entre os autores no que concerne à determinação exata do escopo prosseguido pela previsão de uma obrigação ressarcitória”³⁵⁶, assim pode se considerar que as demais modalidades, apesar das especificidades de cada um, acabam por culminar no contributo da obrigação ressarcitória, estando esta em trânsito entre a reparação do dano, o caráter preventivo e/ou sancionatório em razão do dano surgido.

É certo que aquele que sofre a lesão por ação ou omissão ilícita e culposa por parte do responsável pelo tratamento, do subcontratante ou outros que participem desta relação sob responsabilidade do primeiro, deve ser indenizado, objetivando a restituição da situação anterior ao dano, procurando que relocalar o “lesado na posição em que estaria se não tivesse ocorrido o evento danoso”³⁵⁷, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa.

Contudo, se pensarmos na divulgação de notícia falaciosa, ou mesmo na exposição de dados pessoais, sem autorização do titular, por determinada empresa, na rede mundial de computadores os danos são irreversíveis. Impossível identificar todos os outros usuários que terão acesso a informação e proceder ao apagamento de tais informações, e mesmo que isso seja possível o dano já foi causado pelo simples fato da divulgação indevida. Neste sentido a conduta ilícita do responsável pelo tratamento, ou os outros referidos, em não cumprir o disposto no Regulamento já gera o dever de indenizar, independentemente das demais consequências futuras geradas com aquela atitude.

É certo que os danos não patrimoniais têm previsão legal e devem ser indenizados, difícil, porém, é esta compensação, dos valores subjetivos que foram efetivamente atingidos. Diversamente do que ocorre com o dano patrimonial, que pode ser avaliado com o cálculo dos prejuízos que a vítima sofrera, e que virá a sofrer (danos emergentes e lucros cessantes), aquele não pode ser recompensado (será indenizado), o que foi causado à vítima não poderá ser substituído, nunca se retornará ao *status quo ante*, “a reparação

³⁵⁵ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 43.

³⁵⁶ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 41.

³⁵⁷ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 43.

natural, é quase sempre impossível³⁵⁸”. “Mas interessa também ao lesado a reconstituição de sua situação pessoal, ou, pelo menos, a minoração dos sacrifícios suportados por força de danos ocorridos³⁵⁹”.

Estas medidas irão amenizar os prejuízos causados ao titular dos dados, porém, reprisa-se não será feita a reparação total ao *status quo ante*. Assim, sabe-se que toda dor, sofrimento, angústia, e demais componentes que circundam a esfera psicológica do ser humano em sua personalidade, em suas crenças e valores, quando atingidos são irre recuperáveis, causando marcas que o indivíduo levará por toda sua vida³⁶⁰.

Um dos grandes problemas que pairam sob o tema, é o fato de não haver qualquer equivalência pecuniária que possa mensurar, indenizar, com exatidão o dano sofrido. “Portanto, não se cuida de indenizar a dor nem de dar preço à moral, mas de afastar e arredar os males que a afligem, desagregando o corpo, depauperando ou mutilando a própria alma sofredora³⁶¹”.

4.3.2 Finalidade preventiva

A função preventiva está ínsita no conteúdo legal no momento em que prevê a possibilidade de indenização monetária paga pelos responsáveis ao titular dos dados. Demonstrando, assim, ao meio social a que aquela está inserida, que tal conduta não fica impune, prevenindo desta forma que outros venham a cometer ilícitos de natureza semelhante. Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa “este desencorajamento funcionará, efetivamente, como uma forma de prevenção de futuros comportamentos ilícitos e

³⁵⁸ MOACIR LUIZ GUSSO apud CLÓVIS BEVILÁQUA. Dano Moral. Vol. I. São Paulo: Editora de Direito, 2001, p. 47.

³⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

³⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais, p. 21. Mas uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

³⁶¹ DELGADO, Rodrigo Mendes *apud* AUGUSTO ZENUN (1998:107). O valor do dano moral - como chegar até ele. 2ª edição, Leme: Editora JH Mizuno, 2005, p. 136.

culposos”³⁶². Sendo evidente que neste contexto “o mecanismo preventivo operará de forma dependente do mecanismo reparador”³⁶³.

É, desta feita, uma forma de desencorajar a prática de outros atos ilícitos que venham a produzir danos. “Não se pode afastar de todo que o montante indenizatório do dano moral, deve o juiz estipular certa quantia como fator dissuasivo da prática de novos danos”³⁶⁴.

Neste sentido Aguiar Dias verifica que “para o sistema de responsabilidade civil que empossamos, a prevenção e a repressão do ato ilícito resulta da indenização em si. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral energético”³⁶⁵.

4.3.3 Finalidade sancionatória

No que se refere à finalidade sancionatória advinda dos danos punitivos, tradução do *punitive damages*. Foi importado do sistema Inglês, também utilizado nos Estados Unidos, Canadá e Rússia dentre outros. É amplamente aceito nos países do sistema *common law*, em que a indenização deve consistir em uma pena, que deve servir para que o ofensor não venha a reiterar sua conduta delituosa. Sendo também um desestímulo para todos aqueles que cometem ilícito civil, em uma visão social do problema³⁶⁶.

Uma das funções da responsabilidade civil constituiria em aplicar uma sanção ao agente causador do ato ilícito civil.

Assim, os danos punitivos se perfazem na quantia atribuída a título de danos não patrimoniais superior ao dano causado, como forma de penalização e repressão àquele que

³⁶² Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 46.

³⁶³ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 46.

³⁶⁴ JEOVÁ SANTOS, Antônio. Dano moral indenizável. 2ª ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

³⁶⁵ AGUIAR DIAS, José. Da responsabilidade civil. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 845.

³⁶⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais – adequação e impositividade no direito brasileiro. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547. Acesso: 20/06/2017. Faz a seguinte observação: dá-se a impressão de que, com o valor indenizatório, se estaria impingindo um ‘dano ao causador do dano’, com carga vingativa, estritamente emulativa, o que absolutamente não coaduna com o sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro. Idéia extraído do sistema brasileiro, que é plenamente transponível para o direito português, que coaduna com o mesmo ideal.

pratica uma conduta ilícita, dolosa ou culposamente. Neste sentido, à crítica de Mafalda Miranda Barbosa é de que seria esta uma espécie de multa privada a ser imposta como repreensão do comportamento lesivo prevenindo comportamentos lesivos no futuro, baseado na ideia de *policy argument*³⁶⁷.

Para a autora este debate conduz problemática dos danos patrimoniais e não patrimoniais, se remetendo à distinção também aceita na doutrina de Guido Alpa na separação de responsabilidade civil reparatória e sancionatória acaba por assumir a ideia de que “a compensação dos danos não patrimoniais se deve configurar como uma medida punitiva, assumindo, mesmo a natureza de pena privada”³⁶⁸.

Traçando um paralelo com a doutrina brasileira, Yussef Said Cahali também entende que na reparação dos danos morais “o dinheiro não desempenha função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a de pena”³⁶⁹.

Para o citado doutrinador, o lesante deve sentir pelo que cometeu com um desfalque em seu patrimônio, uma das maneiras mais eficazes de penalizar, fazendo com que este indiretamente se arrependa do ato cometido, fazendo o ressarcimento e amenização do que cometeu à vítima. Sabemos que, o mundo hodierno gira em torno do dinheiro, das relações econômicas e de consumo, sendo para a maior parte da população escasso, mesmo para aqueles poucos que muito têm, sabem da dor de perdê-lo.

Para os países que adotam esta teoria, toda a sistemática jurídica contribui para sua manutenção, tem estas fortes bases econômicas e consumeristas, como é o caso do Estados Unidos. Sendo um método eficaz para a punibilidade dos que cometem ilícitos civis. Neste a pena é adotada com caráter vingativo, retributivo, como nos casos da esfera penal em que se admite a pena de morte. Nestes países, existem três tipos de reparação, a indenização por danos morais, lá denominada danos não econômicos, a indenização por danos patrimoniais (danos econômicos), e a outra a indenização de danos punitivos. Desta forma

³⁶⁷ Cf. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 47.

³⁶⁸ f. MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Lições de Responsabilidade Civil, p. 47. No mesmo sentido expressado no texto cita a autora entenderem Pinto Monteiro, Júlio Gomes, Paula Meira Lourenço e Sofia Leite Borges.

³⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.41.

se dá a pena civil, onde um prejuízo significativo no patrimônio do agente causador serve como retributividade do ilícito que cometera.

Impossível da mesma forma, reparar o dano em sua exata extensão, como seria o método utilizado para medir a dor, o sofrimento de que padece a vítima em seu íntimo? Nem sempre aquilo que é exteriorizado em matéria de sentimentos íntimos, ocorre da mesma forma no interior daquele que sofreu o dano. Desta forma, não há como se padronizar, condutas e ilícito. Devendo inclusive haver a diferenciação de penalidade para aquele que agiu com dolo do que agiu com culpa. “Por isso que, a indenização que alguém paga, se comete um dano porque agiu com culpa, deve ser inferior àquele que age com a vontade consciente de perpetrar a lesão³⁷⁰”.

No que se refere à pena civil, outro ponto abordado quando a doutrina tenta dogmatizar o caráter punitivo da indenização, em seu conceito histórico houve a dicotomia entre a responsabilidade civil e a penal, que persiste até os dias atuais. Ficando a primeira na esfera privada de direitos e a segunda na esfera pública, estando o Estado como o agente defensivo no direito penal e o particular como agente que deve pleitear a responsabilização na esfera cível.

Algumas figuras que eram inicialmente consideradas ilícitos penais, passaram a ser ilícitos civis, assim os ilícitos penais passaram por uma mutação.

É certo que, para uma determinada visão social, todos têm direitos naturais, que voluntariamente cedemos ao Estado, ente maior e superior, que passa, legitimamente a ter o poder dever de resguardar a vida em sociedade, e utilizar os meios necessários para tal. Assim, “a possibilidade de justiça privada é apenas um reflexo da nossa capacidade de legítima defesa e de autotutela³⁷¹”, e cedemos apenas parte imprescindível e necessária para a convivência em sociedade.

Assim, parte-se do pressuposto que a justiça privada não é negativa, pois os indivíduos permanecem titulares de seus direitos fundamentais, cedendo apenas parte deles para que o Estado promova a sua proteção e defesa em sede social.

³⁷⁰ JEOVÁ SANTOS, Antônio. Dano moral indenizável, p. 160.

³⁷¹ GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XV. Tomo 1. 2001, p. 166.

Como explica Oliveira Ascensão³⁷², a pena civil é uma sanção punitiva ‘imposta de maneira a representar simultaneamente um sofrimento e uma reprovação para o infrator. Já não interessa reconstituir a situação que existiria se o fato se não tivesse verificado, mas aplicar um castigo ao violador.

No que concerne à admissibilidade no direito português a função ressarcitória é a primordial. “Este princípio corresponde à idéia de que a responsabilidade civil não tem, para a maior parte da doutrina portuguesa, uma finalidade punitiva³⁷³”.

Contudo, há os que defendam a hodierna adoção dos danos punitivos no sistema Português, alegando que em razão da crescente desmaterialização do Direito privado (*depatrimonializzazione del diritto privato*), e razão do aumento dos danos não patrimoniais, associados à racionalidade meramente econômica dos lesantes, culmina na crise da função clássica da responsabilidade civil, qual seja, a reparadora³⁷⁴.

Mas há de se notar que o simples fato da indenização estar baseada na culpa do agente temos em plano primário a função reparatória e em plano secundário as funções punitivas e preventivas.

Neste sentido que o legislador traz no art. 494º do Código Civil Português, o grau de culpabilidade do agente como fator de ponderação do quantum indenizatório.

Considera, porém Paula Meira Lourenço, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão, que os artigos 496º e 494º abririam margem para a imputação dos *punitive damages* em Portugal, uma vez que para a aferição do dano, são considerados o grau de culpabilidade do agente e a dimensão do dano³⁷⁵.

³⁷² José de Oliveira Ascensão citado por Nelson Rosendal *in* As funções da responsabilidade civil – a reparação e a pena civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 147.

³⁷³ José de Oliveira Ascensão citado por Nelson Rosendal *in* As funções da responsabilidade civil – a reparação e a pena civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

³⁷⁴ LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. XLIII. n.º 2, 2002.

³⁷⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 254. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Direito das Obrigações. V. 2, Tomo 3, 2010, p. 390.

Afirma a autora Paula Meira Lourenço³⁷⁶ que há incidência dos danos punitivos nos seguintes dispositivos da legislação lusitana: quando se refere à responsabilidade civil com culpa, na exclusão da responsabilidade com “culpa leve” – arts. 814.º, 956.º/2/b, 957.º, 1.134.º, 1.323.º/4, 1.681.º; na relevância do grau de culpa na fixação da indenização – arts. 494.º, 497.º/2 e 570.º; no recurso à equidade para fixação do montante indenizatório – arts. 494.º, 339.º/2 e 489.º/1; na impossibilidade de determinação dos danos, não patrimoniais – art. 496.º e 566.º/3; a geral irrelevância da causa virtual; os danos não patrimoniais; a mora do devedor – arts. 806.º/2 e 807.º/1; as punições civis – arts. 1320.º/1 e 1552.º/2.

No que se refere aos direitos do autor de uma forma tímida, os defensores da adoção dos danos punitivos no direito português, afirmam estar presente a sanção civil nos art. 86.º/5 e 202 do CDA, no art. 41.º da Lei de Base do Ambiente (LBA) e art. 73.º/3 do DL n.º. 236/98.

Interpretação a qual entendemos ser muito extensiva, extraindo-se dos referidos artigos a transposição de uma figura da *common law* para a *civil law*.

4.3.3.1 Critérios para fixação do valor indenizatório

O dever de indenizar os danos não patrimoniais já na legislação portuguesa no art. 496.º/1³⁷⁷, prevê expressamente que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

³⁷⁶ LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos, pp. 1093-1107; e A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, pp. 249-315.

³⁷⁷ Artigo 496.º (Danos não patrimoniais) do Código Civil, *in verbis*: 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes. 4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.

No art. 496.º/4, fica clara a intenção do legislador em atribuir ao Tribunal a competência para determinação do valor, de forma equitativa e observados os parâmetros dispostos no art. 494.º, quais sejam: a equidade, grau de culpabilidade do agente, situação econômica do agente e do lesado, e demais circunstâncias do caso.

Dois grandes sistemas visam a solução para a questão, o sistema aberto e o fechado. No primeiro temos a total liberdade do magistrado para a definição do *quantum* da indenização, definindo quais os melhores caminhos que deverá seguir para a fixação do valor, buscando a equidade. No segundo, também chamado de tarifado, os valores são pré-determinados, fazendo-se a subsunção do caso ao previsto no sistema, já pré-determinado pela lei.

Assim, a equidade é justiça distributiva, pedra angular da determinação do montante da indenização punitiva, devendo todos os demais critérios se subsumirem a este, de acordo com a justiça e a igualdade.

Em relação ao grau de culpabilidade do agente e sua condição econômica, temos que a culpabilidade se revela elemento fundamental à imputação da responsabilidade, como já tratado em tópicos iniciais, não havendo margem para discussão sobre possível exclusão de tal critério, o que seria absurdo.

O grau de culpa do agente em relação ao fato é fator primordial na aplicação da pena, sendo importante analisar se o resultado pretendido foi o que ocorreu, medindo-se a extensão do dano causado, bem como se dos fatores que o levaram a tal ato contribui de qualquer forma a vítima.

Paula Meira Lourenço³⁷⁸ traz a seguinte crítica, “o critério de ‘grau de culpabilidade do agente’ continua a ser omitido, salvo quando se trata da negligência do lesante, servindo nessa altura para diminuir a indenização, o que é de lamentar”. Referindo-se a que o art. 496.º não impõe a aplicação do art. 494.º, apenas o remete às circunstâncias ali previstas, assim, pode segundo o mesmo parâmetro, o julgador majorar a condenação.

No que concerne à condição econômica do lesante, alguns doutrinadores defendem que deve ser levado em consideração, apenas a categoria do bem jurídico ofendido e a sua

³⁷⁸ LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos, pp. 1093-1107.

intensidade, argumentando que não seria correto analisar as forças econômicas do causador do dano, para não gerar uma prévia avaliação do valor da pena. Tem como argumentos que a análise da situação pessoal do ofensor pode gerar enriquecimento ilícito, bem como a tabela: réu rico, valor maior, réu pobre, valor menor da indenização.

A respeito da vítima, é necessário considerar sua situação sócio-econômica, cultural, dentre estas a idade, sexo, estado, profissão, local em que reside, nos termos do artigo 494º. do Código Civil. Todos esses compõem a esfera de valores de uma pessoa, baseados em fatos de sua realidade. Temos que os danos não patrimoniais, não são apenas aqueles socialmente reprováveis, mas aqueles que sofre o indivíduo quando tem subtraído ou prejudicado um bem imaterial de seu patrimônio, que pode o não ter relevância social.

O estado psicológico do atingido também deve ser levado em consideração, se é uma pessoa calma, nervosa, a maneira com que conduz os seus problemas. Antonio Jeová Santos citando Mazeaud³⁷⁹ afirma “que um mesmo fato pode causar a uma pessoa, por exemplo, mais débil, mais sensível ou mais nervosa, um prejuízo mais considerável do que em outra”. Caberá ao magistrado, que deverá usar de toda sua sensibilidade e vivência, a difícil tarefa de analisar o caso in concreto. A situação econômica terá importância no momento em que se dá o ressarcimento, longe de qualquer forma de tarifação, deve haver um valor que possa servir de lenitivo para a dor, tendo esta compatibilidade com a situação financeira do lesado, para que o valor recebido tenha cunho ressarcitório. Não devendo se esquecer daquele que paga pelo ato, a indenização deve corresponder ao efetivo potencial econômico deste, sob pena de restar infrutífera a ação com o inadimplemento do devedor.

Os danos não patrimoniais tratam além dos valores subjetivos prejudicados do lesado, também de uma comoção social. Protege valores inerentes à personalidade humana, valores estes que nascem e morrem com o indivíduo. “A dor, assim como sua antípoda, o prazer, são sensações primárias que acompanham o homem desde de o nascimento até a culminação de sua vida³⁸⁰”.

Além das condições das partes, deve-se levar em conta o fato em si, se a conduta causa grande comoção social, é moralmente reprovável, bem com a duração e intensidade do sofrimento da vítima. Ou seja, além das condições subjetivas das partes, deverão ser

³⁷⁹ JEOVÁ SANTOS, Antônio. Dano moral indenizável, p. 189.

³⁸⁰ JEOVÁ SANTOS, Antônio. Dano moral indenizável, p. 126.

analisadas as condições objetivas do caso. Grande discussão havia sobre a reparação dos danos não patrimoniais, quando estes não geravam efeitos permanentes, sabe-se que não é necessário que as conseqüências sejam permanentes para que haja o dever de amenizar o sofrimento do atingido. Porém, deve haver uma mensuração em relação ao valor indenizatório proporcional a estes efeitos.

Assim, assistimos a um notável aperfeiçoamento da ponderação do critério relativo às ‘demais circunstâncias do caso concreto’, através da descrição, por vezes bastante minuciosa, dos danos suportados pelo lesado de modo a permitir-lhe a atribuição de um montante justo, adequado às particularidades da situação em causa³⁸¹.

Suzanne Carval citada por Paula de Meira Lourenço³⁸², chega a preconizar na doutrina francesa, que devem ser aplicadas punições em sede de responsabilidade civil, com o objetivo de assegurar a proteção de liberdades e direitos imateriais.

Posição a qual discordamos por entender deveras extensiva para o sistema jurídico atual do direito português.

É certo que a proteção aos direitos de personalidade é deveras importante, merecendo a proteção do legislador, a exemplo do art. 26.º/1 da CRP, não havendo dúvidas que são direitos fundamentais também estando sob o abrigo dos arts. 24.º e 25.º da CRP.

³⁸¹ LOURENÇO, Paula de Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 22.

³⁸² SUZANNE CARVAL *apud* PAULA DE MEIRA LOURENÇO. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 23.

CONCLUSÕES

Percorrido o caminho que titulámos “A tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no Regulamento n.º 2016/679 da União Europeia”, é momento de organizar e retomar as questões principais do nosso estudo:

- O indivíduo que forneceu os “dados pessoais” – as informações relacionadas consigo que o podem identificar (nome, contato telefónico, endereço eletrónico, data de nascimento, etc.) – tem uma legítima expectativa quanto ao tratamento dos seus dados.
- Sabe-se que hoje uma informação transmitida através da Internet em segundos alcança o globo terrestre: a má utilização deste recurso por alguns fez com que toda a população temesse diariamente os possíveis ataques e violações às suas esferas íntimas e privadas.
- De outro modo, diversas empresas e todo um sistema foi criado com a finalidade de intromissão na vida alheia e de utilização das informações obtidas, com fins lucrativos, infringindo de forma inescrupulosa a privacidade das pessoas.
- As informações disponibilizadas pelo titular na rede mundial *Internet*, tais como fotografias, documentos e comentários, ficam permanentemente no local depositado, sejam redes sociais, blogs ou outras páginas; tudo somado ao fato do acesso por meio dos motores de busca, fazendo com que a informação ali disposta possa, em segundos, alcançar o mundo.
- Na mesma proporção do avanço tecnológico e da necessidade de maior proteção à reserva da vida privada, surgem assim os direitos a ser esquecido, ao segredo, a controlar informações e aos dados pessoais.
- O direito à proteção de dados está intimamente relacionado com a proteção da privacidade ou com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.
- Faz-se assim necessária a tutela jurídica da privacidade para resguardar o que a pessoa tem de mais pessoal – a sua intimidade – e, neste contexto, uma preocupação maior com o desenvolvimento e as formas de utilização ou tratamento dessa informação.

- A privacidade deve ser protegida, adaptando-se às novas realidades, mas sem perder o seu núcleo essencial que é a própria tutela da pessoa.
- Assim, a reserva da vida privada insere-se no rol não taxativo dos direitos da personalidade.
- Os direitos de personalidade são caracterizáveis como inatos, absolutos, intransmissíveis, parcialmente indisponíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais
- Mais do que a proteção legal da personalidade do homem, é exigível uma proteção ética presente na consciência de toda a sociedade e de todos os indivíduos nela integrados.
- Assim, o direito à proteção de dados está interligado à reserva da vida privada e aos direitos da personalidade: tendo como base a dignidade da pessoa humana.
- Nesse sentido, deve ser considerado que o necessário desenvolvimento da personalidade apresenta a cada homem o direito de autodeterminação.
- Logo, no âmbito particular da “proteção de dados”, aquilo que engloba a “esfera privada” começa por estar na livre disponibilidade de decisão do indivíduo.
- A divulgação da informação pelo titular ou a autorização e consentimento para que terceiro o faça, são formas de limitação voluntária.
- A faculdade de converter uma informação integrada na esfera íntima em informação objeto de divulgação pública, permite concluir que tudo poderá depender da própria personalidade individual e do caso concreto.
- Por outro lado, o desenvolvimento da tecnologia contribuiu sobremaneira para maior atenção à tutela da vida privada pessoa, apresentando mais garantias para que não fosse molestada e protegesse o direito de “ser deixada só”.
- Assim, o direito à reserva da intimidade da vida privada deverá adaptar-se às novas situações sociais, definindo seus contornos conforme os anseios sociais.
- A autodeterminação informativa é assim elevada à categoria de direito fundamental, assegurando aspectos da vida pessoal e íntima da pessoa.
- No artigo 35º. da Constituição da República Portuguesa está consagrada a proteção dos dados pessoais, podendo ser classificado como um especial direito de personalidade, uma vez que tem o objetivo de proteger o cidadão dos perigos que o uso da informática pode causar em sua privacidade, mais ainda quando se fala em dados pessoais e no seu tratamento

- Já o direito de reserva da intimidade na vida privada e familiar foi consagrado no artigo 26º, nº. 1 da Constituição.
- Foi criada em Portugal uma Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) com importância por garantir a autodeterminação informativa e promover o respeito pelos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.
- A Lei da Proteção dos Dados Pessoais transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.
- No âmbito da legislação da União Europeia, surgem recentemente a Diretiva (UE) 2016/680 de 27 de Abril de 2016, “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados”, e a Diretiva (UE) 2016/681, de 27 de Abril de 2016, “relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave”.
- Mais importante ainda, objeto deste estudo, o Regulamento n.º. 2016/679, originado do Parlamento e do Conselho Europeus, em 27 de Abril de 2016, aplicável a partir de 25/08/2018, passa a disciplinar sobre o tratamento dos dados pessoais nos meios automatizados (parcial ou totalmente) e sua respetiva proteção às pessoas singulares
- O Regulamento 2016/679, passou a ser assegurar a livre circulação da informação pessoal, *harmonizando a transferência dos dados pessoais na União Europeia* e, assim, buscou trazer maior confiança aos titulares dos dados, pessoas singulares, nos serviços disponibilizados na Internet, promovendo uma amplitude na proteção à sua privacidade, bem como, tendo em vista que a evolução tecnológica, possibilitou às entidades públicas e privadas uma maior recolha e tratamento de dados no exercício das suas atividades e competências.
- Há um conjunto de princípios relativos ao tratamento de dados pessoais que se encontram consignados no Regulamento 2016/679: licitude, lealdade e

transparência; limitação das finalidades; minimização dos dados; exatidão; limitação da conservação; integridade e confidencialidade; e responsabilidade.

- Há também um importante conjunto de direitos previstos no Regulamento 2016/679, desde logo o *direito a ser esquecido* ou ao apagamento dos dados, que nos parece ser um importante passo na defesa do direito à autodeterminação informativa.
- O direito ao esquecimento está baseado na ideia de autonomia do detentor dos dados sobre suas informações pessoais.
- A grande problemática aqui envolvida e que tem sido objeto de constantes debates são os limites que o direito a ser esquecido tem encontrado perante o direito à liberdade de expressão e informação ou diante as informações históricas e estatísticas.
- Outro ponto importante do Regulamento, relacionado com a tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, é o tratamento de categorias especiais de dados – os chamados dados sensíveis.
- “Dados sensíveis” porque está em causa a proibição expressa ao tratamento dos dados pessoais que se referem à origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, o tratamento de dados genéticos, biométricos, que possam identificar de forma precisa uma pessoa, da mesma forma os dados relacionados a sua saúde, relativos à vida sexual ou orientação sexual.
- Ou seja, traduz-se na proteção daquilo que se entende como mais pessoal a ser relacionado ao sujeito e que pode lhe causar prejuízos em sendo objeto de tratamento ilegal, arbitrário, discricionário ou mesmo discriminatório.
- Daí, também, o direito de oposição que se confere “uma *dimensão negativa* de preservação do direito à intimidade no sentido da recusa de ingerências e uma *dimensão positiva* de assegurar essa privacidade no sentido de estabelecer o controle de dados”.
- Por outro lado, num mercado econômico que transformou a “posse das informações”, os dados pessoais tornaram-se objeto de desejo de diversas empresas por ser um “patrimônio valioso”, assegurando assim “o direito à portabilidade” o

exercício do direito de autodeterminação informativa que permite ao titular dos dados a sua posterior utilização.

- As informações automáticas utilizadas pelo responsável ao tratamento, ou por terceiros com a permissão deste para formação de perfis do utilizador, são possíveis decisões individuais automatizadas.
- Por todas estas razões, há avaliações de impacto na privacidade e limitações impostas pelo poder público e medidas de segurança.
- O direito à autodeterminação informativa é também exercido através do consentimento.
- Assim, verifica-se que todo o tratamento com base no consentimento exige que este seja manifestado de forma específica e expressa, demonstrando ao titular dos dados quais serão objeto de tratamento e qual a finalidade a que se destina, com base no direito à informação
- Denota-se então a existência de uma relação contratual entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, implicando consequências no caso de inadimplemento.
- O Regulamento 2016/679 dispõe sobre a responsabilidade dos envolvidos em três vertentes: a) responsabilidade do responsável pelo tratamento, b) responsabilidade conjunta de dois ou mais responsáveis pelo tratamento, e c) responsabilidade do subcontratante.
- Cuida assim da responsabilidade contratual estabelecida entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados, no momento que este adere ao contrato nos termos disponibilizados por aquele, e é dado seu consentimento (livre e expresso), tratando-se, em princípio, de um contrato de prestação de serviços.
- Contudo, tal como observa Manuel Carneiro da Frada “a responsabilidade contratual das operadoras depende da exata averiguação do conteúdo das respetivas vinculações”, ou seja, este contrato pode ter os contornos de um mandato, de depósito, de empreitada ou mesmo de locação.
- Outra modalidade de responsabilidade decorrente do Regulamento é a extracontratual, a qual damos especial atenção, que ocorre por exemplo quando o titular dos dados disponibiliza em um cadastro médico seus dados pessoais e estes

venham a ser indevidamente expostos a terceiros, sem as finalidades previstas no Regulamento.

- A responsabilidade é solidária quando “dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento”, considerando que o titular dos dados pode “exercer os direitos que lhe confere o presente regulamento em relação e cada um dos responsáveis pelo tratamento”.
- O Regulamento tornou-se um importante passo para colocar os Estados-membros em condições análogas no que se refere à proteção de dados.
- Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer, tendo em vista as novas tecnologias da sociedade da informação e a adequação e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 4.^a edição. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada e familiar. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLIII. n.º. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002,

_____, Direito Civil. Teoria Geral. Vol. 1, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000.

BACKES, Michael / DRUSCHEL, Peter / TIRTEA, Rodica. The right to be forgotten – between expectations and practice, Enisa – European Network and Information Security Agency. Novembro, 2012. Disponível em <https://www.enisa.europa.eu/publications/the-right-to-be-forgotten/>.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, Cascais: Príncípia, 2017.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Litigiosidade Jurídico-Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso, Cascais: Príncípia, 2015.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Responsabilidade Civil Extracontratual, Portugal: Príncípia, 2014.

BAUMAN, Zygmunt, “Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida”, *In. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*, Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 27/06/2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. Dano Moral. Vol. I. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada - Breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil. Separata dos estudos em memória ao prof. Dr. Paulo Cunha, Lisboa: 1988.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, VITAL, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português - Direito das Obrigações. V. 2, Tomo 3, 2010.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro / DE JESUS. Inês Oliveira Andrade. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. Revista Direito, Estado e Sociedade. nº. 43. Ano 2014.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. V. 46, abr./jun. Ano 2003.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 9ª. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade. 3ª. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do Que a República É: Uma República Baseada na Dignidade Humana. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral - como chegar até ele. 2ª edição, Leme: Editora JH Mizuno, 2005, p. 136.

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHANA, João. A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet, Coimbra: Almedina, 2012.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos Fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre:

Sérgio Antonio Fabris Editor, 2^a. ed., 2000

FLORES, Oscar. *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Vinho novo em odres velhos. A responsabilidade civil das operadoras de *Internet* e a doutrina comum da imputação de danos. Separata de: Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, fasc. 2, Ano 1999.

JEOVÁ SANTOS, Antônio. Dano moral indenizável. 2^a ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

GOMES, M. Januário. O problema da salvaguarda da identidade antes e depois do computador. Boletim do Ministério da Justiça. n.º. 319. Outubro. Ano 1992.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XV, Tomo 1, 2001.

JABBUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. Conflitos entre Direitos de Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações 11^a. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

LIMA, Pires de Lima / VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. I, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano VIII, 2011. pp. 267-292.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIII, n.º 2. Ano 2002.

_____ A Função Punitiva da Responsabilidade Civil. Coimbra Editora, 2006.

MARTINS, Ives Granda Martins, e PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Direito à Privacidade. Obra coletiva São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MARQUES, Garcia / MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e o seu impacto no comércio eletrônico. 2^a. Edição da Conferência Economia Digital e Direito.

Acesso em 25/01/2017. Disponível em:
<https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais – adequação e impositividade no direito brasileiro. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547. Acesso: 20/06/2017.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome, Coimbra: Almedina, 2011

MONCADA, Luís Cabral de. Lições de Direito Civil, 4^a.ed., Coimbra: Almedina, 1995

MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil. 1^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. A proteção da vida privada e a Constituição. Boletim da Faculdade de Direito. n.º. 76. Ano 2000.

MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra Editora, Coimbra: 2001.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. A proteção da vida privada. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXVI. Ano 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º. Ano (1^a. turma) do curso jurídico de 1980/81. Coimbra: Coimbra Editora.

ONDEI, Emilio. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. Turim: Unione Tipográfico, 1965.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL, 2015.

RIBEIRO, Florbela da Graça Jorge da Silva. O tratamento de dados pessoais de clientes para marketing, Dissertação de Mestrado Jurídico-Forense. Universidade Nova de Lisboa: 2017.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil – a reparação e a pena civil., 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 2^a ed. ver. ampl. atual. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2003

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Conflitos entre a liberdade de imprensa e a vida privada. ABVNO AD OMNES. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

O direito geral da personalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

O direito geral da personalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos, São Paulo: Martin Claret, 2008.

TAVARES, José. Os princípios Fundamentais do Direito Civil. Vol. I. Coimbra Editora: Coimbra, 1922.

TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva. “A União Europeia e a protecção de dados pessoais: uma visão futurista”. Revista do Ministério Público, nº 135 julho-setembro, 2013, pp. 65-106.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais, Direito de Personalidade, Coimbra: Almedina, 2006.

WARREN, Samuel D. e Brandeis, Louis D. *The right to privacy in Harvard Law Review*. Vol. IV. Ano 1890.

DECISÕES JUDICIAIS

Recurso Especial nº. 1.334.097 – RJ, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 27/06/2017.

CONFERÊNCIA

Jorge Silva Martins. O Regulamento Geral sobre Protecção de Dados e o seu impacto no comércio eletrónico, p. 21, 2ª. Edição da Conferência Economia Digital e Direito. Ocorrida em 25/01/2017. Disponível em: <https://www.acepi.pt/download.php?f=Ec%20Digital%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 03/07/2017.

DISSERTAÇÕES

Dissertação de Mestrado Jurídico-Forense de Florbela da Graça Jorge da Silva Ribeiro. O tratamento de dados pessoais de clientes para marketing. Universidade Nova de Lisboa. Abril/2017, p. 108.