

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
CARLOS HENRIQUE REIS ROCHAEL**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE – GARANTIA CONSTITUCIONAL
FACE O AVANÇO DAS TECNOLOGIAS DE VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL**

**Goiânia-GO
AGOSTO/2010**

CARLOS HENRIQUE REIS ROCHAEL

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE – GARANTIA CONSTITUCIONAL
FACE O AVANÇO DAS TECNOLOGIAS DE VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Eliane Romeiro Costa.

**Goiânia-GO
AGOSTO/2010**

À minha esposa Luciana pelo seu amor incondicional,
amizade, companheirismo, apoio e pela paciência
ao longo desse árduo trabalho.
Minha fonte de inspiração...

À minha família pelo apoio e por entender minha ausência
em diversas ocasiões.

Agradeço à minha professora e orientadora Dra. Eliane Romeiro Costa pela confiança, dedicação e por enfrentar os desafios que este trabalho impôs a ambos.

Agradeço ao meu sobrinho e afilhado Gabriel Franco Pacheco pelos valiosos empréstimos de seus livros de direito, que muito me auxiliaram na confecção desta dissertação.

RESUMO

Com a evolução da tecnologia da informação, modernas técnicas de vigilância e controle social estão sendo usadas, tanto por parte do Estado quanto por entidades privadas. Ante a isso, tem-se como objetivo, nesta dissertação, a análise do real âmbito de proteção e de garantia efetiva do direito à privacidade, conforme definido no artigo 5º, inciso X, da Constituição brasileira de 1988, sob um enfoque neoconstitucionalista. A finalidade é comprovar se o uso da tecnologia da informação no controle dos hábitos sociais é uma atividade inconstitucional, por ser aquela considerada um instrumento que viola o direito à privacidade e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana. O método usado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com auxílio dos métodos comparativos e históricos, uma vez que ela foi integralmente teórica. Ao final, os resultados mostraram que a privacidade pertence tanto ao rol de direitos humanos quanto ao dos direitos fundamentais e que a norma constitucional que define o direito à privacidade em defesa da dignidade da pessoa humana não permite restrições direta nem indiretamente constitucionais. Restrições somente são possíveis pelo sopeso, considerando se há, no caso concreto, colisão com outro princípio fundamental. Os resultados mostraram ainda que toda violação à privacidade por intermédio da tecnologia da informação é inconstitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. Privacidade. Dignidade da Pessoa Humana. Restrições a Direitos Fundamentais. Tecnologia da Informação.

ABSTRACT

With the evolution of information technology, modern techniques of surveillance and social control are being used by both the State and by private entities. It is the objective of this dissertation, the analysis of the real scope of protection and effective guarantee of the right to privacy as defined in Article 5, section X, of the 1988 Brazilian Constitution, from a neoconstitutionalism perspective. The purpose is to demonstrate that the use of information technology, in the control of social habits, is an unconstitutional activity for violating the right to privacy and thereby the dignity of the human person. The method used was hypothetical-deductive, with the help of comparative and historical ones. The research was entirely theoretical. In the end, it was concluded that the privacy belongs to the group of the human rights and also to the list of fundamental rights, and the constitutional standard that defines the right to privacy does not allow direct or indirect constitutional restrictions. Restrictions are only possible through poise when in collision with another fundamental principle. Any violation of privacy through information technology is unconstitutional.

Key-words: Constitutional Law. Neoconstitutionalism. Fundamental Rights; Privacy. Human Dignity. Restrictions on Fundamental Rights. Information Technology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	17
1.1.1 Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos	22
1.1.2 O Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos	25
1.1.3 Os Direitos Fundamentais sob a Ótica de um Paradigma “Neoconstitucionalista”	27
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO BRASIL.....	31
1.2.1 Evolução do Conteúdo e do Preceito do Direito Fundamental à Privacidade no Brasil – Análise da Constituição Imperial de 1824 à Constituição Republicana de 1988	31
1.2.1.1 Constituição Imperial de 1824	31
1.2.1.2 Constituição Republicana de 1891	33
1.2.1.3 Constituição Republicana de 1934	36
1.2.1.4 Constituição Republicana de 1937	38
1.2.1.5 Constituição Republicana de 1946	41
1.2.1.6 Ato Institucional n.1	42
1.2.1.7 Constituição Republicana de 1967/69	44
1.2.1.8 Constituição Republicana de 1988	47
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	50
1.3.1 Evolução do Direito Fundamental à Privacidade nos Estados Unidos	50
1.3.2 Evolução do Direito Fundamental à Privacidade na União Europeia	58
1.3.2.1 Pacto neoconstitucionalista na jurisprudência da União Europeia.....	62
2 ASPECTOS JURÍDICO-DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DA METÓDICA CONSTITUCIONAL	65
2.1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	66
2.2 <i>STATUS</i> DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	67
2.3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	72
2.3.1 Função de Defesa ou de Liberdade	72
2.3.2 Função de Prestação Social	74
2.3.3 Função de Proteção Perante Terceiros	74
2.3.4 Função de Não Discriminação	74
2.4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	75
2.4.1 Teoria Negativa	76
2.4.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata	78
2.4.3 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata	79

2.4.4	Novas Tendências	82
2.5	RESTRICÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	83
2.5.1	Diferença entre os Direitos Definitivos e Direitos Prima Facie	84
2.5.2	Princípios Constitucionais como Mandamentos de Otimização	85
2.5.3	Definição do Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais	86
2.5.4	Restrições da Norma de Direito Fundamental	89
2.5.5	Garantia do Conteúdo Essencial do Direito Fundamental	94
3	O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: ANÁLISE DO PRECEITO, DAS MODERNAS TECNOLOGIAS DE VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL E DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS EM CASO DE SUA VIOLAÇÃO	97
3.1	PRIVACIDADE COMO UM DIREITO AMPLO	97
3.1.1	O Preceito de Privacidade como Direito a Não Intromissão em Questões Pessoais	97
3.1.2	Privacidade como um Direito Moral	99
3.1.3	Privacidade como Limite à Liberdade de Comunicação Social	100
3.1.4	Privacidade como Proteção ao Modo de Vida das Pessoas	103
3.1.5	Privacidade como Direito de Ser “Deixado em Paz”	103
3.1.6	Privacidade com Direito ao Distanciamento Social	105
3.1.7	Privacidade como um “Direito Natural”	107
3.1.8	Privacidade como Direito à Dignidade da Pessoa Humana e como Pré- Condição ao Desenvolvimento da Personalidade	109
3.1.9	Privacidade como Parte de uma Teoria Econômica	115
3.2	DEFINIÇÃO DO ESCOPO DO DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO	117
3.3	VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL POR MEIO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO	121
3.3.1	Coleta de Informações	122
3.3.1.1	Vigilância	122
3.3.1.2	Interrogatório	128
3.3.2	Processamento de Informações	130
3.3.2.1	Agregação	130
3.3.2.2	Identificação	132
3.3.2.3	Insegurança	137
3.3.2.4	Uso secundário das informações privadas de terceiros	138
3.3.2.5	Exclusão	139
3.3.3	Disseminação de Informações	140
3.3.3.1	Quebra de sigilo	140
3.3.3.2	Divulgação/exposição	141
3.3.3.3	Apropriação	142
3.3.3.4	Distorção	142
3.3.4	Invasão	143
3.3.4.1	Intromissão	143
3.3.4.2	Interferência decisória	144
3.4	ANÁLISE DO DIREITO À PRIVACIDADE SEGUNDO O ART 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	144

3.4.1 A Possibilidade de Restrição do Direito Fundamental à Privacidade	146
3.4.2 As Implicações Jurídicas Decorrentes da Violação ao Direito Fundamental à Privacidade.....	148
CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS	159

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Atividades Nocivas à Privacidade	122
Figura 2 – Representação da Coleta de Informações a partir de Três Serviços do Google™ e de como as Informações Podem Ser Inter-relacionadas através do Cookie, Endereço IP e da Conta do Gmail™	126

INTRODUÇÃO

A atual Constituição brasileira consagrou a privacidade como um direito fundamental do indivíduo, ao declarar, no art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa. Dessa forma, como garantia contra a violação da privacidade, a Lei Maior assegura o direito à indenização por dano material ou moral, àquele que teve sua vida íntima invadida.

A privacidade é uma das grandes conquistas do homem moderno, que dela se utiliza para um pleno exercício da cidadania e da democracia, pois garante ao cidadão, por exemplo, a liberdade de votar, de realizar debates políticos e de livremente associar-se à entidades desenvolvedoras de atividades lícitas. Ela cria uma barreira que protege o indivíduo dos olhares de curiosidade e de reprovação do público, e, protegido, o cidadão sente-se livre para agir sem medo de represálias.

Percebe-se também a importância da proteção à privacidade pelo fato de ela garantir o bem-estar físico, psicológico, social e moral do indivíduo e por ser um meio que possibilita diminuir a tensão acumulada nas relações sociais. Ela é vital para o autodesenvolvimento e para a manutenção de relacionamentos íntimos, ao criar um escudo protetor que permite ao indivíduo a descontração, a desinibição e a autodescoberta. Ainda, a privacidade torna possível que as pessoas criem, explorem e experimentem novas atitudes, além de permitir momentos de contemplação intelectual e espiritual.

Ante a tudo isso é que se entende que não foi sem razão que o constituinte originário incluiu o direito à privacidade como um dos direitos fundamentais do cidadão, com características de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. Entretanto, o fato de o direito à privacidade possuir acento constitucional, como norma de direito fundamental não se tem mostrado suficiente para impedir constantes abusos e violações à privacidade do cidadão, principalmente quando esses abusos são realizados por meio de modernas técnicas de vigilância e de controle social¹.

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e a instalação do regime de pânico em praticamente todos os países ocidentais, as informações

¹ Dentre as modernas tecnologias de vigilância e de controle social encontram-se, por exemplo, as câmaras de vigilância, o *data mining* (mineração de dados), os cartões bancários, o telefone celular, o GPS, e a Internet (e-mail, browser, ferramentas de busca, *cookies*, sítio de relacionamentos etc.). Maiores detalhes sobre essas técnicas serão apresentadas na seção 3.2, do capítulo 3.

personais, que já eram um bem de extremo valor para o mercado econômico, tornaram-se da mesma forma um bem precioso para as entidades responsáveis pela segurança pública e privada. Por conta disso, governos e entidades privadas de diversos países, inclusive o brasileiro, têm se utilizado das modernas técnicas de vigilância, com o objetivo de obtenção, armazenamento e constante processamento de informações de caráter privado do cidadão, para assim, realizarem um moderno controle social.

O que se pergunta, diante dessa nova forma de vigilância e controle social, é:

- I. O direito à privacidade, conforme definido no art. 5º, X, da CF/88, existe apenas como um princípio geral do direito, a depender de regulação infraconstitucional para produzir efeitos, ou seu conteúdo possui máxima força normativa, irradiando e produzindo efeitos em todos os ramos do ordenamento?
- II. Em quais situações são cabíveis restrições do âmbito de proteção do direito à privacidade?
- III. O uso de modernas tecnologias, inclusive via *Internet*, como forma de vigilância pública e privada das atividades do cidadão viola o direito fundamental à privacidade?

Ou seja, diante das atuais, e cada vez mais sofisticadas, técnicas de controle e de vigilância social, impetrados por entes públicos e privados, ficam expostas as questões sobre o real âmbito de proteção e de garantia efetiva do direito à privacidade, conforme definido no artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Dentre os doutrinadores nacionais, José Afonso da Silva² entende que a privacidade é “[...] o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. Para o doutrinador, a vida privada do indivíduo é o conjunto do seu modo de ser e de viver a própria vida, sem interferências ou perturbações, de forma que este tenha as condições necessárias para a expansão de sua personalidade.

A análise da questão do âmbito de proteção e de garantia efetiva do direito à privacidade como direito fundamental em face do uso de modernas tecnologias de

² *Direito Constitucional Positivo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 202.

vigilância e de controle social será realizada tendo como base os seguintes referenciais teóricos:

- a) o neoconstitucionalismo, com base no estudo sobre o âmbito de proteção e de garantia dos direitos fundamentais e a possibilidade de restrições de tais direitos, desenvolvido por Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho;
- b) a definição do conceito de privacidade, valendo-se das obras de Ferdinand Schoeman e Daniel Solove, que buscam definir o escopo ou a abrangência desse instituto, tanto em esfera social como jurídica.

O novo constitucionalismo é uma 'nova cultura jurídica' que vem sendo construída ao longo do século XX, principalmente no período do pós-guerra, e que fez nascer uma teoria do direito distinta, e muitas vezes contraditória, da teoria positivista, sustentáculo do Estado de Direito Liberal, em vigor desde o século XIX.

O neoconstitucionalismo defende que os direitos fundamentais são normas constitucionais supremas, efetivas e diretamente vinculantes e que devem ser observados em toda a operação de interpretação e aplicação do direito ordinário. Tais direitos, agora, não disciplinam tão somente as relações públicas que envolvem, de um lado, o Estado e, de outro, o cidadão, uma vez que passam a irradiar seus efeitos a todos os tipos de relações jurídicas³.

Como consequência dessa nova forma de pensar jurídico-constitucional, decorre o fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ter também força política, pois a interpretação e aplicação do direito ordinário ficam atreladas à aplicação e à interpretação das normas constitucionais.

O doutrinador alemão Robert Alexy⁴ expõe suas ideias e convicções a respeito do desenvolvimento jurídico-dogmático das normas de direito fundamentais, da possibilidade de expansão da eficácia dessas espécies de normas jurídicas às relações privadas, bem como da possibilidade lógica de restrições aos direitos fundamentais.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho⁵ aborda, segundo uma perspectiva da metódica constitucional, o tema relativo à conformação

³ SANCHÍS, Luis Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos*. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. (Org. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 216.

⁴ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999 e *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

e concretização dos direitos fundamentais e, nesse sentido, discute sobre a possibilidade de restrição de direitos, liberdades e garantias.

No que se refere à definição do conceito de privacidade e ao âmbito de proteção que esse instituto jurídico e social pode assumir, discorrem sobre o assunto Ferdinand Schoeman⁶ e Daniel Solove⁷.

Ferdinand Schoeman apresenta uma coletânea de textos que trata, em diversos períodos históricos, sob um enfoque filosófico, político, social, moral e jurídico, das várias facetas assumidas pelo termo privacidade.

Por sua vez, com o foco nas questões de ordem tecnológica que atingem diretamente o direito à privacidade, Daniel Solove propõe uma nova taxonomia para a expressão privacidade. Essa taxonomia busca conceituar privacidade com base nos diversos problemas que a envolvem, tais como as invasões e a coleta de dados, o processamento e a disseminação não autorizada de informação sobre um indivíduo. A taxonomia criada por Solove tem como objetivo apresentar um entendimento o mais pluralístico possível sobre privacidade.

Assim, valendo-se da análise do suporte teórico-dogmático e hermenêutico dos direitos fundamentais, sob o ponto de vista neoconstitucionalista, com base na teoria dos princípios de Alexy, na metódica constitucional dos direitos fundamentais de Canotilho e, ainda, na definição do escopo do conceito de privacidade, este estudo pretende comprovar que,

- I. na ausência de previsões direta e indiretamente constitucionais, qualquer restrição do âmbito de proteção e de garantia do direito à privacidade corresponde a um ataque direto ao fundamento máximo do Estado Democrático brasileiro – a dignidade da pessoa humana;
- II. o uso de modernas tecnologias pelo Estado e por entidades privadas para a realização de vigilância e controle social é uma prática inconstitucional.

Para tanto, o método a ser utilizado para o desenvolvimento desta dissertação será o hipotético dedutivo, com foco nos marcos teóricos e nas hipóteses definidos. Como métodos auxiliares, serão usados também o comparativo e o histórico. A

⁶ *Philosophical Dimensions of Privacy*. Cambridge University Press, 1984.

⁷ *Understanding Privacy*. Harvard University Press, 2008 e *Privacy, Information and Technology*. 2ª ed. Aspen Publishers, 2009, escrita em parceria com Paul M Schwartz.

pesquisa será integralmente teórica, ou seja, pautar-se-á em uma rigorosa investigação bibliográfica sobre o tema.

Para o desenvolvimento deste estudo, a dissertação será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo inicia-se com a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, abordando desde sua importância para os sistemas globais e regionais de proteção aos direitos humanos até a atual visão neoconstitucionalista a respeito dessa espécie de direitos. Em seguida, é apresentado um estudo sobre a proteção ao direito à privacidade, comparando-se as legislações dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil.

No segundo capítulo, serão abordados os aspectos jurídicos e dogmáticos dos direitos fundamentais. Quanto aos aspectos jurídico-dogmáticos, serão discutidos os temas relacionados à fundamentação formal e material dos direitos fundamentais; ao *status* destes e às funções por eles desempenhadas; à sua eficácia nas relações privadas; bem como à possibilidade de restrição do seu âmbito de proteção. Essa abordagem será desenvolvida tendo como referencial as obras de Robert Alexy e Canotilho, já mencionadas.

Já no terceiro capítulo, será estudada a questão do escopo do direito à privacidade como direito fundamental. Esse estudo levará em consideração as várias dimensões que o conceito de privacidade pode assumir. E, após essa abordagem, serão apresentadas as modernas ferramentas tecnológicas que geram ameaças à privacidade através da *Internet*, as quais possibilitam o aperfeiçoamento da vigilância e do controle social por parte do Governo e de entidades privadas. Por fim, será desenvolvida a análise da eficácia do direito fundamental à privacidade, conforme definido no art. 5º, X, da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como das implicações jurídicas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de violação deste princípio fundamental. Essa análise será realizada com base nas definições jurídico-dogmáticas neoconstitucionalistas propostas por Robert Alexy e José J. Gomes Canotilho.

Assim, por se tratar de um tema que desperta bastante interesse, acredita-se que o estudo que se pretende desenvolver nesta dissertação será de extrema importância para a formação de opiniões não só de profissionais da área jurídica, mas de todos aqueles envolvidos nessa discussão.

1 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se possa entender o papel dos direitos fundamentais no contexto do novo direito constitucional, é necessário, inicialmente, que sua evolução histórica seja analisada. O objetivo dessa análise é comprovar que, sob a ótica do neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais, e de forma específica o direito à privacidade, proveem ampla proteção jurídica aos seus titulares. É a esse estudo que se destina este primeiro capítulo.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligada à evolução dos direitos humanos. Entretanto, somente com a ascensão do constitucionalismo moderno, a partir do meado do século XX, é que os direitos humanos foram efetivamente incorporados ao ordenamento jurídico de diversos Estados, com o status de cláusula pétrea e de normas fundamentais. Deste então, os direitos humanos deixaram de ser apenas um “extenso rol de liberdades públicas, convertidas numa Declaração de Direitos”⁸.

Durante a Antiguidade Clássica, entretanto, não há que se falar em direitos humanos. Naquele período, a cidadania, de acordo com o seu conceito político, desenvolvido nas cidades gregas dos séculos V e VI a.C., era uma condição que conferia ao cidadão diversas possibilidades, inacessíveis ao indivíduo comum. Nesse sentido político, o *status* de cidadão grego só era atribuído àqueles que se ocupavam das questões públicas e que, não se contentavam em se dedicar apenas às questões privadas. É dessa época a definição de “cidadão” dada por Aristóteles: “aquilo que distingue efetivamente o cidadão dos demais é a sua participação no judiciário e na autoridade, isto é, nos cargos públicos e na administração política e legal”⁹.

Era evidente que na Grécia Clássica o título de cidadão não podia ser conferido a qualquer pessoa. A simples residência de um indivíduo numa cidade-estado grega não lhe outorgava o título de cidadania, como nos casos dos estrangeiros e dos escravos. Da mesma forma, não eram considerados cidadãos

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁹ ARISTÓTELES, *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Livro III. Col. Os Pensadores, p. 212.

gregos aqueles cuja presença fosse tão somente necessária para a existência do Estado, como nos casos de mulheres, crianças, idosos, inválidos e trabalhadores livres, pois todos eles não possuíam os méritos e as capacidades exigidas para os cargos públicos.

Diante dessa noção, o filósofo grego definiu o conceito de Estado “democrático”, nos seguintes termos:

tão logo um homem se torne capacitado para participar da autoridade, deliberativa ou judicial, consideramo-lo cidadão do Estado; e, a um número de pessoas assim, amplo o suficiente para assegurar uma existência auto-suficiente, podemos chamar Estado¹⁰.

Em Roma, por sua vez, a concepção de cidadania era jurídica e não política. Eram considerados cidadãos romanos aqueles que atuavam sob a lei, ou seja, todos os membros do Império que tinham, por parte deste, proteção jurídica. Apesar dessa diferença conceitual, assim como nas cidades-estados gregas, no Império Romano, também existia a diferença entre a esfera pública e a esfera privada. Dessa forma, recebiam proteção jurídica tão somente aqueles que participavam das atividades políticas. Na esfera privada vigorava a vontade do Patriarca.

Conclui-se, então, que, com um conceito de cidadania excessivamente restrito, era impossível a existência de direitos humanos na Antiguidade.

O aparecimento do Cristianismo, já no fim do Império Romano, contribuiu para o estabelecimento da igualdade entre os homens, ao pregar que todos os seres humanos são considerados filhos de Deus e que, por conta disso, devem ser tratados como seres dotados de eminente valor e dignidade. Porém, na prática, em contradição com a mensagem divina, a nascente Igreja admitiu as mais diversas formas de exploração do ser humano, como, por exemplo, a escravidão, o extermínio de raças, a inferioridade das mulheres em relação aos homens, bem como diversas outras formas de discriminações, perseguições, torturas e execuções¹¹.

Durante a Idade Média, pouco se discutiu sobre os direitos das pessoas. Apesar disso, alguns documentos de proteção aos direitos humanos foram surgindo, paulatinamente, durante esse período histórico. O primeiro foi a *Magna Charta* (1215), que submetia o governante a um corpo escrito de normas, o qual ressaltava

¹⁰Idem, ibidem, p. 213.

¹¹ Sobre as práticas inquisitoriais exercidas pela Igreja, ver KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras – Malleus Maleficarum*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991.

a inexistência de arbitrariedades na cobrança de impostos. Em seguida, a *Petition of Rights* (1628), que declarava a necessidade de consentimento do Parlamento ao rei para a realização de diversos atos. Foi nesse período, também, que surgiram o *Habeas Corpus* (1679), instrumento jurídico que garante o direito à liberdade de locomoção a todos os indivíduos, e a *Bill of Rights* (1689) que determinou a supremacia do Parlamento sobre a vontade do Rei.

Somente com o Iluminismo, já a partir do século XIV, é que os direitos humanos voltaram a ser novamente discutidos, passando, inclusive, a fazer parte dos ordenamentos jurídicos de alguns Estados. Os ideais renascentistas, entre eles o Jusnaturalismo¹² e o Contratualismo, influenciaram o estabelecimento dos princípios para a proteção da igualdade e da liberdade tidos como características divinas presentes em todas as pessoas. Assim, “firmou-se a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado”¹³. Com essa nova concepção, passou-se a entender que os direitos individuais eram preexistentes, não sendo criação do Estado, e, por isso, deveriam ser não apenas respeitados, mas, também, protegidos.

Com o Iluminismo, foram ressaltados a razão, o espírito crítico e a fé na ciência¹⁴. Nesse período, passou-se a estudar sobre as origens da humanidade, na tentativa de se compreender a essência das coisas e das pessoas, observando-se o homem como ser natural.

Com o Contratualismo, com seus diferentes conceitos, defendidos, entre outros, por Hobbes, John Locke, Rousseau e Montesquieu, passou-se a imaginar que o homem deveria alienar sua liberdade natural ao Estado, sendo que este passaria a ser o detentor do poder, tornando-se, assim, o guardião e o protetor dos direitos dos homens.

¹² Nesse sentido, Canotilho comenta que Santo Agostinho (e seu dualismo entre a justiça humana – *lex temporalis* – e a justiça divina – *lex aeterna*) e São Tomás de Aquino (com sua classificação das leis em lei divina – *lex divina*, lei natural – *lex natura* – e lei humana – *lex positiva*) contribuíram para a divulgação da doutrina e dos valores cristãos e da definição do jusnaturalismo durante a Idade Média. Tais conceitos foram resgatados no período renascentista. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 358.

¹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. São Paulo: Forense, 1984, p. 54.

¹⁴ Galileu Galilei, René Descartes, Isaac Newton, Pierre Simon de Laplace, Immanuel Kant, David Hume, Charles Darwin, apenas para citar alguns dos filósofos, matemáticos e cientistas que surgiram com o Renascimento.

Os ideais jusnaturalistas e contratualistas, emanados da Revolução Inglesa e dos pensamentos renascentistas, foram o suporte filosófico para a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (1776), para a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e para a Revolução Francesa (1789).

A liberdade, igualdade e fraternidade, lemas da Revolução Francesa, transformaram-se nos ideais representativos dos direitos humanos. O Estado Moderno passou a ser o garantidor dos direitos liberais referentes à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, expressamente previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Entretanto, a Declaração Francesa já trazia em seu título uma dicotomia: quem era o homem e quem era o cidadão? Para o nascente Estado de Direito Francês, era importante deixar claro que o homem e o cidadão não deviam se misturar. Aquele desenvolvia suas atividades em seu âmbito privado, ou seja, na sociedade civil. Era nesse espaço que ele deveria exercer seus direitos à vida, à liberdade, à propriedade, ao contrato. Já o cidadão era a fonte e o objeto do Estado de Direito e, nesse contexto, desenvolvia suas atividades no espaço público¹⁵.

Essa dicotomia caracterizava muito bem a separação entre o Estado e a sociedade, conforme já previsto pelos Gregos Clássicos. O espaço público era destinado exclusivamente ao cidadão para a sua participação nas atividades políticas e no desenvolvimento do Estado, ao passo que a sociedade civil era o espaço privado, sem intervenções do Estado, local apropriado para o desenvolvimento das relações econômicas e domésticas¹⁶.

Após a criação dos Estados Modernos, o primeiro marco histórico do processo de internacionalização dos direitos humanos dá-se com o Direito Humanitário Internacional, estabelecido pela Primeira Convenção de Genebra, em 1864. Trata-se do direito de guerra, ou seja, estabelece os princípios éticos mínimos e os direitos e deveres que os Estados devem respeitar em tempos de conflitos armados.

Em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Conferência de Paz de Paris, com o fim de

¹⁵ ARISTOTELES, op. cit.; ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

¹⁶ Conforme a distinção estabelecida por Benjamin Constant entre a 'liberdade dos antigos' – participação ativa nos negócios públicos e nas decisões políticas – e a 'liberdade dos modernos' – a segurança dos prazeres privados, ou seja, o desfrute pacífico da independência individual. CANOTILHO, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 24-26.

promover a justiça social. Nesse mesmo ano, também foi estabelecido, pelos países aliados vencedores da guerra, o Tratado de Versalhes, que, em sua primeira parte, previa a criação das Sociedades das Nações (ou Liga das Nações), com a finalidade de relativizar a soberania dos Estados e manter a paz internacional.

No que se refere aos esforços despendidos para a criação da Liga das Nações, destacou-se a atuação do então presidente dos Estados Unidos Thomas Woodrow Wilson¹⁷, que, pelo seu empenho, foi agraciado com o Prêmio Nobel da Paz. Porém, o empenho do Presidente Wilson não conseguiu mudar a posição do Senado, controlado pelos Republicanos, e os Estados Unidos nunca participaram da Liga.

A Liga das Nações, entretanto, não passou de um clube de Estados, que possuíam liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias. Em 1926, o Brasil se retirou da Liga. Essa entidade não prosperou e dissolveu-se em 1942.

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos só ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

Com o fim da Segunda Guerra, os homens se conscientizaram da necessidade de não permitirem que aquelas barbáries praticadas pelo Estado contra os seres humanos ocorressem novamente. Ante a isso, passou-se a entender, no plano internacional, que há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado. Nesse momento, surge a necessidade de se criarem instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e de se incluir, no ordenamento jurídico interno de cada Estado, de preferência em nível Constitucional, a proteção desses direitos entendidos como fundamentais.

Conforme Flávia Piovesan:

A soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, [...], e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer

¹⁷ Governou por dois turnos entre 4/3/1913 a 4/3/1921. Em 1918, ele apresentou ao Congresso Americano, em seção conjunta, seus ideais de um mundo pós-guerra, capaz de evitar um novo conflito mundial. Esse discurso passou a ser denominado “os quatorze pontos de paz do Presidente Wilson”. O discurso completo pode ser lido no *site* sobre os documentos da Primeira Guerra Mundial, disponível em: <http://www.lib.byu.edu/index.php/President_Wilson's_s_Fourteen_Points>. Acesso em: 14/05/2010.

responsabilização na arena internacional. Não mais poder-se-ia afirmar no plano internacional *that King can do no wrong*¹⁸.

O primeiro passo concreto para se internacionalizarem os direitos humanos ocorreu com a criação do Tribunal de Nuremberg. A importância desse Tribunal foi a de ter instituído a doutrina de que o indivíduo pode ser julgado por crimes de guerra.

1.1.1 Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

O segundo passo rumo à internacionalização dos direitos humanos ocorreu, em 1945, na Conferência de São Francisco, com a assinatura da Carta das Nações Unidas. A Carta criou a Organização das Nações Unidas (ONU), e, conseqüentemente, instituiu o sistema global de proteção aos direitos humanos, cujas atividades principais envolvem a manutenção da paz e da segurança internacional, o desenvolvimento das nações, a ajuda humanitária e o estabelecimento de normas de alcance internacional¹⁹.

Compõem o sistema global de proteção os instrumentos de alcance geral (pactos) e os instrumentos de alcance especial (convenções específicas). O âmbito de incidência desse sistema pode alcançar qualquer Estado integrante da ordem internacional. Cada Estado tem liberdade, por exemplo, para aderir ou não aos documentos internacionais no exercício de sua soberania. Entretanto, se o fizer, fica obrigado a cumprir o seu conteúdo.

São objetivos principais da ONU, no sistema de proteção global, a manutenção da paz e segurança internacionais; o incremento de relações amistosas entre as nações; e a cooperação internacional para a solução de problemas mundiais de ordem social, econômica e cultural, incentivando o respeito pelos direitos e pelas liberdades individuais.

Esses objetivos foram reafirmados na Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem, em Viena, em 1993, onde ficaram estabelecidos a Declaração e o Programa de Ação baseados em uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, os quais têm por objetivo fortalecer e promover uma maior observância desses direitos, de

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3.^a ed. Ed. Max Lemonad, 1997, p. 67.

¹⁹ Conforme estabelecido no *site* da ONU. Disponível em: <www.un.org/en>. Acesso em: 15/05/2010.

forma justa e equilibrada, em âmbito mundial²⁰. Para fiscalizar o cumprimento das metas estabelecidas no Plano de Ação de Viena, bem como daquelas estabelecidas pela própria ONU foi criado, em 2006, pela Assembleia Geral da ONU, o Conselho sobre Direitos Humanos, um corpo intergovernamental como parte do sistema de proteção global, formado por até 47 Estados-membros, responsável por fortalecer a promoção e a proteção dos direitos humanos ao redor do planeta²¹.

A estrutura organizacional do sistema global é constituída pelas agências especializadas, pelos fundos e pelos programas. De forma específica, quanto à proteção da privacidade do cidadão nas relações virtuais, faz parte do sistema global de proteção dos direitos humanos a União Internacional sobre Telecomunicações (UIT), agência responsável pelas questões sobre a confiança e a segurança no uso das tecnologias de informação e comunicação, em âmbito internacional²².

Dentre os objetivos da UIT, estão a criação da segurança cibernética (*CyberSecurity*), ou seja, o estabelecimento de um ambiente internacional virtual seguro, e o combate ao lixo virtual (*spam*) e ao crime virtual (*Cybercrime*). Para atingir esses objetivos, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2001, baixou a Resolução 56/183, que endossou a realização da Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação (WSIS) (sigla em Inglês) em duas etapas. Além da realização da Cúpula Mundial, a própria Agência definiu, a partir de 2007, a Agenda Global sobre Segurança Cibernética²³.

Conforme planejada, a Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação foi realizada em duas fases. A primeira fase, ocorrida em dezembro de 2003, em

²⁰ Conforme Declaração de Viena e Programa de Ação, adotados em 25 de junho de 1993. (CONFERÊNCIA..., 1993).

²¹ O Conselho de Direitos Humanos assumiu o papel desempenhado pela antiga Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>>. Acesso em: 10/03/2010.

²² São exemplos de Agências especializadas, fundos e programas que compõem o sistema global de proteção aos direitos humanos: 1) Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); 2) Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); 3) Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento das Mulheres, 4) Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO); 5) Organização Internacional do Trabalho (OIT); 6) Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO); 7) Fundo Monetário Internacional (FMI); 8) Fundo das Nações Unidas para a Democracia, entre outros. Disponível em: <<http://www.un.org/en/aboutun/structure/index.shtml>>. Acesso em: 15/05/2010.

²³ Do termo em inglês *Global CyberSecurity Agenda* (GCA). A Agenda é um plano de cooperação internacional, que visa o reforço da confiança e da segurança na sociedade de informação. A *Internet* é uma ferramenta de comunicação mundial e qualquer solução que vise torná-la mais segura deve ser pensada em nível global. A segurança virtual é tão global e abrangente como a Internet. Para atingi-la, é necessário contar com a cooperação internacional, não apenas em nível governamental, mas também das indústrias, das organizações não governamentais e organizações internacionais. A Agenda, portanto, visa contar com o poder de colaboração dos interessados, a fim de alcançar estratégias globais para melhorar a segurança virtual internacional. Disponível em: <<http://www.itu.int/osg/csd/cybersecurity/gca/index.html>>. Acesso em: 15/05/2010.

Genebra, teve por finalidade desenvolver e promover uma afirmação de vontade política e criar um plano de ação para o estabelecimento de uma sociedade de informações global, a qual reflita todos os diferentes interesses em jogo. A segunda fase ocorreu em Túnis, em novembro de 2005, e teve como meta colocar em prática o plano de ação firmado em Genebra, bem como encontrar soluções e chegar a acordos sobre a quem cabe o controle da *Internet*²⁴.

Entre os princípios decorrentes da fase de Genebra, destaca-se o princípio que trata da construção da confiança e segurança no uso das tecnologias de informação e comunicação. De acordo com esse princípio, o fortalecimento da segurança virtual internacional, incluindo a segurança dos dados, segurança de rede, autenticação, privacidade e proteção dos consumidores, é um pré-requisito para o desenvolvimento da Sociedade da Informação e o estabelecimento da confiança entre os usuários das tecnologias de informação e de comunicação. Nessa cultura global de segurança cibernética, torna-se importante aumentar o nível de segurança e assegurar a proteção dos dados e da privacidade das pessoas. Além disso, é necessário evitar o uso de recursos de informação e tecnologias para fins criminosos e terroristas, respeitando, sobretudo, os direitos humanos.

No âmbito da segurança virtual internacional, o *spam* é um problema significativo e crescente para os usuários, as redes e a *Internet* como um todo. O *spam* e a segurança virtual devem ser tratados em níveis nacionais e internacionais adequados.

Quanto ao plano de ação proposto na fase de Genebra, é fundamental ressaltar a preocupação com a dimensão ética da Sociedade de Informação. Nesse sentido, todos os atores participantes da Sociedade de Informação devem promover o bem comum, proteger a privacidade e os dados pessoais, tomar as ações apropriadas e realizar as medidas preventivas previstas em lei contra o uso abusivo das tecnologias de informação e de comunicação, como o racismo, a discriminação, a xenofobia e a intolerância, o ódio, todas as formas de abuso infantil (pedofilia e a pornografia), bem como o tráfico e a exploração de seres humanos²⁵.

Um dos tópicos principais da segunda fase da Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação diz respeito à governabilidade da *Internet*. De acordo com

²⁴ *World Summit on the Information Society* (WSIS), Geneva 2003 – Tunis 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>>. Acesso em: 15/05/2010.

²⁵ Conforme relatório da fase de Genebra (WSIS, 2004).

o Relatório Final da fase de Túnis, a *Internet* evoluiu de uma ferramenta privada de pesquisa militar para um poderoso mecanismo de comunicação global, disponível ao público. Por isso, sua governança deve constituir uma questão central da Agenda da Sociedade da Informação e, conforme ficou definido pela Cúpula Mundial, a gestão internacional desse instrumento de comunicação é uma questão de prioridade para a União Internacional sobre Telecomunicações. Diante disso, por ser um dos pré-requisitos para o desenvolvimento da Sociedade de Informação, de acordo com o Relatório de Túnis, a gestão deve ser multilateral, transparente e democrática, com a plena participação dos governos, do setor privado, da sociedade civil e das organizações internacionais²⁶.

Assim, todo esse esforço tem por objetivo efetivar, no campo da tecnologia da informação, aquilo que já estava previsto, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo XII, a saber: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”²⁷.

1.1.2O Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos

Ao lado do sistema global surge o sistema regional de proteção, que tem por finalidade implementar e efetivar o controle dos direitos humanos em nível local, particularmente na Europa, na África e nas Américas²⁸. O sistema regional também é formado por instrumentos de alcance geral e de alcance especial.

O sistema regional europeu foi o primeiro a ser criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950. Em seguida, ocorreu a criação do sistema interamericano de proteção pela Carta da Organização dos Estados Americanos, em 1948. Por último, surgiu o sistema africano, que nasceu com a Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981.

Ademais, é de se ressaltar que a conjugação dos sistemas global e regional tem se mostrado positiva. Ao passo que o sistema global apresenta um caráter mais geral, com princípios básicos de proteção, o sistema regional, complementar,

²⁶ Conforme relatório da fase de Túnis (WSIS, 2006).

²⁷ ONU, 1948.

²⁸ Além desses, há outros sistemas regionais pouco difundidos, como, por exemplo, a Liga dos Estados Árabes.

contém princípios que são editados levando-se em consideração as peculiaridades de cada região e refletindo-as, complementando, assim, as normatizações de caráter geral.

A criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) é fruto de uma cooperação regional existente desde o século XIX. Em 1826, Simão Bolívar convocou o Congresso do Panamá com a intenção de criar uma associação dos Estados do Hemisfério americano. Em 1890, ocorreu a Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Washington D.C., que estabeleceu a União Internacional das Repúblicas Americanas e a sua secretaria: o Escritório Comercial das Repúblicas Americanas.

Em 3 de abril de 1948, em Bogotá, Colômbia, durante a Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, as 21 nações que integravam o evento assinaram a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos Humanos. Nessa ocasião, esses países reafirmaram o compromisso com os interesses comuns e o respeito pela soberania de cada Nação.

A OEA é o principal Fórum Multilateral do Hemisfério americano para o fortalecimento da democracia, bem como para a promoção dos direitos humanos e para a discussão de problemas comuns, como pobreza, terrorismo, drogas e corrupção. A OEA possui um papel central no cumprimento dos mandatos estabelecidos pelos líderes do hemisfério, por meio da Cúpula das Américas, e tem como objetivos principais aproximar as nações do Hemisfério Ocidental com vistas a fortalecer mutuamente os valores democráticos; defender interesses comuns; debater temas regionais e mundiais²⁹.

A Organização dos Estados Americanos é composta por 35 países das nações independentes das Américas do Norte, Central, do Sul e do Caribe. Cuba é um país-membro da OEA, mas sua participação estava suspensa desde 1962. Em junho de 2009, os Ministros das Relações Exteriores das Américas resolveram pela cessação dos efeitos da Resolução de 1962 e reincluíram o Governo de Cuba na participação do sistema interamericano³⁰.

²⁹ No âmbito da OEA, destaca-se a atuação do brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, que, durante os anos de 1995 a 2006, atuou como juiz perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (na cidade de San José, Costa Rica), sendo que, entre os anos de 1999 a 2003, acumulou o cargo de Presidente da Corte. Desde 2009, o renomado internacionalista atua como juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Hague, Holanda.

³⁰ Conforme Resolução da OEA sobre Cuba, AG/RES. 2438 (OEA, 2009).

Além dos países-membros, outras nações podem participar da OEA como Observadores Permanentes.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a privacidade também é reconhecida como um direito humano pelo sistema regional interamericano, segundo o disposto no artigo 11 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, que assim prevê: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada [...] toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”³¹. Por conta disso, no âmbito do sistema regional interamericano, a Declaração de São Domingos, aprovada pela Assembleia Geral da OEA, em junho de 2006, reafirma a declaração de Princípios de Genebra, estabelecida pela Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação e demonstra consciência de que “a integração regional contribui para o desenvolvimento da Sociedade da Informação global e torna indispensável a cooperação intensa entre as regiões e dentro delas”. Reconhece também a contribuição das tecnologias de informação e comunicação “como ferramentas fundamentais para o fortalecimento da democracia no Hemisfério”³².

Assim, as contribuições de todos os marcos históricos mencionados com o processo de internacionalização dos direitos humanos podem ser resumidas nos seguintes tópicos³³:

- a) flexibilização do conceito de soberania estatal absoluta;
- b) modificação das agendas externas dos Estados; e
- c) inclusão do indivíduo como sujeito de Direito Internacional Público.

1.1.3 Os Direitos Fundamentais sob a Ótica de um Paradigma “Neoconstitucionalista”

Após a Segunda Guerra mundial, os textos das novas Constituições de países como Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988) e Colômbia (1991), não se limitaram a estabelecer competências e a separar as atividades dos poderes públicos (no molde liberal de pesos e contrapesos), mas passaram a trazer inúmeras normas de conteúdo material, que são as que condicionam a atuação do Estado a

³¹ OEA, 1969.

³² OEA, 2006.

³³ PIOVESAN, op. cit., p. 41.

certos fins e objetivos. Dentre essas normas, encontram-se aquelas definidoras dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos essenciais dos cidadãos, portanto inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

A partir dessa nova postura dos textos constitucionais, fez-se necessária a realização de uma também nova interpretação das normas constitucionais e, principalmente, das normas ordinárias, controladoras do direito privado e, por isso mesmo, passíveis de alterações somente quando da vontade do legislador ordinário, representante das vontades dos cidadãos.

Até a Segunda Guerra, vigoraram, com força máxima, as várias correntes que formavam a teoria positivista jurídica, a qual, ao desbancar o jusnaturalismo, no fim do século XIX, isolou o Direito dos ideais filosóficos, principalmente daqueles relacionados com questões de legitimidade e de justiça. Para o positivismo, a lei é o Direito, expressão máxima da vontade parlamentar. É por isso que os defensores dessa teoria jurídica advogam um controle judicial mínimo das normas criadas pelo Parlamento, ou seja, o controle das normas pelo Poder Judiciário se restringe, tão somente, a excluir, do ordenamento jurídico, as normas que “*manifestamente vulneram la semántica de los enunciados constitucionales*”. Defendem também, para o bem do Estado Democrático, a existência de uma jurisprudência autocontrolada e guiada pelo princípio *in dubio pro legislatore*³⁴.

Essa escolha pela soberania do Parlamento defendida pelos positivistas tem certa razão de ser, pois, podendo-se escolher entre poderes arbitrários, melhor é optar pelo do legislador. Na existência de eleições periódicas democráticas, o povo pode escolher novos representantes da próxima vez. Já o mesmo não pode ser feito em relação aos juízes.

Entretanto, os novos textos constitucionais, promulgados a partir dos anos 1970, influenciados pelos ideais pós-positivistas, reaproximaram o Direito da ética e

³⁴ AMADO, Juan Antonio García. *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 240-55. Ainda segundo o autor, para a doutrina positivista, existem enunciados constitucionais que carecem de aptidão para fundamentar um autêntico controle de constitucionalidade, como os enunciados de caráter indeterminado e/ou que possuam uma variedade de significados, uma vez que a eleição de um deles está constitutiva, e inevitavelmente, condicionada por toda uma série de pressupostos ideológicos do intérprete. Esses enunciados não possuem um núcleo de significado intersubjetivamente admitido pela sociedade ou, apesar de tê-lo, possuem um grau de formalidade ou de abstração insuficiente para fundamentar qualquer juízo minimamente objetivo de contraste com alguma norma legal. Em defesa da doutrina neoconstitucionalista, encontramos críticas a essa postura positivista ideológica, em SANCHÍS, Luis Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos*. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. (Org. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 282-83.

dos valores sociais, ao trazerem normas com conceitos abertos ou indeterminados, denominados princípios constitucionais. Esses textos foram responsáveis pela criação de uma nova doutrina jurídica constitucional, denominada novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, que está firmando raízes em alguns países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, e em alguns países latinos, como a Argentina, o Brasil e a Colômbia.

Após a decadência das teorias puras do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a doutrina que passou a predominar foi a designada como pós-positivismo, ou seja, a que estabelecia a aplicação de um conjunto difuso e amplo de reflexões sobre o direito posto, como o resgate de sua função social, e a sua adequação aos princípios constitucionais. Com base nesse ideal pós-positivista, nascem novos paradigmas de interpretação e aplicação das normas constitucionais, na tentativa de se atribuir normatividade aos princípios constitucionais, principalmente àqueles pertencentes ao grupo das normas de direitos fundamentais. A nova hermenêutica constitucional e as teorias decorrentes desses ideais pós-positivistas são o que formam o novo direito constitucional³⁵.

O neoconstitucionalismo, como nova teoria da dogmática-jurídica constitucional, reconhece a força normativa da Constituição, sua expansão jurisdicional, bem como a aplicação de um novo modelo de interpretação constitucional. Quanto a esses novos parâmetros interpretativos, eles tornaram a atividade jurídica muito mais complexa, pois deixa de ser apenas uma atividade de aplicação da norma, como um simples ato de expressão da vontade legislativa. Aos juízes estão disponíveis novas técnicas interpretativas, próprias dos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, a proteção horizontal dos direitos, entre outras³⁶.

³⁵ CARBONELL, Miguel. *El Neoconstitucionalismo em su Laberinto*. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. (Org. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2007; BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./mai., 2007; VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*. Brasília. Ano XI, nº 39, out/dez 2007.

³⁶ A Constituição deixou de ser um texto meramente político, para assumir uma postura de norma jurídica com caráter vinculativo e obrigatório. Ao Poder Judiciário, agora, compete realizar o conteúdo da Constituição. A Constituição passou a ser vista como norma suprema. Foi o fim da supremacia do Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário compete o controle da constitucionalidade das normas criadas pelos Poder Legislativo. CARBONELL, op. cit., p. 10.

Assim, o neoconstitucionalismo é, na verdade, um conjunto de transformações ocorridas tanto no modelo de Estado de Direito (que passou a ser entendido como Estado Constitucional de Direito) quanto na dogmática e hermenêutica do próprio Direito Constitucional.

No novo direito constitucional, os direitos fundamentais possuem um papel de suma importância, pois são eles que moldam todo o restante do ordenamento jurídico; além disso, eles formam o suporte jurídico de toda essa transformação. São os direitos fundamentais que revelam a dimensão axiológica da Constituição, na visão neoconstitucionalista, em oposição à concepção linguística da Constituição, proposta pela corrente positivista³⁷.

Há que se levar em conta, porém, que a mera constitucionalização dos direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, não é suficiente para a construção de um novo direito constitucional. Como bem criticado por Amartya Sen, no que ele denominou “crítica da coerência” relacionada ao “edifício intelectual dos direitos humanos”, ou seja, à “forma assumida pela ética e pela política dos direitos humanos”³⁸, toda pretensão a um direito requer, em contrapartida, um dever correlato. Assim, não basta a definição de normas de direitos fundamentais individuais e coletivos, criando direitos subjetivos aos cidadãos, se a Constituição também não previr expressamente o agente que deve cumpri-los, ou não deixar a critério do intérprete constitucional descobrir a quem cabe essa obrigação. Nesse sentido, complementa dizendo que:

Pode ser muito bonito afirmar que todo ser humano tem direito a alimento ou a serviços médicos, mas, se não houver sido caracterizado nenhum dever específico de um agente, esses direitos não podem realmente ‘significar’ grande coisa. Os direitos humanos, nessa concepção, são sentimentos comoventes, mas também são, rigorosamente falando, incoerentes. Dessa perspectiva, essas pretensões seriam mais adequadamente vistas não tanto como direitos, e sim como nós na garganta³⁹.

Ante a isso, entende-se, porém, que, de acordo com a corrente neoconstitucionalista, os direitos fundamentais, por corresponderem à constitucionalização dos direitos humanos, foram colocados no ápice do ordenamento jurídico, com características de normas jurídicas vinculantes,

³⁷ PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. (Org. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 303.

³⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 292-3.

³⁹ Idem, *ibidem*.

inalienáveis, indisponíveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*, e são as normas constitucionais que materializam a proteção à dignidade humana. Portanto, os direitos fundamentais constituem o mínimo necessário para o desenvolvimento de uma cidadania digna.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO BRASIL

O objetivo deste tópico é realizar uma análise comparativa entre a evolução do conteúdo e do preceito do direito fundamental à privacidade, em âmbito constitucional, no Brasil.

1.2.1 Evolução do Conteúdo e do Preceito do Direito Fundamental à Privacidade no Brasil – Análise da Constituição Imperial de 1824 à Constituição Republicana de 1988

1.2.1.1 Constituição Imperial de 1824

Sob a influência do constitucionalismo liberal dos Estados Unidos (1787), das Constituições francesa (1791) e espanhola (1812), e dos ideais de Benjamin Constant, que preferia a monarquia constitucional à república como melhor opção para a manutenção da “liberdade dos modernos”⁴⁰, a primeira Constituição brasileira foi uma das mais liberais entre as que existiam em sua época.

Como exemplo desse aspecto liberal, a Constituição Imperial brasileira previu, em seu último artigo, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

⁴⁰ Para Benjamin Constant, a liberdade dos modernos tinha como fundamento o direito do cidadão às liberdades civis, livre das interferências do Estado, base do Estado Liberal de Direito. Nesse sentido o cidadão estava livre para exercer suas atividades comerciais, deixando para seus representantes eleitos a tarefa diária do exercício da política. Essa liberdade contrasta com a ‘liberdade dos antigos’ que exigia participação direta do cidadão nas decisões políticas do Estado. Esta era um liberdade de pequenos Estados republicanos escravagistas, onde aqueles considerados cidadãos tinham tempo livre para deliberarem diretamente sobre assuntos públicos. CANOTILHO, *Estudos...*, op. cit., p. 24-6.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo⁴¹.

Não se pode afirmar, entretanto, que as garantias previstas no artigo 179 da Carta Imperial brasileira eram direitos fundamentais. Tais direitos e garantias foram renegados ao último artigo da Constituição, com importância menor que as questões transitórias, e denominados “disposições geraes”. Assim, a proteção prevista em tal artigo não passou de um agrupamento de direitos sem eficácia. É de se notar, ademais, que a Constituição Imperial prognosticou, explicitamente, apenas a garantia dos direitos civis e políticos dos “Cidadãos Brasileiros”, sem fazer referência direta aos direitos dos estrangeiros.

Ainda sobre o fato de que essas “Declarações de Direitos” não eram realmente direitos fundamentais, é suficiente notar que o inciso XII do artigo 179 previu que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Porém, tal norma constitucional conviveu pacificamente com os todos os privilégios da nobreza e da Igreja, bem como com o voto censitário e com a escravidão.

Quanto à proteção ao direito à privacidade especificamente, a Carta do Império, indiretamente, no mesmo artigo 179, protegeu esse direito, ao garantir a inviolabilidade da casa, no inciso VII, e a dos segredos das cartas, no inciso XXVII. A violação de domicílio, entretanto, poderia ocorrer, conforme o texto do inciso VII, de acordo com os “casos, e pela maneira, que a Lei determinar”. Assim, competia ao Poder Legislativo e ao poder discricionário do agente administrativo, e não ao Poder Judiciário, determinar as causas possíveis de violação ao direito à privacidade domiciliar.

Quanto ao direito à propriedade, a Constituição Imperial o previu como um direito absoluto, podendo ser exercido em toda a sua plenitude. A única exceção ao exercício desse direito, como forma de intervenção do Estado na propriedade

⁴¹ Art. 179, VII, XXII e XXVII, da CI/1824.

privada, era no caso de utilidade pública, devidamente previsto em lei, mediante indenização prévia do proprietário. A lei a que se referia o inciso XXII do artigo 179 da Carta Imperial eram as Ordenações Filipinas, que regulamentava, entre outras questões, as relações privadas no Brasil, inclusive as referentes à propriedade de escravos.

De forma sutil, e sob o enfoque político, a Carta Imperial obrigou a quebra do direito à privacidade no exercício de crença religiosa por parte daquele que tivesse algum interesse em participar de eleições como candidato ao cargo de Deputado, conforme previsto no artigo 95, *in verbis*:

Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se
 I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na fôrma dos Arts. 92 e 94.
 II. Os Estrangeiros naturalizados.
 III. Os que não professarem a Religião do Estado⁴².

Assim, a Constituição de 1824 dizia ser hábil à nomeação para Deputado todo aquele que pudesse ser eleitor, exceto quem não professasse a religião do Estado. Dessa forma, aquele que tivesse a intenção de se candidatar como Deputado deveria tornar pública sua condição de católico apostólico romano, por ser essa a religião oficial do Brasil Império⁴³.

1.2.1.2 Constituição Republicana de 1891

Mantendo a mesma postura liberal adotada pela Constituição Imperial de 1824, porém com maior influência da Constituição Americana, a primeira Constituição Republicana do Brasil também garantiu a inviolabilidade dos direitos de “primeira geração”⁴⁴ ou de “primeira dimensão”⁴⁵ aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, ou seja, garantiu os direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

⁴² Art. 95, I, II, III, da CI/1824.

⁴³ Artigo 5º da Constituição Política do Imperio do Brazil: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo”.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 516.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24 ss.; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 362 ss.

Apesar de o Título IV referir-se apenas aos “Cidadãos Brasileiros”, o *caput* do artigo 72 é expresso em assegurar a inviolabilidade de tais direitos, tanto aos brasileiros quanto aos “estrangeiros residentes no País”.

Dos Cidadãos Brasileiros
Declaração de Direitos

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência⁴⁶.

Pelo próprio nome atribuído à Seção II, “Declaração de Direitos”, percebe-se que os direitos e as garantias protegidos por ela não se configuravam verdadeiros direitos fundamentais, mas, tão somente, um simples rol de liberdades públicas.

Seguindo os passos da Constituição anterior, a primeira Constituição Republicana também protegeu, implicitamente, a privacidade e a intimidade do indivíduo, ao prever que a casa era um asilo inviolável. Porém, também permitiu a quebra dessa inviolabilidade segundo os “casos e pela forma prescritos na lei” e não apenas por determinação judicial. Previu, também, a inviolabilidade do sigilo da correspondência.

Assim como a Constituição Imperial, a Constituição de 1891 também elencou o direito à propriedade em sua total plenitude, só podendo ser violado em casos de necessidade ou utilidade pública definidos em lei. Por longos 26 anos, a República ainda se submeteu às Ordenações Filipinas (normas da época do Brasil colônia) para regular as relações privadas. Essas normas só deixaram de ser aplicadas com a promulgação do Código Civil, que entrou em vigor em 1917. O Código Civil, em

⁴⁶ Art. 72, §§ 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 17 e 18, da CR/1891.

seu artigo 590, previu a possibilidade da perda da propriedade mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública:

Art. 590. Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

§ 1º Consideram-se casos de necessidade pública:

I - a defesa do território nacional;

II - a segurança pública;

III - os socorros públicos, nos casos de calamidade;

IV - a salubridade pública.

§ 2º Consideram-se casos de utilidade pública:

I - a fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública;

II - a abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e, em geral, de quaisquer vias públicas⁴⁷.

A Constituição Republicana de 1891, ao promover a secularização da relação entre Estado e Igreja, no § 7º do artigo 72, passou a garantir a privacidade do cidadão brasileiro em diversas questões:

- a) liberdade de culto religioso. O § 3º do artigo 72 garantiu a liberdade de escolha e do exercício livre e público dos cultos, de qualquer religião. A Constituição Imperial permitia o culto de outras religiões apenas em âmbito doméstico. A construção de Templos e Igrejas só era permitida quando destinados ao culto da religião Católica, religião oficial do Império (art. 5º, da Constituição Imperial de 1824);
- b) o reconhecimento apenas do casamento civil. O § 4º do artigo 72 não permite ao Estado obrigar o cidadão a praticar a religião oficial do Estado para poder casar-se;
- c) liberdade de ensino nos estabelecimentos públicos. O § 6º do artigo 72 obrigou o Estado a desvincular o ensino prestado nas escolas públicas dos mandamentos de qualquer religião. Cada cidadão é livre para escolher a qual religião deve seguir, sem qualquer influência por parte do Estado; e
- d) liberdade para ser candidato. Diferentemente do que previa a Constituição Imperial, a Constituição Republicana deixou de exigir do candidato, como condição de elegibilidade, a profissão de qualquer religião, conforme se extrai do seu artigo 70, a seguir transcrito:

⁴⁷ Art. 590, § 1º, I, II, III, IV; § 2º, I, II, do Código Civil de 1916.

Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis⁴⁸.

1.2.1.3 Constituição Republicana de 1934

A aliança firmada entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais, denominada política café com leite e que perdurou ao longo dos anos 1920, durante a República Velha, foi rompida em 1929. Os paulistas dissidentes indicaram, como candidato à futura eleição para Presidente da República, que aconteceria em 1930, o nome de Júlio Prestes, ao passo que os mineiros apoiaram o oposicionista gaúcho Getúlio Vargas. Venceu a eleição presidencial, ocorrida em 1 de março de 1930, o governista paulista Júlio Prestes. Porém, em 3 de outubro, ocorre o movimento militar promovido pelos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, o qual depõe o presidente em exercício Washington Luís, manda para o exílio o candidato recém-eleito e declara extinta a República Velha, dando início ao governo provisório, sob a presidência de Getúlio Vargas. Esse movimento militar ficou conhecido como o Golpe de 1930.

Em resposta ao golpe, os paulistas empreenderam entre os meses de julho a agosto de 1932, a chamada Revolução Constitucionalista de 1932, ou Guerra Paulista, com o objetivo de derrubar o governo provisório de Getúlio Vargas, porém foram derrotados. Dois anos após era promulgada a nova Constituição brasileira.

Assim, a Constituição de 1934 é fruto dos ideais revolucionários que puseram fim à Velha República.

⁴⁸ Art. 70, § 1º, 1,2,3,4; § 2º, da CR 1891.

Da Declaração de Direitos
Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior⁴⁹.

Primeira Constituição brasileira a tratar dos direitos de “segunda geração”⁵⁰, ou seja, das questões de ordem social e econômica, a Constituição Republicana de 1934, quanto à proteção ao direito à privacidade, não adotou a mesma postura das Constituições anteriores.

Foi a primeira Constituição nacional a dispor as liberdades públicas como direitos e garantias individuais. Entretanto, assim como previsto nas Constituições pretéritas, essa proteção não ocorreu sob a forma de direitos fundamentais, mas meramente como uma declaração de direitos.

A Constituição de 1934 também garantiu, de forma implícita, o direito à privacidade, ao prover proteção da inviolabilidade do sigilo das correspondências e da casa, salvo, nesse último caso, no período noturno, em situações de crime e desastres, ou durante o dia, “nos casos e pela forma prescritos na lei”⁵¹. Ao tratamento dispensado à inviolabilidade do sigilo das correspondências e da residência, nenhuma diferença perceptível há em relação às Constituições passadas.

⁴⁹ Art. 113, 8, 11, 16, 17, da CR/1934.

⁵⁰ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 362.

⁵¹ Número 16 do art. 113, da CR/1934.

Também, essa foi a primeira Constituição brasileira a prever, expressamente, a proteção ao direito de reunião. Cabia ao Estado intervir nesse direito apenas para garantir ou restabelecer a ordem pública, e, nesse caso, cabia-lhe a prioridade de indicar o local da reunião, salvo se, com essa indicação, ficasse frustrado ou impossibilitado o exercício desse direito.

Já quanto ao direito à propriedade, diferentemente das Constituições anteriores, a Constituição de 1934 passou a tratá-lo como um direito relativo, pois este não poderia mais ser “exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”⁵². Tratava-se de uma restrição ao uso e à fruição da propriedade. O proprietário continuava a ter o uso exclusivo e perpétuo do seu bem, porém não mais com caráter absoluto, pois estava limitado ao que a lei tipificava como de interesse social ou coletivo.

Essa limitação ao uso da propriedade como garantia constitucional não pode ser entendida como uma violação ao direito à privacidade, mas, tão somente, como um sinal de que o Estado passou a controlar determinados atos do cidadão e a impor sanções em caso de sua violação.

1.2.1.4 Constituição Republicana de 1937

A Constituição de 1937 foi criação do mineiro e getulista Francisco Campos⁵³. Com fortes influências da Constituição polonesa de 1935, a Carta Política ditatorial de 1937 restringiu os direitos e as garantias individuais e a privacidade do cidadão brasileiro, em vários aspectos.

Da Nacionalidade e da Cidadania

Art. 116 - Perde a nacionalidade o brasileiro:

b) que, sem licença do Presidente da República, aceitar de governo estrangeiro comissão ou emprego remunerado;

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵² Número 17 do art. 113, da CR/1934.

⁵³ Um dos líderes da conspiração que levou à revolução de 1930 e que, durante o governo provisório, assumiu o cargo de Ministro da Educação e Saúde, sendo o responsável por uma profunda reforma do ensino secundário e universitário no país. Após o golpe de 37, foi nomeado Ministro da Justiça.

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

10) todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditas em caso de perigo imediato para a segurança pública.

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude.

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Da família

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades⁵⁴.

Ao tratar da questão da nacionalidade, a Constituição polaca, em seu artigo 113, letra “b”, apresentou um exemplo do grau de interferência do Presidente da República na vida dos cidadãos. Era motivo para a perda da nacionalidade brasileira o fato de o cidadão aceitar de governo estrangeiro comissão ou emprego remunerado, sem a licença prévia do Presidente da República. Essa obrigação de solicitar licença ao Presidente para, uma vez deferida, e só assim, poder aceitar emprego remunerado em outro País, demonstra o quanto a privacidade de um cidadão pode ser violada, durante a vigência de um Estado ditatorial.

Após esse exemplo, como explicar que a Carta política de 1937 assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, conforme previsto no artigo 122, transcrito? Esses direitos eram garantidos desde que respeitada a ordem pública, os bons

⁵⁴ Art. 116, b; 122, 6º, 10, 14, a, b, c; 123; 127, da CR/1937.

costumes, o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado⁵⁵.

Apesar de prever a inviolabilidade do domicílio e de correspondência⁵⁶, a Constituição de 1937 deixou explícito que tal direito podia ser violado a depender da vontade única e exclusiva da lei. Quanto ao direito da inviolabilidade do domicílio, esta não fez nenhuma referência à proibição de sua violação durante o período noturno, salvo em situação de flagrante ou de perigo, conforme previsto nas Constituições de 1891 e 1934.

Essa Carta Constitucional conferiu à Administração Pública o poder de impedir o exercício do direito de reunião a céu aberto, caso a declaração fornecida pelos participantes não a convencesse de que tal reunião não traria risco imediato à segurança pública. Não previu, entretanto, a necessidade de lei para regulamentar as 'formalidades da declaração' e as hipóteses (taxativas ou meramente exemplificativas) de ameaça à segurança pública. Ficava a critério discricionário da Administração Pública a interdição ou a liberação da reunião.

Quanto ao direito à propriedade, sua proteção não diferiu daquelas realizadas pelas Constituições anteriores. Assim como previsto na Constituição de 1934, o direito à propriedade, assegurado na Carta Política de 1937, não possuía característica de direito absoluto, mas tão somente relativo. É também do ano de 1937 o Decreto-Lei 25, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e regulamentou o instituto do tombamento, ainda em vigor.

Revogando os parágrafos 1º e 2º do artigo 590 do Código Civil de 1916, entrou em vigor, em 28 de julho de 1941, o Decreto-Lei 3.365, que dispôs sobre a desapropriação por utilidade e necessidade pública, também ainda em vigor. Este último decreto ampliou as hipóteses previstas para a desapropriação por necessidade pública, que, a partir de então, pode atingir todos os bens privados e pode ser realizada por quaisquer dos entes da federação⁵⁷ ou pelas concessionárias de serviços públicos, mediante autorização expressa da lei ou do contrato⁵⁸.

Também estava a cargo do Estado definir e garantir a paz, a ordem e a segurança pública, bem como a moralidade pública, os bons costumes, o interesse público e o bem-estar do povo. Para tanto, ao Estado era permitido instituir a

⁵⁵ Art. 123 da CR/1937.

⁵⁶ Número 6º, do artigo 122 da CR/1937.

⁵⁷ Art. 2º do DL 3.365/41.

⁵⁸ Art. 3º do DL 3.365/41.

censura prévia em espetáculos públicos e na imprensa, como também prescrever medidas e providências a serem adotadas pela população. Essa intervenção na vida do cidadão nada mais era do que uma limitação do espaço público, ou seja, uma invasão de privacidade por parte do Estado na vida privada.

Essa invasão de privacidade também foi percebida quando a Constituição tratou da família, em seu artigo 127. Esse artigo deixou evidente a preocupação do Estado com a formação do caráter do jovem cidadão brasileiro, cabendo àquele intervir na família, a fim de garantir as melhores condições para o desenvolvimento da criança e do adolescente. A Constituição não é clara ao definir quais são essas “condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento”⁵⁹ que devem ser dispensadas aos jovens. Pode-se inferir desse artigo que o Estado estava disposto a violar a privacidade familiar, caso necessário, com o fim de aliciar jovens brasileiros para defender a política ditatorial implantada no País com a Carta de 1937.

1.2.1.5 Constituição Republicana de 1946

Promulgada após o fim da Segunda Guerra mundial, a Constituição de 1946 foi contemporânea “de uma fecunda época de construção constitucional em todo o mundo”⁶⁰, em razão do fato de diversos países estarem em fase de reorganização política (redemocratização com o fim do fascismo e do nazismo) e de outros, em fase de conquista de independência ou lamentando a perda desta.

Ao tentar remontar um Estado Democrático, com um viés social, a Constituição de 1946 se inspirou na Carta Política brasileira de 1934 e nas Constituições dos Estados Unidos, da França, de 1948 e na de Weimar.

Da Declaração de Direitos
Da Nacionalidade e da Cidadania

Art. 130. Perde a nacionalidade o brasileiro:
II - que, sem licença do Presidente da República, aceitar de governo estrangeiro comissão, emprego ou pensão;

⁵⁹ Art. 127 da CR/1937.

⁶⁰ BARROSO, Luíz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p.25.

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer⁶¹.

Os direitos e as garantias individuais elencados na Constituição de 1946 também não podem ser considerados direitos fundamentais, pelo fato de o legislador ter se omitido a editar as leis complementares exigidas para se conferir efetividade à maioria desses direitos. Por esse motivo, repetindo o que aconteceu com as Constituições anteriores, tais direitos individuais eram tão somente declarações de direitos.

Estranhamente, a Constituição de 1946 manteve, como uma das causas possíveis de perda da nacionalidade brasileira, o fato de o cidadão aceitar de governo estrangeiro comissão, emprego ou pensão, sem a licença do Presidente da República. Para uma Constituição que pretendia promover o renascimento do Estado democrático de direito, essa imposição era uma flagrante violação à privacidade do cidadão brasileiro, outro motivo pelo qual não se pode atribuir o título de direitos fundamentais a esse rol de direitos individuais.

Quanto à proteção dos demais direitos à privacidade, repete-se tudo o que se comentou sobre a Constituição de 1934.

1.2.1.6 Ato Institucional n.1

Tem-se início, em 31 de março de 1964, o movimento militar revolucionário brasileiro que depôs o presidente eleito João Goulart. Com a vacância do cargo, assumiu temporariamente o então Presidente da Câmara dos Deputados, o

⁶¹ Art. 130, II; 141, §§ 6º, 11, 15, da CR/1946.

deputado Paschoal Ranieri Mazzilli, que dispensou o assentamento de sua posse no Livro de Posse⁶².

Em 9 de abril de 1964, os “chefes da revolução vitoriosa”⁶³ publicam um enunciado à Nação, com o título de Ato Institucional n. 1, com o objetivo de ‘fixar o conceito do movimento civil e militar’ como um poder Constituinte originário, fruto de uma revolução, e, como tal, possuidor de poderes juridicamente ilimitados, incondicionados e autônomos.

Em 11 de abril de 1964, em cumprimento ao disposto no Ato Institucional n. 1, é eleito, pelo Congresso Nacional, o marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, que deveria concluir o mandato do Presidente deposto, previsto para encerrar em 31 de janeiro de 1966. Entretanto, dando início à ditadura militar, a Emenda Constitucional n. 9, de 27 de julho de 1964, prorrogou o mandato do recém-empossado Presidente até 15 de março de 1967.

O Ato Institucional n. 1, apesar de no artigo 1º expressamente manter em vigência a Constituição de 1946, iniciou o processo de desconfiguração desta Carta Política, como se percebe da leitura de alguns dos seus artigos, a seguir citados:

Ato Institucional n. 1

Art 7º - Ficam suspensas, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

§ 2º - Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal.

§ 3º - Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República.

⁶² Conferir informações Históricas na Galeria dos Presidentes no *site* da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/info_historicas/galeria_pres/galranieri/galranieri/integrapresidente_view/>. Acesso em 16/09/2009.

⁶³ Que assim se autoentitularam e assinaram o AI n. 1: General do Exército Arthur da Costa e Silva, Tenente Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e Vice-Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald.

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Art 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos⁶⁴.

A partir do Ato Institucional n. 1, a Constituição de 1946 transformou-se em mera “folha de papel”⁶⁵. Os “fatores reais de poder”⁶⁶, no caso específico o Comando-Chefe da Revolução vitoriosa, que conferiu a si mesmo, “graças à ação das forças armadas e ao apoio inequívoco da Nação”⁶⁷, o exercício do Poder Constituinte originário, pelo prazo necessário “para assegurar a continuidade da obra a que se propôs”⁶⁸, realizaram novas alterações na Carta de 1946, por meio dos Atos Institucionais n. 2 e 3, que limitaram ou suspenderam, ainda mais, os direitos e as garantias constitucionais.

1.2.1.7 Constituição Republicana de 1967/69

A Constituição de 1967 nasceu de uma “farsa constituinte”⁶⁹, iniciada em 4 de dezembro de 1966, com o Ato Institucional n. 4. Este Ato Institucional convocou o Congresso Nacional, já desfalcado de diversos de seus membros que tiveram os mandatos e direitos políticos cassados pelos líderes revolucionários, para se reunir, a partir de 12 de dezembro de 1966, a fim de votar e aprovar, até o prazo limite de 21 de janeiro de 1967, a nova Carta Política do País.

Fruto da Revolução militar de 1964, a Constituição de 1967 já nasceu fadada a ser um mero instrumento decorativo. Essa nova Carta Constitucional deveria representar “a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”⁷⁰ e “assegurar a continuidade da obra revolucionária”⁷¹. Apesar de determinar ao Congresso Nacional a “promulgação” de uma nova Constituição, o Ato Institucional

⁶⁴ Art. 7º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º; 10 do Ato Institucional n. 1.

⁶⁵ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 10.

⁶⁷ Ato Institucional n. 2.

⁶⁸ Idem, ibidem.

⁶⁹ ANDRADE, Paes de *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. Fundamentos do Estado de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

⁷⁰ Ato Institucional n. 4.

⁷¹ Idem, ibidem.

n. 4 manteve com o Comando-Chefe “os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução”⁷², ou seja, mesmo com criação de uma nova Constituição, o Governo militar continuou na posse do Poder constituinte originário.

Do texto formal da Constituição de 1967, em uma análise meramente acadêmica, haja vista que ele nunca impediu de fato o exercício do regime de poder dos militares revolucionários, podem-se extrair exemplos de artigos cujos textos são juridicamente mais bem redigidos que os similares das Constituições anteriores, tais como os a seguir transcritos.

Da Declaração de Direitos Da Nacionalidade

Art 141. Perde a nacionalidade o brasileiro: II - que, sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de Governo estrangeiro;

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º.

1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 27 - Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

Da Ordem econômica e Social

Art 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais

⁷² Ato Institucional n. 4.

sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 9, de 1969)⁷³.

O que se vê é que a Constituição de 1967 ampliou a proteção ao sigilo da correspondência, incluindo também o direito ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. Já no âmbito da ordem econômica, a Carta de 1967 previu a possibilidade de desapropriação de imóveis rurais.

Entretanto, com a edição do Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968, e a imediata imposição de recesso ao Congresso Nacional, decretado pelo então presidente marechal Arthur da Costa e Silva, instalou-se no País a “ditadura plena”⁷⁴ e, definitivamente, nenhum direito e nenhuma garantia individual passou a ter proteção constitucional. Nesse momento político da história do Brasil, já não havia mais participação popular na escolha do Presidente da República, de Governadores e Prefeitos, a censura era prática corriqueira, assim como a tortura aos opositores do regime e o desaparecimento misterioso de vários cidadãos brasileiros. Nesse momento histórico, a privacidade era um direito inexistente.

Durante a vigência da Carta Política de 1967, foram editados 13 atos Institucionais, do Ato Institucional n. 5 ao de n. 17, em uma demonstração explícita da luta pelo Poder dentro das Forças Armadas brasileira, que, em nome de uma revolução, usurpou o legítimo poder popular e destruiu a democracia e a cidadania do País.

Em 17 de outubro de 1969, é outorgada a Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, que institui um novo texto à Constituição vigente.

Apenas a título de ilustração, para se demonstrar o quanto o novo texto constitucional violava a privacidade do cidadão brasileiro e dos estrangeiros residentes no País, segue abaixo o texto do parágrafo 34 do artigo 153, responsável por assegurar os direitos e as garantias individuais, no território brasileiro:

Da Declaração de Direitos
Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁷³ Art. 141, II; 150, §§ 9º, 10, 22, 27; 157, § 1º, da CR/1967/69.

⁷⁴ BARROSO, *O Direito...*, op. cit., p. 37.

§ 34. A lei disporá sobre a aquisição da propriedade rural por brasileiro e estrangeiro residente no País, assim com por pessoa natural ou jurídica, estabelecendo condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e justa distribuição da propriedade⁷⁵.

Esse exemplo demonstra o quanto o regime militar estava preocupado tão somente com a segurança do território, deixando para segundo plano os direitos à privacidade e à dignidade do cidadão brasileiro e dos estrangeiros que aqui viviam.

1.2.1.8 Constituição Republicana de 1988

Após vinte e cinco anos de ditadura, a Constituição de 1988 – apesar de não ter nascido de uma Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita para criar a nova Constituição do País, mas de um Congresso Nacional instituído segundo os critérios do governo militar –, inseriu novamente o Brasil no grupo dos Países democráticos.

Mesmo criticada por ser uma Constituição extremamente prolixa ou analítica⁷⁶, pois fruto de uma Nação desacostumada dos processos democráticos e de grupos políticos ávidos em manter determinados direitos e em garantir outros que lhes foram negados durante o regime militar, a Constituição de 1988 merece elogios. Por exemplo, constitucionalizou institutos como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo; tratou os direitos individuais e coletivos como direitos verdadeiramente fundamentais, algo que nem uma outra Constituição brasileira conseguiu realizar.

Nota-se que a preocupação em construir um Estado Democrático de Direito que respeite os direitos fundamentais é algo que o Constituinte Originário deixou transparecer, desde o preâmbulo da nova Constituição. Diferentemente das Constituições anteriores, a Constituição de 1988 visa a proteger o cidadão em primeiro lugar, e isso está explícito desde o seu artigo primeiro, ao definir a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais. Por isso, a atual Constituição foi chamada de “Constituição Coragem” e de “Constituição Cidadã” pelo deputado Ulysses Guimarães⁷⁷, à época, Presidente da Assembleia

⁷⁵ Art. 153, § 34, da CR/1967, alterado pela Emenda Constitucional n. 1.

⁷⁶ COELHO, op. cit., p. 204; BARROSO, *O Direito...*, op. cit., p. 37; BULOS, op. cit., p. 37.

⁷⁷ COELHO, op. cit., p. 202.

Constituinte, em seu discurso na solenidade de promulgação, em 5 de outubro de 1988.

A Constituição de 1988 garante ao cidadão brasileiro e ao estrangeiro residente no País o direito à liberdade, que deve ser interpretada em sua forma mais ampla possível. Assim, a atual Carta Política do País garante, de forma inviolável, o direito à privacidade ao cidadão, podendo este se desenvolver segundo a sua mais íntima convicção. O direito à liberdade de consciência não se resume, exclusivamente, ao direito do cidadão em poder pensar o que quiser, mas, também, ao direito de ele poder reger sua conduta segundo sua consciência privada. Isso pode ser percebido nos incisos do art. 5º, a seguir transcritos.

Dos Direitos e Garantias Fundamentais
Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.⁷⁸

O mesmo artigo também protege o direito à privacidade de escolha do cidadão acerca da crença religiosa que deseja professar, inclusive o direito de ser ateu, sendo a ele assegurado o exercício dessa crença e a garantida de proteção aos locais de culto e das liturgias, independentemente da religião.

⁷⁸ Art. 5º, VI, X, XI, XII, da CR/1988.

A Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a garantir, explicitamente, a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, tornando seguro o direito à indenização em decorrência da violação de quaisquer destas. Esses direitos são limites constitucionais à liberdade de comunicação social, previsto no § 1º do art. 220, assim redigido:

DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV⁷⁹.

Quanto à inviolabilidade da residência, a Constituição de 1988 garantiu esse direito, proibindo a entrada de qualquer pessoa na casa do morador contra a sua vontade. A diferença para as Constituições anteriores é que naquelas, o Poder Legislativo podia determinar, mediante lei, as situações passíveis de violação da residência, ficando a critério da autoridade administrativa realizar tal violação, quando julgasse necessário. Agora, a atual Carta Política define, como regra, a inviolabilidade da residência. Durante a noite esse direito só pode ser violado, no caso de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro. Durante o dia, a autoridade administrativa pode violar o direito à intimidade e à privacidade do lar, nos casos já mencionados ou, tão somente, quando de posse de mandado judicial. Não pode mais fazê-lo segundo sua discricionariedade.

Sobre a inviolabilidade das comunicações, a Constituição de 1988 ampliou esse direito, garantindo, agora, o direito à privacidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados e das comunicações telefônicas, salvo, neste último caso, por determinação judicial e nas hipóteses e nas formas previstos na Lei 9.296/96.

Quanto ao direito de reunião em local público, a Carta também presta caução, independentemente de autorização, desde que não se frustrasse outra reunião já marcada para o mesmo local. Assim, é necessário prévio aviso à autoridade competente, desde que a reunião seja composta por um número muito grande de pessoas.

⁷⁹ Art. 220, § 1º, da CR/1988.

Ante a tudo isso, deve-se observar que a Constituição de 1988 já nasceu dentro do contexto pós-positivista, sendo uma das responsáveis pela criação da dogmática neoconstitucionalista, defendida tanto por Alexy quanto por Canotilho.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

O objetivo deste tópico é realizar uma análise comparativa entre a evolução do conteúdo e do preceito do direito fundamental à privacidade nos Estados Unidos e na Europa.

1.3.1 Evolução do Direito Fundamental à Privacidade nos Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos da América⁸⁰, de 17 de setembro de 1787, apesar de ser o sustentáculo de um Estado liberal de direito, em nem um dos seus sete artigos originais, não tratou dos direitos fundamentais do cidadão americano.

Como redigida originalmente, a Constituição americana poderia permitir a tirania do governo central. Preocupados com essa questão, representantes de vários Estados, no ato formal de ratificação do texto da Constituição, questionaram a criação de uma declaração de direitos; outros só a ratificaram sob o entendimento de que o texto seria emendado. Assim, em 1789, o primeiro Congresso dos Estados Unidos apresentou 12 emendas à Constituição. As duas primeiras foram rejeitadas e as dez seguintes, ratificadas por três quartos dos Estados, tornando-se o que hoje se conhece por *Bill of Rights*⁸¹.

A primeira emenda⁸² trata da liberdade de religião e do livre exercício dos cultos religiosos, bem como da liberdade de consciência, de expressão, de imprensa, do direito do povo em reunir-se pacificamente e do direito de petição.

A segunda emenda⁸³ garante o direito do cidadão americano em manter e portar arma.

⁸⁰ Conferir *site* do Congresso Americano, disponível em: <<http://www.house.gov/house/Educate.shtml>>. Acesso em: 29/09/2009.

⁸¹ Conferir *site* do Congresso Americano.

⁸² “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. Cf. *site* do Congresso Americano.

⁸³ “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”. Cf. *site* do Congresso Americano.

As questões sobre inviolabilidade da residência, salvo sob a forma prescrita em lei, e acerca dos direitos das pessoas em não sofrerem buscas e apreensões pessoais e de bens, salvo se provenientes de mandado judicial baseado em juramento ou declaração que descreve particularmente o local a ser vasculhado e os objetos ou pessoas a serem apreendidos, são tratadas, respectivamente, na terceira⁸⁴ e na quarta⁸⁵ emendas.

Por sua vez, o direito do indivíduo a não ser compelido a produzir provas, em um processo criminal, contra si mesmo é previsto na quinta emenda⁸⁶.

A nona emenda⁸⁷ prevê que a enumeração, pela Constituição, de certos direitos não deve ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos dos cidadãos.

Pelo fato de o direito dos Estados Unidos ser fundamentado na *common law*, ou seja, no direito comum proveniente das jurisprudências, apesar da proteção constitucional do direito à privacidade, a natureza e a extensão de tal direito passaram por variações ao longo do tempo. De início, a privacidade era protegida nos limites do direito à não interferência física na vida e na propriedade, por ofensa armada. Com o reconhecimento da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e do seu intelecto, o escopo do direito à propriedade expandiu-se, e o direito à privacidade passou a ser entendido como um direito do indivíduo a não ser molestado, de ser deixado em paz. Dessa forma, o direito à liberdade passou a garantir o exercício de diversos privilégios civis, e o significado da expressão “propriedade” modificou-se para poder incorporar todas as formas de posse, tangíveis e intangíveis⁸⁸.

⁸⁴ “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law”. Cf. site do Congresso Americano.

⁸⁵ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”. Cf. site do Congresso Americano.

⁸⁶ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Cf. site do Congresso Americano.

⁸⁷ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. Cf. site do Congresso Americano.

⁸⁸ WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy [the implicit made explicit]*. In: *Philosophical Dimensions of Privacy* (Org. Ferdinand David SCHOEMAN). Cambridge University Press, 1984, p. 75-103.

Em 1890, o artigo *The right to privacy*⁸⁹ foi o primeiro documento a forçar uma discussão sobre a revisão legal do conceito do direito à privacidade, nos Estados Unidos, com o intuito de desvinculá-lo do direito à liberdade. Os autores levantaram questões sobre o direito que um cidadão tinha ao isolamento, ou seja, o direito de ser deixado em paz, e de não ter sua privacidade violada pela imprensa, interessada tão somente em fofocas e na divulgação de informação relacionada com a esfera privada de um indivíduo. Ainda, para os autores, a necessidade de privacidade não era algo inerente às pessoas, mas estava subordinada ao alcance de um começo de sofisticação cultural. Finalizam a discussão acerca do assunto afirmando que o desenvolvimento tecnológico e comercial e o surgimento de uma imprensa marrom⁹⁰ resultaram no assalto dos preceitos sagrados da vida doméstica e privada⁹¹ e na violação dos limites do decoro e da decência.

Entretanto, somente a partir de 1902, quando o Estado de Nova Iorque promulgou uma lei considerando ser ato ilícito o uso do nome, de fotografias e imagens de alguém para fins comerciais ou de propaganda, sem a autorização escrita da pessoa, foi que algumas cortes americanas passaram a aceitar o direito à privacidade como um direito autônomo⁹². Consoante a isso, é de se ressaltar, porém, que não ocorreu nenhuma alteração em âmbito constitucional, apenas em âmbito jurisprudencial e nas leis civis de alguns Estados.

Com o reconhecimento da autonomia do direito à privacidade, o cidadão americano passou a ter um novo instrumento jurídico de proteção contra atos de violação de sua vida privada. Um desses atos de violação que passou a ser questionado foi a tentativa do governo de impor um documento único de identificação ao cidadão americano. Todas as tentativas de se implantar uma carteira de identidade nos Estados Unidos falharam por causa da atuação dos congressistas liberais e conservadores, que consideram tal documento a marca registrada de uma sociedade totalitária⁹³.

⁸⁹ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 75-103.

⁹⁰ No original: “yellow journalism”. PROSSER, William L. *Privacy [a legal analysis]*. In: *Philosophical Dimensions of Privacy* (Org. Ferdinand David SCHOEMAN). Cambridge University Press, 1984, p. 104.

⁹¹ ARISTÓTELES. Op. cit.; ARENDT, op. cit.

⁹² PROSSER, op. cit., p. 104.

⁹³ GARSON, G. David. *Public Information Technology and E-governance: Managing the Virtual State*. Sudbury: Jones & Bartlett Publishers, 2006, p. 171.

Nos Estados Unidos, a décima emenda⁹⁴ à Constituição americana prevê que os poderes não delegados à União, uma vez não proibidos pela Constituição, são reservados respectivamente aos estados ou aos cidadãos. Assim, pela ausência de uma Agência federal com jurisdição nacional para fornecer uma carteira de identidade, o cidadão americano utiliza-se de outros documentos para provar sua identidade, quando solicitado. O documento de identificação mais comum é a carteira de motorista, emitida segundo legislação de cada Estado.

Um documento americano cujo controle é federal é a carteira da seguridade social, que, a partir de 1935, se tornou o documento necessário e obrigatório ao cidadão que possa trabalhar em território americano, além de vinculá-lo ao sistema público de aposentadoria⁹⁵. Por meio do número da seguridade social (Social Security Number), é possível ao Governo identificar aqueles que estão em situação regular ou como imigrantes ilegais no território americano.

Ampliando os limites do direito à privacidade⁹⁶, em 1966, entrou em vigor a lei sobre a liberdade de informação⁹⁷. Essa lei permite a divulgação das informações e dos documentos privados, controlados pelo governo dos Estados Unidos.

Completando o que a lei sobre a liberdade de informação havia iniciado, em 1974, para se evitar o abuso, por parte do Governo americano, no controle da vida privada dos cidadãos, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a Lei sobre privacidade⁹⁸. Essa lei regula quais informações pessoais as Agências executivas federais americanas podem armazenar sobre um determinado indivíduo e como essas informações podem ser usadas. A lei também prevê o direito do cidadão de:

- a) saber quais informações o governo possui a seu respeito;
- b) alterar ou excluir qualquer informação incorreta, irrelevante, inoportuna, ou incompleta; e

⁹⁴ “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Conforme *site* do Congresso Americano.

⁹⁵ Cf. *site* oficial da Administração da Seguridade Social dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.socialsecurity.gov/history/35actinx.html>>. Acesso em 07/10/2009.

⁹⁶ A defesa da liberdade e da privacidade nos Estados Unidos é realizada, principalmente, por entidades civis como a *American Civil Liberties Union (ACLU)*, organização não governamental que conta com aproximadamente duzentos advogados contratados e milhares de outros voluntários, presente em todos os cinquenta estados americanos, inclusive em Porto Rico. Disponível em: <www.aclu.org>. Acesso em: 7/10/2009.

⁹⁷ Disponível em: *Freedom of Information Act. U.S. House of Representatives*, no *site*: <<http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t01t04+4399+65++freedomofinformationact>>. Acesso em: 7/10/2009.

⁹⁸ *Privacy Act*. Disponível em: *U.S. House of Representatives*, no *site*: <<http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t01t04+7888+140++privacyact>>. Acesso em: 7/10/2009.

- c) processar o governo por violar a lei ou por permitir acessos de outras pessoas ou entidades às suas informações pessoais, sem a devida autorização por escrito. A lei, entretanto, não regula a atuação de entidades privadas nem protege as informações privadas de estrangeiros, somente de cidadãos americanos.

A partir dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a legislação americana restringiu drasticamente a liberdade civil no país. O USA PATRIOT Act de 2001, anacrônico para *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*⁹⁹, foi a resposta do Congresso Americano ao resto do mundo, mesmo em contrário à tendência de proteção à privacidade e liberdade do cidadão contra os atos de terrorismos.

O USA PATRIOT Act foi arquitetado sob o comando da então Assessora de Segurança Nacional do primeiro mandato do governo George W. Bush Jr. (2001–2005), a Sra. Condoleezza Rice¹⁰⁰, que também propôs a criação do Departamento de Segurança Interna como ferramenta indispensável ao combate do terrorismo dentro e fora do território americano.

Ao prestar testemunho perante a Comissão do Congresso Americano, responsável pelas investigações sobre os atentados de 11 de setembro, a assessora teve de responder a três cruciais acusações à Administração do governo Bush Jr: 1) que um memorando do serviço de inteligência, datado de 6/8/2001, com informações específicas de que aeronaves seriam usadas por terroristas como mísseis contra alvos nos Estados Unidos, passou despercebido; 2) que o presidente Bush Jr. não estava interessado na questão do terrorismo, e que estava tão obcecado com o problema do Saddam Hussein que negligenciou a Al Qaeda; 3) e que a administração Bush fez um trabalho pior do que a administração Clinton sobre a questão do terrorismo e não conseguiu tirar proveito dos planos produzidos por Bill Clinton para combater a Al Qaeda.

Em resumo, a resposta da assessora a essas acusações que convenceu o Congresso americano foi a de que nem uma administração, antes do 11 de

⁹⁹ Em tradução livre: “Unindo e fortalecendo a America ao providenciar ferramentas apropriadas e necessárias para interceptar e obstruir o terrorismo”.

¹⁰⁰ Foi a primeira mulher afroamericana a assumir o posto de Secretária de Estado, já no segundo mandato do Presidente Bush Jr (2005-2009). Em 1992, durante a dissolução da União Soviética e a reunificação da Alemanha, serviu como Conselheira para assuntos do leste europeu e da União Soviética, para o Presidente George H. W. Bush.

setembro, teve vontade política para reinventar o modo como a inteligência era coletada e compartilhada entre as agências, dentro e fora dos Estados Unidos. Rice também respondeu que somente após a criação do Departamento de Segurança Interna, responsável em coletar e distribuir as informações de inteligência, e a aprovação do USA PATRIOT Act, foi que aqueles que lidam com os esforços de contraterrorismo nos Estados Unidos passaram a contar com ferramentas importantes, ausentes até então, para a defesa da democracia e da liberdade do próprio Estado americano¹⁰¹.

Assim, com fundamento no USA PATRIOT Act, o governo americano teve carta branca para:

- I. acessar ligações telefônicas, *e-mail*, registros médicos e financeiros, ou outros que entender necessários, sem mandado judicial;
- II. ampliar a competência da Secretaria do Tesouro Americano (Secretary of the Treasury's) para controlar as transações financeiras, principalmente de pessoas físicas e pessoas jurídicas estrangeiras;
- III. aumentar o poder discricionário das autoridades da imigração na detenção por tempo indefinido de imigrantes e na deportação de imigrantes suspeitos de atos relacionados com o terrorismo; e
- IV. invadir, buscar e apreender documentos e objetos em escritórios e casas, sem a autorização ou o conhecimento dos donos.

Apesar de inicialmente ter sido previsto para 31 de dezembro de 2005 o encerramento das restrições às liberdades civis, estas foram prorrogadas pelo Congresso Americano em julho de 2005 e fevereiro de 2006. O novo termo final era 31 de dezembro de 2009, porém foi estendido, por solicitação do presidente Obama, até fevereiro de 2011. Durante esse período, o governo americano contará ainda com três grandes poderes: a) introdução de escutas que permitem a vigilância de múltiplas ligações telefônicas; b) estabelecimento de ordens secretas para a apreensão de objetos na posse de qualquer pessoa, sem justa causa, mediante autorização judicial, e; c) o denominado “lobo solitário” (*lone wolf*), ação que permite buscas para identificar pessoas, fora dos Estados Unidos, suspeitas de prepararem

¹⁰¹ DINH, Viet D. *How USA PATRIOT ACT Defends Democracy. The Foundation for the Defense of Democracy*. 2004. p. 4-6.

atos terroristas, porém sem demonstrarem qualquer vínculo com grupos terroristas estrangeiros suspeitos.

Diversos tribunais federais americanos, entretanto, já decidiram pela inconstitucionalidade de vários dos artigos do USA PATRIOT Act.

Em cumprimento ao USA PATRIOT Act, mas para não incorrer em ações que posteriormente sejam consideradas inconstitucionais, o governo americano tem realizado contratos com grandes empresas privadas, como, por exemplo, o Google™. Uma vez que a lei sobre privacidade (Privacy Act) não impede a coleta e o armazenamento de informações pessoais por entidades privadas, essas empresas fazem o trabalho para o governo.

O Google™, além do famoso *site* de busca, que leva o nome da empresa, também é dono do provedor de *e-mail* Gmail™, do *site* de relacionamento Orkut, do álbum virtual de fotos digitais Picasa™ e do *site* de postagem de vídeos Youtube.

Utilizando-se de moderna técnica de vigilância eletrônica denominada mineração de dados (*data mining*), com base em um complexo relacionamento de informações postadas em cada uma de suas ferramentas, o Google™ é capaz de montar um detalhado dossiê digital sobre a vida de cada um dos usuários desses aplicativos. Esses dossiês digitais são vendidos ou repassados a diversos órgãos governamentais, que são impedidos, por lei, de montar os seus próprios fichamentos. Dessa forma, é possível descobrir relações ocultas entre dados aparentemente não relacionados, tornando explícitos alguns padrões de comportamento que podem ser usados para a tomada de decisões comerciais, administrativas, econômicas ou políticas, relativamente à determinada pessoa ou a grupos de pessoas. Isso permite, por exemplo, o controle de pessoas suspeitas de participarem de grupos terroristas¹⁰².

Tais dossiês digitais também são comercializados e/ou trocados com outras entidades, como instituições financeiras, instituições de crédito ou entidades privadas. Assim, é possível que uma instituição de crédito libere ou negue um empréstimo pelo fato de as informações contidas no dossiê serem ou não favoráveis. O mesmo pode ocorrer com o pretendente a uma vaga de emprego, que,

¹⁰² Para maiores detalhes sobre a montagem desses dossiês, ver DELICHATSIOS, Stefanie Alki. SONUYI, Temitope. *Get to know Google... because they know you*. Ethics and Law on the Electronic Frontier, 6.805. Massachusetts Institute of Technology, dez., 2005. Disponível em: <<http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/student-papers/fall05-papers/google.pdf>>. Acesso em: 10/03/2009.

por causa do dossiê digital, pode vir a ser o escolhido ou o preterido, independentemente de haver se saído muito bem na entrevista.

Ainda no contexto de combate ao terrorismo e de imposição de maior controle sobre os cidadãos, um projeto de lei sobre a criação de um padrão nacional para a confecção da carteira de motorista foi apresentada ao Congresso americano, pelo representante do estado de Wisconsin, o deputado James Sensenbrenner¹⁰³. O projeto, já aprovado pelo Congresso, mas não ratificado pelo número mínimo de estados, prevê que, a partir de 2011, para embarcar em voos comerciais interestaduais, entrar em edifícios federais ou em usinas de energia nuclear, o cidadão deverá apresentar uma carteira de motorista confeccionada segundo o padrão estabelecido por lei federal. A ideia é transformar a carteira de motorista em uma verdadeira carteira de identidade para os americanos.

Há ainda outros projetos em andamento no Congresso Americano que visam a limitar os direitos civis dos cidadãos americanos, e que são uma violação ao direito à privacidade, dentre eles¹⁰⁴:

- 1) projeto *Total Information Awareness* (TIA), encomendado pelo Departamento de Defesa. Trata-se da criação de um gigantesco banco de dados, com informações sobre as finanças, a saúde, a educação, entre outras, dos cidadãos americanos. Esse banco de dados servirá como fonte de análise para destacar as pessoas que correspondam a um perfil terrorista;
- 2) programa de análise de passageiros aéreos, desenvolvido pelo FBI em conjunto com o *Transportation Security Administration* (TSA) (agência de administração em segurança de transporte). Esse programa visa a analisar os dados de passageiros de transportes aéreos para determinar quem deve ser permitido a voar, quem deve ser selecionado para uma análise extra ou quem deve ser impedido de embarcar em uma aeronave;

¹⁰³ Em um contrassenso, este deputado foi um dos fortes opositores da política de guerra ao terror desenvolvida pela Administração Bush Jr, conforme publicado em sua página pessoal <<http://sensenbrenner.house.gov/>>. Acesso em: 20/11/2009.

¹⁰⁴ SOLOVE, Daniel. *Data mining and the security-liberty debate*. University of Chicago Law Review. *GWU Law School Public Law Research*, Paper No. 278, vol. 74, p. 343, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990030>>, acesso em: 20/04/09.

- 3) projeto *Multi-state Anti-terrorism Information Exchange* (MATRIX) (Troca de informações antiterroristas entre estados). Um banco de dados compartilhado com informações pessoais de milhares de pessoas.

Não resta dúvida de que a privacidade do cidadão americano e dos estrangeiros nos Estados Unidos pós-ataques de 2001 foi bastante reduzida, em nome da segurança nacional. Em muitos casos, como no exemplo dos prisioneiros de Guantánamo, suspeitos de participarem de atos terroristas, a violação da privacidade e de outros direitos civis e políticos ultrapassa todos os limites aceitáveis, sendo considerada por nós uma total violação não só dos direitos fundamentais, mas da própria dignidade humana.

1.3.2 Evolução do Direito Fundamental à Privacidade na União Europeia

Diferentemente dos Estados Unidos, na União Europeia, as normas que regulamentam o direito comunitário, bem como as Constituições de alguns dos Estados-membros, obrigam tanto o governo como as entidades privadas a respeitarem a privacidade do cidadão.

Perante a União Europeia, o direito à proteção da privacidade e o direito à proteção de dados pessoais dos cidadãos são tratados como uma questão de direito fundamental, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁵.

Em decorrência desse nível de proteção conferido à privacidade e aos dados pessoais, o cidadão europeu possui os seguintes direitos, conforme previstos na Diretiva 95/46/CE¹⁰⁶ que constitui a legislação mais importante sobre proteção de dados na União Europeia:

- a) de ser informado, numa linguagem clara e compreensível, de que seus dados pessoais estão sendo usados por entidades públicas ou privadas;

¹⁰⁵ Cf. Arts. 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...]:

Art. 7º - Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Art. 8º - Protecção de dados pessoais: 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito; 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação; 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (CARTA..., 2000).

¹⁰⁶ Dispõe sobre a protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (PARLAMENTO..., 1995).

- b) de acesso aos dados privados;
- c) de retificar qualquer informação errada ou incompleta;
- d) de proibir o uso de seus dados privados com base em fundamentos legítimos;
- e) de não ser sujeito a uma decisão automatizada destinada a avaliar determinados aspectos de sua vida pessoal, como o desempenho no trabalho, os aspectos de sua vida financeira e de sua conduta; e
- f) de receber indenização pelos danos sofridos em razão do uso indevido de seus dados privados.

A Diretiva também estabelece que as entidades públicas e privadas ficam obrigadas a garantir que

- a) os dados privados de terceiros sejam recolhidos apenas para os fins especificados, explícitos e legítimos, sendo mantidos exatos e atualizados e apenas pelo tempo que for necessário;
- b) sejam observados os critérios legais para se tornar legítimo o uso de dados privados de terceiros, como, por exemplo, o estabelecimento de um contrato;
- c) haja confiabilidade e a segurança na manipulação dos dados privados;
- d) a notificação da Autoridade de Proteção de Dados, em caso de vazamento de informações ou qualquer outro problema em decorrência do uso indevido dos dados privados de terceiros seja feita; e
- e) na ocorrência de transferência de dados para países não pertencentes à União Europeia, estes garantam um nível de proteção adequado.

A Diretiva 95/46/CE é um ato do Parlamento Europeu e do Conselho para a Proteção do Indivíduo, que diz respeito ao processamento de dados pessoais e à livre movimentação desses dados na comunidade europeia. Cada país membro da União Europeia fica obrigado a incluir, em sua legislação interna, as normas previstas nessa diretiva. Também é prevista a criação, em cada Estado-membro, da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD), órgão responsável por assegurar a aplicação interna da Diretiva e por garantir que os direitos e a liberdade do proprietário dos dados pessoais sejam respeitados, tanto pelos demais órgãos do governo quanto por entidades privadas. Essa Diretiva aplica-se a todos os Estados-

membros da União Europeia, bem como à Islândia, ao Principado de Liechtenstein e à Noruega.

Além da Diretiva 95/46/CE, outras normas também protegem a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos europeus, como o Regulamento 45/2001/CE¹⁰⁷, a Decisão 1247/2002/CE¹⁰⁸, a Diretiva 2002/58/CE¹⁰⁹ e a Decisão-quadro 2008/977/JAI¹¹⁰.

Com o objetivo de adequar as práticas comerciais às diretivas do Parlamento, do Conselho e da Comissão europeia, concernentes à proteção da privacidade e dos dados privados, a Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (*Organization for Economic Co-operation and Development* – OECD) desenvolveu um guia para proteção da privacidade e para o fluxo transfronteiriço de dados pessoais¹¹¹. Esse guia serve como fundamento legal à proteção da privacidade em nível global.

Em novembro de 2009, ocorreu na cidade de Madri, na Espanha, a 31ª Conferência Internacional sobre Proteção de Dados e Privacidade¹¹². Desse encontro, resultou a Resolução de Madri, ou seja, nas normas internacionais sobre proteção de dados pessoais e da privacidade. Em verdade, trata-se de uma proposta conjunta para a redação dos princípios e direitos que garantam a efetiva e uniforme proteção da privacidade, em nível internacional, em relação ao processamento de dados de caráter pessoal, bem como daqueles que garantam e

¹⁰⁷ Direcionado, especificamente, às instituições privadas e aos órgãos comunitários. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/DataProt/Legislation/Reg_45-2001_PT.pdf>. Acesso em: 12/9/2009.

¹⁰⁸ Dispõe sobre as funções da Autoridade europeia para a Proteção de dados. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/DataProt/Legislation/Dec_1247_2002_PT.pdf>. Acesso em: 12/9/2009.

¹⁰⁹ Específica para as comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/DataProt/Legislation/Dir_2002_58_PT.pdf>. Acesso em: 12/9/2009.

¹¹⁰ Relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/DataProt/Legislation/Dec_2008_977_PT.pdf>. Acesso em: 12/9/2009.

¹¹¹ A OECD é uma organização internacional, que contribui para a expansão do comércio mundial, tendo como base uma ação multilateral e não discriminatória em concordância com as obrigações internacionais. Fazem parte dessa organização Áustria, Canadá, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suíça, Suécia, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos, Japão, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia, México, República Tcheca, Hungria, Polônia, Coreia do Sul e a República da Eslováquia.

¹¹² CONFERÊNCIA..., 2009.

facilitem o fluxo internacional de dados privados, necessários em um mundo globalizado¹¹³.

A preocupação da União Europeia com a privacidade pode ser percebida, com clareza, ao se analisarem, por exemplo, as Constituições de Portugal e da Espanha.

A Constituição portuguesa prevê, de forma explícita, a proibição da criação de um número único de identificação, como o número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) aqui no Brasil¹¹⁴. Por sua vez, a Constituição espanhola prevê a possibilidade de a lei restringir o uso da informática em garantia ao direito da honra e da intimidade pessoal do cidadão¹¹⁵.

Há que se comentar, nesse contexto, que as essas duas Constituições, da mesma forma que a atual Constituição brasileira, colocaram fim a regimes ditatoriais: o de Antônio Oliveira Salazar, em Portugal, e o de Francisco Franco, na Espanha. São exemplos de textos constitucionais que serviram de sustentáculo para a recuperação social, política e econômica de dois Estados arrasados pelas duas mais longas ditaduras europeias.

Em Portugal, Salazar exerceu, como ditador, o poder político entre os anos de 1932 e 1968, no período conhecido como Estado Novo (1933 – 1974). O Estado Novo pôs fim ao regime liberal português e deu início ao regime fascista, com a utilização da propaganda e da repressão, como formas de controle social; da

¹¹³ RESOLUCION..., 2009.

¹¹⁴ Cf. Constituição da República Portuguesa, de 1976. Artigo 35º: 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. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p03.aspx> . Acesso em: 10/09/2009.

¹¹⁵ Cf. Constituição Espanhola, de 1978. *Artículo 18. Derecho a La intimidad. Inviolabilidad del domicilio [...] 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.* Disponível em <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 10/09/2009.

doutrina social da Igreja Católica, como forma de doutrina política; e do corporativismo de Estado Unitário, como forma de sistema político.

O movimento denominado Revolução dos Cravos, ocorrido em 25 de abril de 1974 e efetuado pelos Militares do Movimento das Forças Armadas, com apoio popular, derrubou, pacificamente, o Estado Novo, que já perdurava por 41 anos, depondo do poder o então presidente Marcello Caetano (1968 – 1974). A Constituição Portuguesa de 1976 restabeleceu o Estado democrático de direito em Portugal.

A Constituição Espanhola de 1978 é consequência de um processo histórico denominado Transição, que pôs fim ao franquismo (1939 – 1975) e deu início à monarquia constitucional, sob o comando do rei Juan Carlos I. Essa Constituição nasce com o propósito de unificar a Espanha, arrasada pela Guerra Civil (1936 – 1939) e socialmente sufocada pela ditadura militar fascista, por intermédio da criação de um Estado social e democrático de direito, que tem, como valores superiores do seu ordenamento jurídico, a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político¹¹⁶.

1.3.2.1 Pacto neoconstitucionalista na jurisprudência da União Europeia

Antes mesmo da formação do atual bloco político-econômico europeu, os países da Europa já se organizavam internacionalmente.

Em 1949, foi instituído o Conselho da Europa, com o propósito de defender os direitos humanos e de proporcionar um desenvolvimento democrático e uma estabilidade político-social à Europa. Em 1950, o Conselho estabeleceu a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que, por sua vez, instituiu, no âmbito europeu, um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, com a criação de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Apesar de esse Tribunal Europeu dos Direitos Humanos possuir jurisdição tão somente no âmbito do Conselho da Europa, a partir do Tratado de Amsterdã (1997), que alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, os 27 Estados-membros da União Europeia (que também são membros do Conselho da Europa)

¹¹⁶ Cf. Constituição Espanhola, de 1978. Artículo 1.1. Disponível em: <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 10/09/2009.

passaram a reconhecer a jurisdição dessa Corte Europeia de Direitos Humanos, paralelamente à do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A influência do neoconstitucionalismo, nas decisões dos Tribunais da União Europeia e nas questões relacionadas à privacidade, pode ser percebida no caso *K.U. v. Finlândia*, julgado pelo Conselho Europeu, na Corte Europeia de Direitos Humanos¹¹⁷. O caso, ocorrido em 1999, é sobre a publicação de um anúncio de natureza sexual, com fotografias de K.U, com 12 anos de idade à época, em um *site* de relacionamento na *Internet*. A legislação finlandesa vigente impedia a polícia e os Tribunais de requererem ao provedor de *Internet* a identificação do responsável pelo anúncio (confidencialidade das comunicações). Em decisão unânime, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu por receber o recurso e condenar o governo da Finlândia a pagar uma indenização à criança, por violação ao art. 8º da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos¹¹⁸. Mesmo considerando que não havia lei interna sobre violação de privacidade, a Corte entendeu que o governo finlandês foi omissos e, por isso, incapaz de proteger o direito à vida privada de uma criança, ao permitir que fossem infligidas verdadeiras ameaças ao seu desenvolvimento físico e mental, em razão de tais condutas praticadas contra ela¹¹⁹.

Assim, de acordo com a corrente neoconstitucionalista, a atual posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais é estabelecida com o intuito de garantir, aos seus titulares, proteção efetiva contra as diversas formas de ataques e violações aos seus direitos mínimos e básicos como cidadão. Compete, portanto, aos direitos fundamentais proteger a dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo a ser garantido pelo ordenamento jurídico de um Estado de Direito.

¹¹⁷ Julgado em dezembro de 1998 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CORTE..., 1959).

¹¹⁸ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Art 8º - (Direito ao Respeito pela Vida Privada e Familiar): 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da 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 económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros (CONVENÇÃO..., 1950).

¹¹⁹ À época, 1999, a lei finlandesa tratava o caso como de mera calúnia, e havia impedimento à violação do sigilo das comunicações, para se descobrir a identidade da pessoa que divulgou as fotos no *site* de relacionamento. Entretanto, a Corte entendeu que, mesmo não havendo norma específica na União Europeia sobre o caso, já era previsível a possibilidade de invasão de privacidade e de abusos sexuais de menores, por meio da *Internet*. O Estado devia garantir proteção das crianças e de outras pessoas vulneráveis de tais interferências em suas vidas privadas (CORTE..., 1959).

Com isso em mente, pode-se concluir da análise feita neste capítulo que

- I. os direitos fundamentais nasceram com o processo de constitucionalização dos direitos humanos, que se iniciou a partir das constituições criadas após a Segunda Guerra;
- II. sob a ótica de um paradigma neoconstitucionalista, os direitos fundamentais são a base de todo o restante do ordenamento jurídico, pois refletem os aspectos axiológicos da Constituição do Estado;
- III. os direitos fundamentais possuem características de normas jurídicas vinculantes, inalienáveis, indisponíveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*;
- IV. os direitos fundamentais são as normas constitucionais que materializam a proteção à dignidade humana, por constituírem o arcabouço jurídico mínimo para o desenvolvimento de uma vida digna;
- V. a Constituição brasileira de 1988 faz parte do grupo de constituições responsáveis pela mudança de posição dogmática constitucional, a saber, positivista para a neoconstitucionalista;
- VI. a Constituição brasileira de 1988 foi a primeira entre as Constituições nacionais, a prever o direito à privacidade;
- VII. o direito à privacidade nos Estados Unidos limita-se a proteger o seu titular de violações praticadas pelo Estado, não produzindo efeitos nas relações privadas. Porém, tal direito foi praticamente suprimido após os atentados terroristas de 11 de setembro; e
- VIII. a questão da privacidade tanto do cidadão quanto dos dados, na União Europeia, é tratada em altíssimo nível jurídico, legislativo e administrativo.

Portanto, após toda essa discussão, é cabível expressar que a análise que se passa a realizar das normas de direito fundamental, ao longo desta dissertação, será feita levando-se em conta toda essa alteração jurídico-constitucional desenvolvida sob o ideal neoconstitucionalista.

2 ASPECTOS JURÍDICO-DOG MÁTICO-CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DA METÓDICA CONSTITUCIONAL

Neste capítulo analisar-se-ão os aspectos jurídicos constitucionais gerais dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria dos princípios de Robert Alexy e da metódica constitucional dos direitos fundamentais de José J. Gomes Canotilho. Nesse estudo, serão abordadas as seguintes questões relacionadas às normas de direito fundamentais: o desenvolvimento jurídico-dogmático, a conformação e concretização, a possibilidade de expansão da eficácia jurídica às relações privadas e a possibilidade lógica de restrições.

Conforme definido no capítulo anterior, os direitos humanos e os direitos fundamentais não se confundem. Os direitos humanos são atemporais, invioláveis, válidos para todos os seres humanos e são protegidos por tratados internacionais. Tais direitos, segundo Canotilho possuem uma “dimensão jusnaturalista-universalista”¹²⁰. Por sua vez, os direitos fundamentais correspondem à constitucionalização dos direitos humanos, ou seja, é a incorporação ou positivação dos direitos humanos na ordem jurídica constitucional de um Estado¹²¹.

Com a constitucionalização dos direitos humanos, tem-se o anseio de que esses direitos deixem de ser mera retórica política ou vãs esperanças e se tornem direitos fundamentais com características de “normas jurídicas vinculativas” e de “aplicabilidade directa”¹²².

Os direitos fundamentais, derivados que são de valores éticos e da “consciência jurídica comunitária”¹²³, expressos por meio de normas e princípios elencados pelas mãos do legislador constituinte, não se esgotam no direito natural. Direitos fundamentais servem como “limites transcendentais do poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais”¹²⁴ e, assim, comportam outras espécies de direitos, quais sejam, sociais, políticos, econômicos, trabalhistas, difusos coletivos etc.

¹²⁰ CANOTILHO, *Direito ...*, op. cit., p. 369.

¹²¹ Idem, *ibidem*.

¹²² CANOTILHO, *Direito ...*, op. cit., 1999, p. 354 e 374; MIRANDA, op. cit., p. 147.

¹²³ MIRANDA, op. cit., p. 53.

¹²⁴ Idem, *ibidem*.

2.1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme Robert Alexy, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”¹²⁵. Isso quer dizer que direitos fundamentais não se confundem com as normas de direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, conforme descrito, são aqueles

inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, [...], eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar¹²⁶.

Por sua vez, em termos gerais, normas de direitos fundamentais são aquelas “para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”¹²⁷. E essa fundamentação pode ser formal ou substancial.

Dessa maneira, a fundamentalidade formal, que está vinculada ao processo de constitucionalização dos direitos humanos, garante que as normas de direitos fundamentais sejam colocadas em posição superior no ordenamento jurídico. Assim, por serem normas constitucionais, as normas de direitos fundamentais vinculam os poderes públicos e “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”¹²⁸. Da mesma forma, as normas de direitos fundamentais são protegidas pelo processo legislativo constitucional qualificado, em caso de revisão, ao mesmo tempo em que passam “a constituir limites materiais da própria revisão”¹²⁹.

Já a fundamentação substancial ou material traz a ideia de que as normas de direitos fundamentais não se restringem apenas ao rol de normas de direitos fundamentais formalmente constituídas, mas também àquelas normas cujo conteúdo é responsável pela formação das “estruturas normativas básicas do Estado e da sociedade”¹³⁰. Com base nessa concepção, a fundamentalidade material das normas de direitos fundamentais torna possível a criação de novos direitos fundamentais indiretamente, ou seja, por intermédio de outras fontes¹³¹. Nesse sentido, a doutrina constitucionalista costuma denominar a fundamentação material

¹²⁵ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

¹²⁶ MIRANDA, op. cit., p. 10.

¹²⁷ ALEXY, op. cit., p. 76.

¹²⁸ CANOTILHO. *Direito...*, ob. cit., p. 355.

¹²⁹ Idem, ibidem.

¹³⁰ ALEXY, op. cit., p. 522.

¹³¹ Na perspectiva mais ampla da Constituição material. MIRANDA, op. cit., p. 162.

“cláusula aberta”¹³² ou “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais”¹³³, ou ainda “norma com *fattispecie* aberta”¹³⁴, uma vez que dela decorrem a “concretização e o desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional”¹³⁵.

A mais famosa cláusula aberta que depois se espalhou por várias das modernas constituições atuais é aquela incluída pela Emenda IX na Constituição dos Estados Unidos da América, que prevê que “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”¹³⁶.

Como consequência direta do processo de constitucionalização formal e material dos direitos humanos está o fato de que eles passam a ficar sob a proteção do controle jurisdicional de constitucionalidade. Outra consequência é a retirada do domínio do legislador ordinário do poder de disponibilidade sobre o rol dos direitos subjetivos públicos.

2.2 STATUS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser enquadrados, sob “um caráter puramente analítico”¹³⁷, em uma das quatro categorias, ou *status*, de acordo com a classificação proposta por Georg Jellinek¹³⁸, com as devidas críticas e adaptações realizadas pela doutrina constitucionalista contemporânea, da seguinte forma:

- I. *status* passivo ou *status subjectionis*. Nessa situação, o indivíduo encontra-se sujeito às vontades do Estado, na esfera de obrigações individuais¹³⁹. Isso significa que o indivíduo “está sujeito ao menos a um determinado dever ou a uma determinada proibição estatal”¹⁴⁰;

¹³² MIRANDA, op. cit., p. 162.

¹³³ Idem, ibidem.

¹³⁴ CANOTILHO. *Direito...*, op. cit., p. 355.

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 356.

¹³⁶ No original: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Cf. site do Congresso Americano, disponível em: <http://www.house.gov/house/Educate.shtml>. Acesso em 29/09/2009.

¹³⁷ ALEXY, op. cit., p. 273.

¹³⁸ JELLINEK *apud* ALEXY, op. cit., p. 254 ss.; JELLINEK *apud* MIRANDA, op. cit., p. 88 ss.; JELLINEK *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p.143 ss.

¹³⁹ JELLINEK *apud* ALEXY, op. cit., p. 256.

¹⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 256.

- II. *status* negativo ou de *status libertatis*, que corresponde aos direitos de liberdade individual, os quais se traduzem no livre exercício dos direitos de personalidade sem interferência do Estado. Assim definidos, os direitos fundamentais apresentam-se em sua perspectiva jurídico-subjetiva, dessa forma caracterizados pelo fato de proporcionarem a função de defesa do cidadão contra atos do poder público ou de terceiros¹⁴¹;
- III. *status* positivo ou *status civitatis*, também denominado direitos cívicos, que são aqueles que têm por objeto prestações positivas do Estado, de entidades públicas e da sociedade. Nesse sentido, destaca-se a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que, assim, representam um conjunto de valores, com fins diretivos, da ação positiva dos poderes públicos¹⁴²; e
- IV. *status* ativo ou *status activae civitatis*, que corresponde aos direitos políticos, os quais garantem a participação do cidadão na formação da vontade do Estado, ou seja, participação ativa na vida política.

Em cada uma dessas categorias, os direitos fundamentais podem ser protegidos por regras e princípios constitucionais que formam um “regime específico” ou “uma disciplina jurídico-constitucional específica”, exclusiva desses direitos¹⁴³. De forma global, fazem parte desse regime específico as seguintes garantias¹⁴⁴:

- a) aplicabilidade direta das normas que reconhecem, consagram ou garantem os direitos fundamentais;
- b) vinculação das entidades públicas e privadas;
- c) autorização constitucional expressa para a restrição de um direito fundamental;
- d) reserva de lei para a restrição dos direitos fundamentais;
- e) utilização do princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas;
- f) princípio da generalidade e abstração das leis restritivas;
- g) princípio da não retroatividade de lei restritiva;

¹⁴¹ SARLET, op. cit., p. 143.

¹⁴² Idem, ibidem.

¹⁴³ CANOTILHO. *Direito...*, op. cit., p. 411.

¹⁴⁴ Idem, ibidem.

- h) salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais; e
- i) responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas e privadas.

A aplicabilidade direta das regras e dos princípios constitucionais consagradores de direitos fundamentais está a afirmar que, em geral, tais normas regulam relações jurídicas materiais e, por isso, têm aplicabilidade imediata. Como regra, os direitos fundamentais não foram constitucionalizados apenas para figurarem como princípios para a produção de outras normas. Isso não quer dizer, porém, que todas as normas de direitos fundamentais são autoaplicáveis. Algumas dependem de regulamentação infraconstitucional ou preveem a possibilidade de que normas ordinárias contenham o seu âmbito de atuação¹⁴⁵.

Também, da aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais não se pode extrair o imediato paralelismo entre os direitos fundamentais de perspectiva subjetiva e os de perspectiva objetiva. Em uma Constituição, podem conviver pacificamente “regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais e regras e princípios meramente objetivos”¹⁴⁶.

Por vinculação das entidades públicas, entende-se que o regime constitucional específico dos direitos fundamentais estabelece que os atos das entidades públicas de todos os poderes constituídos, em todos os seus níveis, estão vinculados aos direitos fundamentais. Nesse aspecto, vale destacar o ensinamento de Canotilho, cujo entendimento é de que,

Tomando em conta todas estas dimensões, pode afirmar-se que as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*. As formas de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é «livre» dos direitos fundamentais¹⁴⁷.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, citado por Alexy¹⁴⁸, que prevê o “efeito irradiador”¹⁴⁹, no sistema jurídico, das normas de direitos fundamentais, nos seguintes termos:

¹⁴⁵Cf. classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia plena, limitada ou contida. SILVA, José Afonso, *Direito...*, op. cit., p. 178-9; SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82 ss.

¹⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 144-5.

¹⁴⁷ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 413. [Grifos do autor].

¹⁴⁸ ALEXY, op. cit., p. 524.

¹⁴⁹ Também denominada pela doutrina “efeito irradiante”, conforme PIEROTH-SCHLINK *apud* SARLET, op. cit., p. 148; BONAVIDES, op. cit., p. 532 ss.; ou “tese da irradiação”, conforme ALEXY, op. cit., p. 524 ss.

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência¹⁵⁰.

De acordo com Canotilho, essa vinculação deve acontecer sem lacunas, uma vez que “abrange todos os *âmbitos funcionais* dos sujeitos públicos e é independente da *forma jurídica* através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem suas actividades”¹⁵¹. Nessa visão, os direitos fundamentais abarcam tanto a função (perspectiva funcional) quanto os agentes e os órgãos das entidades públicas (compreensão formal organizatória).

Assim, as normas de direitos fundamentais vinculam o Poder Legislativo no sentido de proibi-lo de criar atos legislativos contrários às normas e aos princípios constitucionais, sendo que aqueles seriam, indiscutivelmente, inconstitucionais. Nessa perspectiva, as normas de direitos fundamentais agem como “normas negativas de competência”¹⁵², por estabelecerem limites ao exercício de competências do poder público legiferante. Já em uma perspectiva positiva, as normas de direitos fundamentais também vinculam o legislador, ao impor-lhe o dever de realizar os direitos nelas previstos, por meio da criação de atos normativos que garantam o exercício desses direitos.

A vinculação da Administração Pública às normas de direitos fundamentais ocorre no ato da execução das leis, pois ela só deve executar leis constitucionais e só “deve executá-las constitucionalmente”, ou seja, interpretando-as e aplicando-as conforme o que determina a Constituição. O mesmo ocorre na execução de atos discricionários e na descoberta do significado e da extensão dos conceitos indeterminados pela Administração Pública. No caso dos atos discricionários, ao se desvincular da lei, o administrador se vincula às normas de direitos fundamentais. Já no caso dos conceitos indeterminados, as normas fundamentais atuam como “medidas de valoração decisivas”, que obrigatoriamente devem ser seguidas pelo administrador¹⁵³.

Ainda quanto à vinculação imediata da Administração Pública às normas de direitos fundamentais, discute-se se compete a ela o dever de controle ou de

¹⁵⁰ ALEXI, op. cit., p. 524.

¹⁵¹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 413. [Grifos do autor].

¹⁵² HESSE *apud* CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 414.

¹⁵³ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 417-9.

rejeição das leis que, segundo o entendimento do administrador, violem princípios ou normas constitucionais. Como regra, a Administração está vinculada ao princípio da legalidade¹⁵⁴, ou seja, está subordinada à lei. Ao entender que uma lei é inconstitucional, o agente público deve representar sobre a consequência da aplicação da lei ao Poder Judiciário ou ao superior hierárquico, porém mantendo-se sob subordinação legal até uma decisão sobre a inconstitucionalidade. Entretanto, parte expressiva da doutrina entende ser possível que a Administração Pública se desvincule do princípio da legalidade e se submeta ao princípio da constitucionalidade quando estiverem em causa direitos insuscetíveis de suspensão, como o direito à vida ou à integridade pessoal¹⁵⁵.

O Poder Judiciário também se vincula às normas de direitos fundamentais quando exerce sua função primordial de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos protegidos tanto pela Constituição quanto por lei.

Porém, como órgão público, o Poder Judiciário também se vê vinculado às normas fundamentais por meio de

- a) normas do processo judicial;
- b) normas sobre a organização dos tribunais; e
- c) conteúdo dos atos jurisdicionais.

Conforme Canotilho,

os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento¹⁵⁶.

A vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais às normas de direitos fundamentais efetiva-se no momento em que delas são extraídas as “medidas de decisão material-jurisdicional”¹⁵⁷ às quais se submetem todos os tribunais. Dessa forma, as normas de direitos fundamentais são utilizadas para solucionar os seguintes problemas:

¹⁵⁴ Art. 5º, inciso II, da CR/1988.

¹⁵⁵ OTERO *apud* CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 419; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 414-9. Sobre a eficácia direta dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias, conferir MIRANDA, op. cit., p. 319.

¹⁵⁶ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 420.

¹⁵⁷ LARENZ *apud* CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 420.

- I. a incompatibilidade entre lei e normas constitucionais;
- II. a eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional em relação aos demais tribunais; e
- III. a delimitação dos poderes de cognição entre o Tribunal Superior e os demais tribunais.

Quanto à vinculação dos direitos fundamentais às entidades privadas, que também decorre do princípio da aplicabilidade direta, tem-se o problema da eficácia horizontal ou da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, que será analisado no tópico 2.4.

Quanto às garantias decorrentes da disciplina jurídico-constitucional específica de garantia dos direitos fundamentais, por tratarem de questões relacionadas à possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, serão analisadas no tópico 2.5.

2.3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As funções dos direitos fundamentais são

- a) de defesa ou de liberdade;
- b) de prestação social;
- c) de proteção perante terceiros; e
- d) de não discriminação.

2.3.1 Função de Defesa ou de Liberdade

A função de defesa ou de liberdade está relacionada com as perspectivas jurídico-objetiva (*status civitatis*) e jurídico-subjetiva (*status libertatis*) dos direitos fundamentais.

Como desdobramento da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, pode-se destacar o que anteriormente se chamou “efeito irradiante” dos direitos fundamentais. Assim, como condição de direito objetivo, os direitos fundamentais são parâmetros para a aplicação e interpretação dos direitos infraconstitucionais e, nessa acepção, impõem a obrigação de se interpretar a norma ordinária conforme os princípios e os limites deles derivados.

Por sua vez, a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais está diretamente vinculada à função de liberdade, que atribui ao seu titular uma possibilidade de cobrar judicialmente seus interesses fundamentais em face daquele que perante eles se obriga. Entretanto, a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos estão vinculadas a uma das facetas que esses direitos podem assumir: direitos de defesa e direito a prestações (direito a algo); liberdades; e competências¹⁵⁸.

Quando um direito fundamental é enunciado sob a forma “a tem, em face de b, um direito a G”¹⁵⁹ está determinando que o objeto dessa relação fundamental é sempre uma ação a ser realizada pelo destinatário. Porém, esse objeto pode ser dividido em duas espécies de ações: uma de caráter negativo e outra de caráter positivo.

Os direitos fundamentais cujos objetos são ações de caráter negativo, sendo que esses direitos se traduzem em direitos de defesa do titular do direito fundamental em face do Estado, podem ser divididos, por sua vez, em três grupos¹⁶⁰:

- I. direitos ao não embaraço de ações, isto é, que o Estado se abstenha e “não impeça ou não dificulte ações do titular desse direito”;
- II. direitos à não afetação de características e situações; e
- III. direitos à não eliminação de posições jurídicas do titular do direito.

Já os direitos fundamentais cujos objetos são ações de caráter positivo são aqueles que dão suporte ao titular que visa a uma prestação positiva por parte do Estado e se dividem em dois grupos¹⁶¹: a) o daqueles cujo objeto é uma ação fática e b) o daqueles cujo objeto é uma ação normativa.

Entende-se por ação fática a prestação material por parte do Estado ou a realização do mínimo existencial estabelecido por lei ou pelo princípio da dignidade. Já as ações normativas são aquelas que dependem de ato estatal de criação de normas.

¹⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 193.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, p. 194.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 196-201.

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 202.

2.3.2 Função de Prestação Social

A função de prestação social também apresenta uma perspectiva jurídico-objetiva vinculante e obriga o Estado a prover políticas públicas capazes de cumprir aquilo que está consagrado nas normas de direitos fundamentais sociais. Essa função é uma ordem dirigida ao Estado, determinando-lhe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais¹⁶².

2.3.3 Função de Proteção Perante Terceiros

A função de proteção perante terceiros impõe ao Estado um dever de tutela dos titulares de direitos fundamentais contra agressões provenientes de outro indivíduo. A relação jurídico-constitucional, sobre a qual o Estado é chamado a intervir, ocorre em âmbito privado.

Da função de proteção perante terceiros decorre a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e dela, a discussão sobre a necessidade de se criar normas infraconstitucionais para regular as relações privadas, com o fim de se evitar a colisão de direitos fundamentais.

A questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais será analisada no tópico 2.4.

2.3.4 Função de Não Discriminação

Por fim, mas não menos importante, tem-se a função de não discriminação, que impõe ao Estado o dever de tratar todos os cidadãos como sendo “fundamentalmente iguais”¹⁶³. Derivam dessa função as questões constitucionais relacionadas com as ações afirmativas, a correta distribuição de cotas e os direitos das minorias.

¹⁶² HESSE *apud* SARLET, op. cit., p. 147.

¹⁶³ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 385.

2.4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que se refere à eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais, ou, conforme Canotilho, “efeito externo dos direitos fundamentais”¹⁶⁴, entende-se que as normas de direitos fundamentais não abarcam apenas entidades públicas, elas também produzem efeito sobre as relações estabelecidas entre entidades privadas ou entre cidadãos. Isso quer dizer que os efeitos dos direitos fundamentais não são apenas verticais, regulando tão somente as relações cidadão-Estado; os efeitos também são horizontais e atingem as relações cidadão-cidadão¹⁶⁵.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram instrumentos de “poderes jurídicos outorgados aos indivíduos”¹⁶⁶, previstos para proteger os cidadãos, exclusivamente, das ações e dos abusos provenientes do Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais foram concebidos para “estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais”¹⁶⁷.

Porém, o Estado ou o poder público não é o único ente a violar os direitos, liberdade e garantias do cidadão. Segundo entendimento de Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, as agressões aos direitos dos cidadãos também podem ser decorrentes de atos de “poderes sociais ou privados”, como empresas, associações, escolas, clubes, condomínios, Igrejas e bancos. Esses poderes sociais refletem o que esses autores denominam “domínio dos grupos” ou poder de “representação de interesses organizados”, ou “complexos sociais de poder”, ou “corporativismo”¹⁶⁸.

Assim, ainda conforme entendimento de Nipperdey e Leisner, em todo local onde se estabelecerem relações privadas em que, de um lado, esteja presente um cidadão e, do outro, uma entidade privada que exerça poder social, essa relação terá como característica marcante a desigualdade de forças entre as partes. Por isso, toda vez que, numa relação cidadão-cidadão, existir desequilíbrio marcante de forças, há a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais para também regular e proteger os direitos, as liberdades e as garantias da parte mais fraca¹⁶⁹.

¹⁶⁴ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.206.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁶ CUNHA JR, Dirley. *Curso de Direitos Constitucional*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 612.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Limitações dos Direitos Fundamentais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

¹⁶⁸ NIPPERDEY; LEISNER *apud* CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.211.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 1.212.

Dessa forma, para o Direito Constitucional contemporâneo, já não há mais dúvidas quanto à possibilidade de extensão da aplicação dos direitos fundamentais para abarcar as lides decorrentes de relações privadas. Trata-se de uma atividade estatal voltada a garantir as condições de liberdade, igualdade e dignidade a todos os cidadãos.

Conforme entendimento de Ferreri Riba e Salvador Coderch, citados por Gilmar Mendes, “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas e nelas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”¹⁷⁰.

Resta, portanto, apenas saber como se devem interpretar os efeitos da aplicação horizontal das normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, são três as principais correntes doutrinárias que interpretam o “efeito externo dos direitos fundamentais”¹⁷¹ ou, por outra abordagem, “como e em que extensão”¹⁷² as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão-cidadão.

A questão do “como” está diretamente relacionada ao “problema da construção” das normas de direitos fundamentais, ao passo que a questão da “extensão” vincula-se ao “problema de colisão”, ou seja, trata-se de um problema substancial. Para Alexy, as duas questões são decorrentes das diferenças existentes entre a relação Estado-cidadão e a relação cidadão-cidadão. Na primeira, estabelece-se uma relação entre um não titular de direitos fundamentais e um titular. Já, na segunda, a relação ocorre entre dois titulares de direitos fundamentais¹⁷³.

O que as teorias buscam responder, portanto, é se existe possibilidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais, quando estes regulam e regem as relações entre Estado-cidadão, às relações entre cidadão-cidadão.

2.4.1 Teoria Negativa

A teoria negativa advoga a inexistência de efeitos externos dos direitos fundamentais¹⁷⁴. Para essa corrente, não há eficácia horizontal dos direitos

¹⁷⁰RIBA; CODERCH *apud* MENDES, op. cit., p. 310.

¹⁷¹CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.206.

¹⁷²ALEXY, op. cit., p. 528.

¹⁷³Idem, *ibidem*.

¹⁷⁴CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.209.

fundamentais, pois eles não vinculam as relações estabelecidas exclusivamente entre particulares (cidadão-cidadão), mas, tão somente, as relações entre particulares e o Estado (Estado-cidadão)¹⁷⁵.

Foi a partir da doutrina negativa que nos Estados Unidos se estabeleceu a *state action doctrine*, a qual defende a intangibilidade da autonomia privada, haja vista que “os direitos fundamentais são primariamente direitos de defesa contra o estado”¹⁷⁶.

Essa doutrina garante ao cidadão americano, por intermédio dos seus representantes estaduais e federais eleitos, o poder de determinar se (e em qual extensão) os indivíduos e as organizações privadas têm o dever de respeitar as normas constitucionais. Dessa forma, compete à própria população decidir se (e em que medida) os direitos e princípios fundamentais, principalmente os que pregam o direito de justiça, de tolerância e de igualdade, devem reger os atos dos cidadãos e das entidades privadas.

Nos Estados Unidos, a exceção à *state action doctrine* fica por conta do exercício de funções públicas pelas entidades privadas, criação jurisprudencial denominada *public function doctrine*. Enquanto exercem funções públicas, o cidadão e as entidades privadas ficam vinculados às normas de direito fundamentais. É de se notar que, nesses casos, não há que se falar em eficácia horizontal ou externa dos direitos fundamentais, pois a relação que se estabelece não é da forma cidadão-cidadão, mas Estado-cidadão, configurando, assim, uma eficácia vertical.

Para a teoria negativa, “os efeitos dos direitos fundamentais na relação cidadão-cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos”¹⁷⁷. Dessa forma, a teoria negativa defende a existência de “efeitos mediados por direitos em face do Estado”¹⁷⁸.

Esse, em verdade, é o pensamento de Jürgen Schwabe, um dos defensores da teoria negativa, que assim entende:

O Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão. Essas violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas como intervenções estatais. Assim, para a solução do problema dos efeitos perante terceiros

¹⁷⁵ CUNHA JR, op. cit., p. 612.

¹⁷⁶ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.206.

¹⁷⁷ ALEXY, op. cit., p. 530.

¹⁷⁸ Idem, ibidem.

seria suficiente a concepção dos direitos fundamentais como direitos do status negativo dirigidos contra o Estado¹⁷⁹.

Entretanto, discordando dessa posição extremada de Schwabe, Alexy acrescenta que, em relação aos efeitos perante terceiros, a teoria negativa também pode ser construída com base em “direitos do status positivo que tenham como objeto uma proteção constitucional necessária no âmbito das relações entre cidadãos”¹⁸⁰.

2.4.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, defendida por Günter Dürig e pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, prevê a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas mediante atuação do legislador infraconstitucional, a quem compete conformar ou ajustar tais relações segundo as normas de direitos fundamentais¹⁸¹.

Segundo Dürig, “as posições jurídico-subjetivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão”¹⁸². Porém, como “princípios objetivos” ou “decisões axiológicas”, os direitos fundamentais possuem força conformadora sobre as normas de direito civil quando são utilizadas na interpretação e na concretização de cláusulas gerais do direito privado¹⁸³.

Para essa teoria, apesar de influência indireta das normas de direitos fundamentais, “as normas do direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado”¹⁸⁴.

Uadi Lammêgo Bulos faz uma subdivisão dessa teoria, separando os direitos fundamentais entre aqueles que possuem eficácia “indireta ou mediata positiva das liberdades públicas” e aqueles que possuem “eficácia indireta ou mediata negativa”.

¹⁷⁹ SCHWABE *apud* ALEXY, op. cit., p. 530-531.

¹⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 531.

¹⁸¹ DÜRIG *apud* ALEXY, op. cit., p. 529; DÜRIG *apud* CANOTINHO, *Direito...*, p. 1.207; DÜRIG *apud* CUNHA JR, op. cit., p. 613.

¹⁸² DÜRIG *apud* ALEXY, op. cit., p. 529.

¹⁸³ DÜRIG *apud* CUNHA JR, op. cit., p. 613.

¹⁸⁴ ALEXY, op. cit., p. 529.

Os primeiros fazem parte do grupo que depende de lei para se tornarem efetivos, ao passo que os demais pertencem ao grupo de direitos fundamentais, “que não podem ser obstaculizados pela lei”¹⁸⁵.

2.4.3 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata

Conforme Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, nos mesmos moldes da teoria da eficácia indireta, a teoria da eficácia direta ou imediata defende que “os direitos fundamentais, em sentido clássico e estrito, como direitos públicos subjetivos, dirigem-se somente contra o Estado”¹⁸⁶. O que consagra essa teoria é a “congruência ou conformidade normativa jurídico-objetiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil”¹⁸⁷. Dessa forma, os direitos fundamentais têm o poder de influenciar o direito privado por possuírem características de direito objetivo e vinculante.

Diferentemente da teoria da eficácia indireta ou mediata, a teoria da eficácia direta ou imediata prevê a possibilidade de os direitos fundamentais criarem direitos subjetivos privados que possam ser usados diretamente pelos indivíduos nas relações cidadão-cidadão. Por isso, “os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto”¹⁸⁸, pois independem de “prévia atividade legislativa”¹⁸⁹.

Ao permitir a fluência de direitos subjetivos privados diretamente dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia direta ou imediata possibilita a vinculação tanto do Estado quanto dos particulares às normas constitucionais de direitos fundamentais.

Apesar de não ser a teoria adotada na Alemanha, país de origem dos seus principais defensores, essa teoria é a mais aceita pelos países ocidentais, entre eles Espanha, Itália, Portugal, Argentina e Brasil¹⁹⁰, nesse último caso, conforme decisão do STF, a seguir, parcialmente transcrita:

RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

¹⁸⁵ BULOS, op. cit., p. 238.

¹⁸⁶ NIPPERDEY *apud* ALEXY, op. cit., p. 530.

¹⁸⁷ LEISNER *apud* CANOTINHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.207.

¹⁸⁸ NIPPERDEY *apud* ALEXY, op. cit., p. 530.

¹⁸⁹ CUNHA JR, op. cit., p. 613.

¹⁹⁰ *Idem*, *ibidem*.

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 11/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados...¹⁹¹.

Exemplo da aplicabilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser retirado do uso das tecnologias da informação para o monitoramento dos empregados pelo empregador, principalmente quanto ao uso da *Internet* e da correspondência eletrônica durante o horário de trabalho.

Como parte do escopo do poder diretivo, é permitido ao empregador controlar e fiscalizar as atividades dos seus empregados. Entretanto, essa atividade fiscalizatória deve ser realizada nos limites impostos pela Constituição e pelas normas trabalhistas. Questão polêmica, nesse âmbito, diz respeito à possibilidade de fiscalização do uso da *Internet* e dos *e-mails* recebidos e enviados pelo trabalhador, durante o período laboral, através de computadores fornecidos pelo empregador.

Alexandre Agra Belmonte conclui pela impossibilidade de violação de *e-mail* particular do empregado, em respeito ao direito à privacidade e ao sigilo de correspondência. Já no caso de *e-mail* corporativo, alega ser possível e conveniente a prévia definição, particular ou coletivamente, das normas que definem o uso dessa ferramenta para fins particulares, independentemente da permissão expressa da possibilidade de o empregado ter seu *e-mail* corporativo formal e materialmente monitorado¹⁹².

Entende-se por monitoramento formal o controle generalizado e impessoal do tráfego de informações realizadas pelo empregado, ou seja, do horário; do número

¹⁹¹ O voto vista do Min. Gilmar Mendes, uma verdadeira aula sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e que serviu como voto paradigma para os demais ministros, pode ser lido no Informativo n. 405 do STF, de 19/10/2005.

¹⁹² BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Livraria RT, 2004, p. 119.

de mensagens não institucionais enviadas e recebidas; dos endereços das correspondências; dos *sítes* visitados. Já o monitoramento material diz respeito ao acesso ao conteúdo dos *e-mails* enviados e recebidos pelo empregado durante o horário de trabalho.

Diferentemente do que conclui Alexandre Agra Belmonte, para quem há possibilidade de monitoramento material da correspondência eletrônica do empregado, se assim ficar estabelecido em norma coletiva de trabalho¹⁹³, entende-se ser possível apenas o monitoramento formal, e, em havendo violação do *e-mail* corporativo do empregado, urge a aplicação da eficácia direta do princípio da privacidade na relação trabalhista.

Quanto à possibilidade da inclusão de cláusula de invasão de privacidade no contrato de trabalho, entende-se ser esta impossível, mesmo quando decorrente de negociação coletiva. A cláusula de invasão de privacidade permite ao empregador devassar os telefonemas e as correspondências (inclusive através de *e-mail*), com a devida anuência e ciência do empregado. Porém, mesmo que essa cláusula seja incluída por meio de negociação coletiva, ela é inconstitucional, pois não cabe ao sindicato abrir mão da privacidade dos empregados os quais representa. A privacidade é um direito fundamental e como tal é irrenunciável. Além disso, conforme previsto pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal, é inviolável o sigilo das correspondências, não cabendo sua devassa nem mesmo por autorização judicial.

Conforme será detalhado nos tópicos 3.1.9 e 3.1.10 do capítulo 3, não se aceita a tese de que a autonomia da vontade existente nas relações privadas, inclusive nas trabalhistas, tenha o condão de restringir princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais. É justamente o inverso o que deve prevalecer em um Estado de Direito, cuja Constituição prevê, como seu princípio maior, a dignidade da pessoa humana¹⁹⁴. Portanto, é inaceitável a prevalência do interesse econômico sobre a privacidade do indivíduo.

Esse também é o entendimento da OIT, conforme se extrai do item 5.13 do Código de Conduta relativo à Proteção dos Dados Privados dos Trabalhadores, uma recomendação para elaboração de normas destinadas a proibir a invasão da

¹⁹³ BELMONTE, op. cit., p 119.

¹⁹⁴ Art. 1º, III, CR/1988.

privacidade nas relações de trabalho, que prevê que “os trabalhadores não podem renunciar aos seus direitos à privacidade”¹⁹⁵.

2.4.4 Novas Tendências

Além das três teorias já apresentadas, há doutrinadores que defendem a ideia da construção de novas soluções para o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, desassociadas da dicotomia da eficácia mediata ou da eficácia imediata dos direitos fundamentais¹⁹⁶.

Nessa perspectiva, Canotilho entende que, pelo fato de os direitos fundamentais possuírem um amplo leque de funções, isso permite que a questão da eficácia horizontal possa ser trabalhada dentro desse âmbito de proteção, com base no caso concreto. Dessa forma, para cada caso em particular, abre-se a possibilidade de se atingirem soluções adequadas e diferenciadas. São exatamente essas “soluções diferenciadas” que garantem a manutenção da “autonomia individual” nas relações cidadão-cidadão, quando inexistente a desigualdade entre as partes¹⁹⁷.

Paulo Gustavo G. Branco, por sua vez, também prevê a possibilidade de “ponderação” entre os direitos individuais envolvidos, “com vistas a alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto (concordância prática)”¹⁹⁸. Para o doutrinador,

Definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade. Há de se efetuar essa ponderação à vista de casos concretos, reais ou ideados¹⁹⁹.

Robert Alexy contesta a ideia de que uma das três teorias apresentadas como solução para a questão da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros tem de ser a correta em relação às demais. Para o doutrinador, a solução adequada e completa compreende três níveis de proteção, sendo que cada nível é composto por

¹⁹⁵ Do original em inglês: *Protection of Workers' Personal Data. General Principles. 5.13. "Workers may not waive their privacy rights". An ILO code of practice, Genova, International Labour Office, 1997.* Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf>>. Acesso em: 23/6/2010.

¹⁹⁶ Cf. as “soluções diferenciadas”, CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1208; cf. o “princípio da concordância prática”, BRANCO, op. cit., p. 319; cf. o “modelo em três níveis”, ALEXY, op. cit., p. 185; cf. “harmonização de interesses”, BULOS, op. cit., p. 239.

¹⁹⁷ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.208.

¹⁹⁸ BRANCO, op. cit., p. 312.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 313.

uma das teorias. Não existe entre os níveis uma relação de grau ou de importância. A relação existente é de mútua implicação²⁰⁰.

Portanto, segundo as novas tendências, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas será obtida com a adequação dos direitos em colisão, com suporte nas peculiaridades de cada caso concreto, de forma a garantir a realização dos valores constitucionais e, ao mesmo tempo, a autonomia da vontade dos particulares.

2.5 RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Parece óbvia a possibilidade de se restringirem direitos, mesmo em se tratando de direitos fundamentais.

De acordo com a teoria tradicional da eficácia dos direitos fundamentais, proposta, entre outros, por José Afonso da Silva²⁰¹, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada. Essa classificação divide as normas constitucionais, segundo sua eficácia, de duas formas:

- I. entre as normas que não podem ser restringidas e aquelas que podem sofrer restrições (normas de eficácia plena x normas de eficácia contida); e
- II. entre as normas que não dependem de regulamentação e aquelas que necessitam de complemento infraconstitucional (normas de eficácia plena x normas de eficácia limitada).

Assim, de acordo com a classificação proposta por José Afonso da Silva²⁰², as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada são insuscetíveis de restrições. A diferença entre elas está no fato de que as normas de eficácia plena também não dependem de regulamentação, ao passo que as de eficácia limitada necessitam de “intervenção estadual para iniciar a sua produção de efeitos.”²⁰³. Somente as normas constitucionais de eficácia contida são as que podem sofrer restrições. Essa classificação abrange inclusive as normas garantidoras de direitos fundamentais.

²⁰⁰ ALEXY, op. cit., p. 533.

²⁰¹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 82.

²⁰² SILVA, José Afonso, *Direito...*, op. cit., p. 178.

²⁰³ SILVA, Virgílio Afonso. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*. In: Revista de Direitos do Estado, nº 4 outubro/dezembro 2006. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006, p. 47.

Porém, o modelo tradicional de classificação da eficácia das normas constitucionais é incompatível com a teoria dos princípios proposta por Alexy²⁰⁴ e compartilhada por Canotilho²⁰⁵. Esses doutrinadores apresentam uma teoria sobre a eficácia das normas constitucionais, tendo em foco os seguintes aspectos dogmático-constitucionais:

- a) a diferença entre direitos definitivos e direitos *prima facie*²⁰⁶;
- b) a definição do conceito de princípios constitucionais como mandamentos de otimização²⁰⁷;
- c) a definição do conceito de suporte fático²⁰⁸ e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais²⁰⁹,
- d) a definição da restrição aos direitos fundamentais²¹⁰; e
- e) garantia do conteúdo essencial do direito fundamental restringido.

Assim, o problema, em se tratando de restrições de direitos fundamentais, está “na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições”²¹¹.

2.5.1 Diferença entre os Direitos Definitivos e Direitos *Prima Facie*

O que diferencia as regras dos princípios, de acordo com a teoria dos princípios proposta por Alexy²¹², é a estrutura dos direitos garantidos por cada uma dessas espécies de normas jurídicas. Ao passo que as regras garantem direitos definitivos ou impõem deveres também definitivos, os princípios, por sua vez, garantem direitos *prima facie* ou impõem deveres também dessa espécie.

Dessa forma, se o que garante um direito é uma regra, “esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto.”²¹³. Em outros termos, as regras “são normas que, verificado determinados

²⁰⁴ ALEXY, op. cit. p. 116 ss.

²⁰⁵ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit. p. 1. 175 ss.

²⁰⁶ ALEXY, op. cit. p. 103 ss.; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.175 ss.

²⁰⁷ Idem, ibidem, p. 90-1; Idem, ibidem, p. 1.117.

²⁰⁸ Idem, ibidem, p. 301.

²⁰⁹ Idem, ibidem, p. 302; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.184.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 332 ss.; ²¹⁰ Idem, ibidem, p. 1.195 ss..

²¹¹ Idem, ibidem, p. 276.

²¹² Idem, ibidem, p. 85 ss.

²¹³ SILVA, Virgilio, op. cit., p. 27.

pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo).”²¹⁴. Ou ainda, conforme Alexy:

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações*, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível²¹⁵.

Por sua vez, sendo o direito garantido por um princípio, “há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”²¹⁶. Ou seja, ao ser garantido por um princípio, o direito pode ser realizado apenas parcialmente. Isso ocorre porque os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”²¹⁷. Quando um direito é garantido por um princípio, entende-se que a norma jurídica não tem força para proibir ou exigir ou permitir a realização do direito “em termos de ‘tudo ou nada’”²¹⁸.

Princípios garantem *prima facie*, ou inicialmente, direitos em uma determinada amplitude, ou seja, porém a depender das possibilidades fáticas ou jurídicas do caso concreto, aquilo que era garantido inicialmente pode ser alterado ou otimizado para se transformar na garantia definitiva. Daí o entendimento de que princípios são normas jurídicas com características de mandamentos de otimização²¹⁹.

2.5.2 Princípios Constitucionais como Mandamentos de Otimização

Conforme definidos, princípios são normas jurídicas que expressam mandamentos de otimização, uma vez que asseguram a realização do direito por eles protegidos, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Assim, deve-se ter em mente que os princípios constitucionais “impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’ fática ou jurídica”²²⁰. Ou seja, o direito garantido por um princípio pode ser realizado em diversos graus, a depender das características do caso concreto.

²¹⁴ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.177.

²¹⁵ ALEXY, op. cit., p. 91. [Grifos do autor].

²¹⁶ SILVA, Virgílio, op. cit., p. 27.

²¹⁷ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.177.

²¹⁸ Idem, *ibidem*.

²¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 90; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.177; SILVA, Virgílio, op. cit., p. 27.

²²⁰ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.177.

Busca-se *prima facie*, ou inicialmente, a realização máxima do direito, que só ocorrerá se as condições fáticas e jurídicas permitirem²²¹.

A dificuldade em se realizar por completo um direito garantido por um princípio está no fato de o princípio garantidor inevitavelmente colidir com outros princípios constitucionais garantidores de outros direitos. Do resultado da colisão ocorrem, então, a otimização e a definição das condições jurídicas possíveis para a realização do direito. O direito que é realizado, porém a depender das condições jurídicas e fáticas, pode sê-lo apenas parcialmente²²².

A solução, quando da ocorrência de colisão entre princípios constitucionais, se dá pelo “sopesamento”²²³, isto é, pela definição de qual dos interesses conflitantes tem maior peso no caso concreto. O de maior peso deve prevalecer, mas não pode excluir por completo a realização do direito de peso inferior.

Em se tratando de conflito de regras, não há que se falar em sopesamento, mas em subsunção, ou seja, na possibilidade de adequação total daquilo que é previsto pela norma ao caso concreto. Em não havendo completa e justa adequação, a regra não pode ser aplicada ao caso.

2.5.3 Definição do Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais

Suporte fático são as condições declaradas pela norma jurídica como necessárias e suficientes para a produção das consequências jurídicas por ela previstas²²⁴.

Esse conceito é mais bem compreendido por aqueles que lidam com o direito penal (fato típico²²⁵) ou com o direito tributário (fato gerador ou fato imputável e hipótese de incidência²²⁶). No âmbito do direito constitucional e, mais especificadamente, no âmbito dos direitos fundamentais, o conceito de suporte fático não é tão intuitivo.

²²¹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.177.

²²² ALEXY, op. cit., p. 95.

²²³ Idem, *ibidem*.

²²⁴ ALEXY, , op. cit., p. 307; SILVA, Virgilio, op. cit. p. 29.

²²⁵ Entre outros, JESUS, Damásio E. *Direito Penal: Parte Geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol. 1, p. 225; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. Vol I, p. 87.

²²⁶ Por todos, cf. MACHADO, , Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137-9.

Para o Direito Penal, uma norma incriminadora, por exemplo, o tipo penal do art. 121 do Código Penal brasileiro²²⁷, prevê, como consequência jurídica para aquele que praticar a conduta de “matar alguém”, a pena de “6 a 20 anos de reclusão”. Assim, em não ocorrendo algumas das excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, a condição necessária e suficiente (suporte fático), prevista pelo tipo penal do artigo 121, é a realização da conduta proibida de retirar a vida de outrem. Realizado o suporte fático, nasce para o Estado o direito de realizar a consequência jurídica prevista: no caso, aplicar a pena de reclusão de 6 a 20 anos ao homicida.

Já no contexto dos direitos fundamentais, o conceito de suporte fático compreende o “âmbito de proteção”²²⁸ e a “intervenção”²²⁹ ou a “cláusula de restrição”²³⁰ da norma constitucional.

Por âmbito de proteção ou âmbito normativo de uma norma de direito fundamental entende-se o escopo de proteção ou o limite máximo de garantia oferecido pela norma constitucional, ou seja, são todos os atos, os comportamentos, as ações, os estados e as posições jurídicas protegidas pela norma ou, ainda, são todas “as realidades da vida’ que as normas consagradoras de direitos captam como ‘objeto de proteção’”²³¹.

Porém, o estabelecimento do âmbito de proteção, da restrição ou intervenção a uma norma de direito fundamental e, até mesmo, de sua eficácia depende da amplitude do suporte fático.

As teorias que defendem a adoção de um suporte fático restrito²³² para as normas de direito fundamental preveem a “não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”²³³. Nesses termos, o que ocorre é a exclusão prévia de algumas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais.

²²⁷ Decreto-lei n. 2.848 de 1940.

²²⁸ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.184; MENDES, op. cit., p. 330; SILVA, Virgílio, op. cit., p. 29.

²²⁹ SILVA, Virgílio, op. cit., p. 29.

²³⁰ ALEXY, op. cit., p. 308.

²³¹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.184. [Grifos do autor].

²³² Cf. teoria do alcance material, proposta por MÜLLER *apud* ALEXY, op. cit., p. 309 ss. E cf. a teoria de restrição do suporte fático em virtude de leis gerais, proposta por STARCK *apud* ALEXY, op. cit., p. 317 ss.

²³³ SILVA, Virgílio, op. cit., p. 32.

Nesse sentido, “não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e nem em sopesamento de princípios”²³⁴, haja vista que:

- I. ao se fazer uma prévia retirada de determinadas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção de um direito fundamental não há mais o que se restringir; e
- II. em apresentando o direito fundamental com a roupagem de princípio, ele não entrará em colisão com outros princípios constitucionais, pois aquilo que poderia colidir com interesses protegidos por outros princípios já foi retirado do seu âmbito de proteção.

Como consequência da adoção do suporte fático restrito para as normas de direito fundamental, aquilo que foi previamente excluído do âmbito de proteção da norma de direito fundamental (ação ou estado, ou posição), passa a ser controlado por leis ordinárias, segundo a conveniência ou oportunidade do legislador, ou do Administrador Público, independentemente de previsão constitucional.

A teoria do suporte fático restrito advoga, em resumo, a “não-proteção de algumas ações pelas normas [de direito fundamentais] que, aparentemente, deveriam protegê-las”²³⁵. Definindo-se o suporte restrito, está-se, automaticamente, definindo aquilo que é protegido pela norma de direito fundamental.

Os defensores da teoria do suporte amplo²³⁶, por sua vez, rejeitam a possibilidade de exclusão prévia, do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de determinadas condutas ou situações. A construção do suporte amplo não depende tão somente da definição daquilo que é, e daquilo que não é, protegido pela norma fundamental. A teoria do suporte amplo prevê que as normas de direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção *prima facie* totalmente aberto. Somente mediante o sopesamento, no caso concreto, é que ocorre a definição do âmbito de proteção definitivo.

Para essa teoria, “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é

²³⁴ SILVA, Virgílio, op. cit., p. 33.

²³⁵ Idem, ibidem, p. 34. [Inserção nossa].

²³⁶ ALEXYS, op. cit., p. 321; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.184; MENDES, op. cit. p., 223 ss.; MIRANDA, op. cit., p. 296; SILVA, Virgílio, op. cit. p. 34.

considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes.”²³⁷.

A teoria do suporte fático amplo não advoga a existência de direitos fundamentais absolutos. O que se propõe é a existência de um âmbito de proteção inicial o mais extenso e aberto possível (proteção *prima facie*)²³⁸, o qual será restringido posteriormente por outras normas de direito fundamental ou por leis devidamente autorizadas pela Constituição (intervenção estatal fundamentada)²³⁹.

São as restrições que definem as condições jurídicas e fáticas possíveis para a realização do direito²⁴⁰.

2.5.4 Restrições da Norma de Direito Fundamental

Ocorrerá restrição de uma norma garantidora de um direito fundamental toda vez que seu âmbito de proteção for direta ou indiretamente limitado, em regra, mediante lei. Restrições de direitos fundamentais “limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.”²⁴¹.

Quando se discute restrição de direitos fundamentais, não há dúvidas quanto à existência de um direito e de uma limitação. A dúvida existe, entretanto, em saber se há ou não relação lógica e jurídica entre essas entidades.

Para a teoria interna²⁴², o direito e as suas restrições não são entidades separadas e distintas. O que existe é o direito com seu conteúdo determinado. Não há que se falar em restrições de direitos, mas em limites do seu conteúdo. O que define os limites do conteúdo de um direito não são as influências de aspectos externos, “sobretudo por colisões com outros direitos”²⁴³. Os limites de cada direito são definidos internamente, ou seja, esse processo é algo interno a cada direito. Por isso, quando se fala em restrições, ao invés de esta terminologia ser compreendida

²³⁷ ALEXY, op. cit., p. 322.

²³⁸ ALEXY, op. cit., p. 329; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.185.

²³⁹ SILVA, Virgílio, op. cit. p. 35.

²⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 95.

²⁴¹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.196.

²⁴² SIEBERT *apud* ALEXY, op. cit., p. 277; LARENZ *apud* ALEXY, op. cit., p. 277.

²⁴³ BOROWSKI *apud* SILVA, Virgílio, op. cit., p. 37.

como limites, no âmbito da teoria interna, deve ser entendida como “restrições imanentes”²⁴⁴, ou seja, limitações intrínsecas ao direito.

Em relação à estrutura normativa, ao defender que o conteúdo dos direitos deve ser estabelecido ao se definir o direito em si, a teoria interna advoga que os direitos devem ser garantidos sempre por meio de regras e não de princípios. Nesse sentido, Jan-R Sieckmann²⁴⁵ entende que a norma jurídica, no sentido estabelecido pela teoria interna, possui “validade estrita” e, assim, ela será “aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita”²⁴⁶. Assim, ao possuir validade estrita, a norma será aplicada de acordo com o “raciocínio ‘tudo ou nada’ e não pode ser objeto de sopesamentos”²⁴⁷.

No âmbito dos direitos fundamentais, a teoria interna estabelece que a garantia apresentada por uma norma de direito fundamental tem de ser definitiva e não *prima facie*. Nesse sentido, “ou há direito subjetivo ou não há”²⁴⁸. Em existindo esse direito, ele pode ser exercido dentro de seus limites. Essa é também a visão daqueles que defendem a concepção de um suporte fático aos direitos fundamentais restrito, conforme analisado.

Já para a teoria externa²⁴⁹, não há relação necessária entre o direito e as suas restrições, haja vista que, em um primeiro momento, existe um direito sem restrição, ou o “direito em si”²⁵⁰, e, em um segundo momento, o “direito restringido”²⁵¹, que é obtido após a ocorrência da restrição. Para essa teoria, em regra, o que se apresenta como direito é, tão somente, o direito restringido. A relação externa ao direito em si só é estabelecida quando da exigência de se conciliarem direitos conflitantes.

A teoria externa coaduna-se com a ideia de que direitos fundamentais têm de ser garantidos por princípios e não por normas. Isso é previsto por aqueles que defendem um suporte fático aos direitos fundamentais amplo, conforme explicado no item anterior.

²⁴⁴ ALEXY, op. cit., p. 278.

²⁴⁵ SIECKMANN *apud* SILVA, Virgiolo, op. cit., p. 37.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*.

²⁴⁷ Idem, *ibidem*.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 38.

²⁴⁹ SIEBERT, Wolfgang *apud* ALEXY, op. cit., p. 277.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*.

²⁵¹ Idem, *ibidem*.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, ao considerar que,

Somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não tem influência no conteúdo do direito, podendo apenas no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*²⁵².

Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva,

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria idéia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade da existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Ai reside a distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe²⁵³.

Ante a essa colocação, percebe-se que Virgílio Afonso da Silva considera que a teoria externa é aquela que mais se adequa à teoria dos princípios de Alexy²⁵⁴.

Entretanto, não há como precisar qual das duas teorias (se a interna ou a externa) deve prevalecer, pois, como bem apresentado por Alexy, entre as duas teorias existe muito mais do que questões teóricas ou conceituais. Assim, a teoria externa deverá prevalecer quando o que se defende é uma visão individualista do Estado e da sociedade. Por outro lado, a teoria interna deverá prevalecer naqueles casos em que o que se defende é “o papel de membro ou participante de uma comunidade”²⁵⁵.

Estabelecidas as diferenças entre a teoria interna e a teoria externa, faz-se necessário estabelecer a diferença entre normas restritivas e normas conformadoras, para, em seguida, definir quais os tipos de restrições de direitos fundamentais são permitidos.

Normas restritivas são aquelas que diminuem, limitam ou restringem posições que se incluem, *prima facie*, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais²⁵⁶.

Por sua vez, normas conformadoras são aquelas que garantem o exercício de direitos fundamentais. A elas compete o papel de completar, explicitar, esclarecer,

²⁵² SILVA, Virgilio, op. cit, p. 39.

²⁵³ Idem, ibidem, p. 39-40.

²⁵⁴ ALEXY, op. cit., p. 85.

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 278.

²⁵⁶ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.185.

evitar abusos e de solucionar conflitos²⁵⁷. Essas normas conformadoras visam a “densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais.”²⁵⁸.

Não cabe ao legislador utilizar-se de normas conformadoras para querer restringir direitos fundamentais. Ao criar normas conformadoras, o legislador deve deixar “imperturbado o ‘âmbito de proteção’”²⁵⁹ dos direitos fundamentais. Sendo desnecessária a intervenção legislativa, a criação de normas conformadoras pelo legislador é um ato equivocados.

Para que uma norma tenha conteúdo de restrição de direitos fundamentais, é necessário que ela seja compatível com a Constituição²⁶⁰. Com base nessa confirmação, torna-se possível identificar os tipos de restrições passíveis de serem aplicadas às normas conformadoras de direitos fundamentais:

- a) restrições diretamente constitucionais²⁶¹ ou restrições imediatas²⁶²;
- b) restrições indiretamente constitucionais²⁶³ ou restrições estabelecidas por lei²⁶⁴; e
- c) limites imanentes ou limites constitucionais não escritos²⁶⁵.

São restrições diretamente constitucionais ou restrições imediatas aquelas de hierarquia constitucional, ou seja, aquelas diretamente estabelecidas pelas normas de direitos fundamentais.

Elencam-se como exemplos dessas restrições, na Constituição Federal brasileira de 1988, a norma “é livre a locomoção no território nacional *em tempos de paz...*”²⁶⁶ e a norma “todos podem reunir-se *pacificamente, e sem armas...*”²⁶⁷. É notório que nesses dois incisos a norma constitucional protege determinados direitos (direito de ir e vir; direito de reunião, respectivamente), porém, a própria norma impõe, imediatamente, restrições desses direitos (não há livre direito de ir e vir em tempo de conflitos; não se permite reunião armada).

²⁵⁷ LERCHE *apud* ALEXY, op. cit., op. p. 286.

²⁵⁸ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.185.

²⁵⁹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.186. [Grifo do autor].

²⁶⁰ ALEXY, op. cit., p. 281.

²⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 286.

²⁶² CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.197.

²⁶³ ALEXY, op. cit., p. 291.

²⁶⁴ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.197.

²⁶⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶⁶ Art. 5º, inciso XV, da CR/1988. [Grifo nosso].

²⁶⁷ Art. 5º, inciso XVI, da CR/1988. [Grifo nosso].

Também são normas que impõem restrições e que são extraídas diretamente do texto constitucional as que preveem os regimes de exceção de estado de defesa²⁶⁸ e de estado de sítio²⁶⁹, quando se estabelece a possibilidade, por exemplo, de restrições do direito de reunião, do sigilo de correspondência e da comunicação telefônica, bem como da liberdade de locomoção.

As restrições indiretamente constitucionais ou restrições estabelecidas por lei são aquelas impostas por normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais, denominadas “cláusulas de reserva”. Assim, as cláusulas de reserva são normas constitucionais (ou parte delas) que expressamente atribuem poderes ao legislador para estabelecer limitações a direitos fundamentais, por meio indiretamente constitucional (leis infraconstitucionais)²⁷⁰.

As cláusulas de reserva podem ser simples ou qualificadas.

São simples as cláusulas de reserva que garantem restrições, porém sem impor limites ao legislador infraconstitucional, que deve respeitar, entretanto, o conteúdo essencial do direito fundamental atingido pelas restrições²⁷¹.

Já as cláusulas de reserva qualificadas impõem expressamente limitação ao conteúdo da restrição. Um exemplo dessa forma de reserva qualificada é a violação das comunicações telefônicas, que só pode acontecer “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”²⁷².

Entretanto, compete ao legislador infraconstitucional decidir se, diante de uma cláusula de reserva constitucional simples ou qualificada, quer ou não impor limitações a um direito fundamental, e, em caso afirmativo, em que grau deve fazê-lo. Isso ocorre porque nem sempre as restrições são de caráter obrigatório²⁷³.

A questão que fica em aberto, no caso das cláusulas de restrições, diz respeito à possibilidade de o legislador estabelecer restrições além daquilo que é constitucionalmente previsto. Ou seja, se, diante de um caso concreto, havendo necessidade de sopesamento de princípios fundamentais, o legislador está autorizado a criar restrições aos direitos fundamentais, mesmo que não haja previsão constitucional, direta ou indireta. Essa questão recebe o nome de “real

²⁶⁸ Art. 136, § 1º, “a” – “c”, da CR/1988.

²⁶⁹ Art. 139 da CR/1988.

²⁷⁰ ALEXY, op. cit., p. 289.

²⁷¹ Ver como exemplo o art. 5º, XIII e XV, CR/1988.

²⁷² Cf. art. 5º, XII, da CR/1988. [Grifo nosso].

²⁷³ ALEXY, op. cit., p. 293-4.

restrição à liberdade”, segundo Otto Bachof²⁷⁴. Alexy refuta essa ideia, nos seguintes termos: “É inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes.”²⁷⁵.

Quanto aos limites imanentes ou limites constitucionais não escritos, Canotilho, apesar de considerar essa possibilidade muito problemática, admite-a, mediante uma interpretação sistemática da Constituição, como forma de salvaguardar outros direitos ou bens também protegidos pela Norma Maior²⁷⁶.

2.5.5 Garantia do Conteúdo Essencial do Direito Fundamental

A questão que ora se apresenta está relacionada com a possibilidade da existência de princípios fundamentais que não admitem, em hipótese alguma, restrições em seu âmbito de proteção. Ou seja, ao garantir a restrição “à sua própria restrição e restringibilidade”²⁷⁷, um princípio de direito fundamental garante a eficácia do seu âmbito de proteção, no caso de colisão entre outros princípios fundamentais, de forma absoluta ou relativa?

Para aqueles que defendem a teoria relativa²⁷⁸, somente após o sopesamento dos princípios colidentes, diante do caso concreto, mediante utilização do princípio da proporcionalidade, é que se pode falar na existência do conteúdo essencial do princípio restringido. Para esses doutrinadores, todos os direitos fundamentais são passíveis de limitações ou restrições, desde que tais restrições não esvaziem o conteúdo essencial do direito restringido.

Assim como Canotilho²⁷⁹, Gilmar Mendes também prevê a existência dos limites imanentes, ou seja, dos limites constitucionais não escritos, que visam a restringir a ação do legislador em criar normas que retirem a eficácia dos direitos fundamentais²⁸⁰.

²⁷⁴ BACHOF *apud* ALEXY, op. cit., p. 294.

²⁷⁵ ALEXY, op. cit., p. 295.

²⁷⁶ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.197.

²⁷⁷ ALEXY, op. cit., p. 296.

²⁷⁸ HESSE *apud* ALEXY, op. cit., p. 297; CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.161. Dentre os doutrinadores nacionais que adotam a teoria relativa, podem-se citar AGRA, 2009; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372; BONAVIDES, op. cit., p. 434; CUNHA JR, op. cit., p. 226; MENDES, op. cit., p. 355; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32; SILVA, Virgílio, op. cit., p. 42.

²⁷⁹ CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.197.

²⁸⁰ MENDES, op. cit., p. 348-9.

Na ausência de dispositivos constitucionais que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais, o legislador ordinário torna-se um ser com poderes ilimitados, daí a necessidade de se imporem limites à atuação do legislador como meio de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, no caso de instituição de leis “descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”²⁸¹.

Diferentemente das Constituições portuguesa²⁸² e espanhola²⁸³, que preveem dispositivos explícitos que protegem os direitos fundamentais das atuações dos legisladores, a atual Constituição brasileira não contempla, de forma expressa, dispositivo semelhante. O art. 60, § 4º, IV, da CR/1988, entretanto, proíbe, expressamente, a apresentação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias constitucionais.

Apesar da não previsão expressa de garantias ao núcleo essencial dos direitos fundamentais pela Constituição brasileira, isso não significa que tal núcleo não exista para o direito constitucional pátrio. Ainda sob a vigência da Carta de 1967, o Supremo Tribunal Federal já havia deliberado a respeito dessa questão²⁸⁴ e, mais recentemente, voltou a confirmar a existência desse núcleo essencial no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio de Mello²⁸⁵.

Nesse sentido, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais visa a protegê-los contra a criação de leis restritivas, de conteúdo casuístico ou discriminatório. Assim, qualquer limitação a direito fundamental deve ser realizada mediante leis abstratas e gerais, nunca por meio de leis individuais e concretas. De acordo com Canotilho²⁸⁶, lei individual é aquela que:

²⁸¹ MENDES, op. cit., p. 350.

²⁸² Constituição da República Portuguesa de 1976. Artigo 18 – Força Jurídica. [...] 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p02.aspx> . Acesso em: 02/04/2010.

²⁸³ Constituição Espanhola de 1978. *Artículo 53 - De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).* Disponível em: <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 02/04/2010.

²⁸⁴ Representação 930, Relator Rodrigues Alckmim, DJ de 2/9/1977 *apud* MENDES, 2009, p. 353.

²⁸⁵ DJ de 1/9/2006 *apud* MENDES, op. cit., p. 354.

²⁸⁶ CANOTILHO *apud* MENDES, op. cit., p. 374.

- a) impõe limitações aos direitos, às liberdades e às garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas;
- b) impõe restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis por intermédio de conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento de entrada desta em vigor.

Assim, o que torna uma lei individual não é sua formulação, mas o seu conteúdo e seus respectivos efeitos. Daí a necessidade de se reconhecer a existência de leis individuais camufladas, ou seja, com uma roupagem formalmente geral e abstrata, porém materialmente destinadas a pessoas ou grupo de pessoas específicas.

Conforme analisado neste e no capítulo anterior, a dogmática constitucional relacionada aos direitos fundamentais, sob a perspectiva neoconstitucionalista, provê um arcabouço teórico suficientemente adequado e que confere às normas garantidoras de direitos fundamentais a força jurídica necessária para proteger seus titulares de violações aos seus direitos primários.

Ante a toda essa discussão, restou demonstrado que a norma constitucional garantidora do direito à privacidade possui, em termos gerais, a característica de norma de *status* negativo, com aplicabilidade direta e de eficácia vertical e horizontal, ou seja, vincula-se tanto às relações que envolvem entidades públicas quanto privadas.

Além disso, pela dogmática do novo direito constitucional, conclui-se que não há que falar em restrições das normas consagradoras de direitos fundamentais, salvo quando expressamente prevista pela própria Constituição ou quando em colisão com outro princípio constitucional. Neste último caso, é possível, desde que mantido o núcleo essencial do direito restringido.

Com isso em mente, no contexto da dogmática jurídico-constitucional da “teoria dos princípios” de Alexy e da “metódica constitucional” de Canotilho, pelo perquisador defendidas, não cabe qualquer forma de vigilância e controle social que viole o direito à privacidade do cidadão, realizado com base na prevalência do interesse econômico, ou político, ou policial, ou até mesmo privado.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: ANÁLISE DO PRECEITO, DAS MODERNAS TECNOLOGIAS DE VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL E DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS EM CASO DE SUA VIOLAÇÃO

Neste último capítulo, far-se-á o estudo para se definir o escopo de proteção conferido pelo direito fundamental à privacidade no âmbito das modernas tecnologias de controle e vigilância social, realizadas por meio da informática e da *Internet*. Por fim realizar-se-á uma análise das principais características desse direito conforme definido no art. 5º, inciso X, da atual Constituição brasileira, bem como das implicações jurídicas previstas pelo ordenamento jurídico pátrio, em caso de sua violação.

O conceito de privacidade é bastante amplo e envolve questões relacionadas à vida privada, à possibilidade de desenvolvimento pessoal e de autoconhecimento, bem como à garantia do bem-estar físico, psicológico, social e moral do indivíduo.

Antes de se chegar a um conceito de privacidade que servirá como suporte teórico para a análise que se pretende fazer nesta dissertação, faz-se necessário checar o que renomados doutrinadores dizem a respeito do assunto.

3.1 PRIVACIDADE COMO UM DIREITO AMPLO

3.1.1 O Preceito de Privacidade como Direito a Não Intromissão em Questões Pessoais

Entre os doutrinadores nacionais, Dirley da Cunha Junior concorda com o fato de que a privacidade, apesar de ser um direito protegido constitucionalmente, vem, constantemente, sofrendo violações nos dias atuais. Para o doutrinador, o direito à privacidade, conforme previsto no art. 5º, X, da Constituição de 1988, possui um sentido amplo e protege “todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas”²⁸⁷. Ainda segundo o autor, protegido pelo direito à privacidade, um indivíduo possui a faculdade de impedir a “intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, [bem como] impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um”²⁸⁸.

²⁸⁷ CUNHA JR, op. cit., p. 678-9.

²⁸⁸ Idem, ibidem.

Cunha Jr. também entende que, como desdobramentos do direito à privacidade e com ele conexos, existem outros direitos, como o direito à intimidade, direito à vida privada, à honra, à imagem, à inviolabilidade da casa e ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas²⁸⁹.

O autor cita a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, ocorria em 1967, em Estocolmo, como o momento histórico em que se deu o aprofundamento da discussão sobre o direito à intimidade. A partir desse encontro, passou-se a aceitar que a intimidade podia gerar direito subjetivo autônomo em relação ao direito à privacidade²⁹⁰.

A partir da Conferência Nórdica, foram consideradas ofensas ao direito à intimidade:

- a) a penetração no retraimento da solidão da pessoa, principalmente quando realizada através de espreita, espionagem ou chamadas constantes pelo telefone;
- b) a gravação de conversas, a fotografia e a filmagem de pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou degradantes à sua moral;
- c) a escuta de conversas privadas, por meio dissimulado; e
- d) a revelação de fatos íntimos ou a utilização de imagens, informações ou gravações obtidas sub-repticiamente.

Também, a Conferência deixou evidente a distinção entre intimidade e privacidade. Segundo esse entendimento, a intimidade está relacionada à vida secreta do indivíduo, ou seja, a uma parte da vida do indivíduo a qual ele não quer expor à sociedade, à família e aos amigos, pois reserva-a somente para si. A intimidade está vinculada à essência do indivíduo e à sua personalidade, e envolve questões como sua vida amorosa, sua opção sexual, seu diário íntimo e suas convicções²⁹¹. Já a vida privada, por sua vez, não é tão secreta quanto a vida íntima. Está relacionada com as questões familiares, com os relacionamentos no trabalho e com os amigos, porém tratada com certa reserva.

²⁸⁹ CUNHA JR, op. cit. p. 679.

²⁹⁰ Idem, ibidem, p. 680.

²⁹¹ Idem, ibidem, p. 678-9.

Segundo Cunha Jr., é conexo ao direito à privacidade o direito à honra. Por honra, citando Paulo José da Costa Jr., o autor entende ser a consideração social, a reputação, a fama e o bom nome de um indivíduo, bem como o sentimento íntimo e a consciência da própria dignidade pessoal²⁹². O direito à honra é de tamanha importância que é protegido como bem jurídico de relevante valor pelo Direito Penal, que prevê, nos arts. 138, 139 e 140, os crimes contra a honra, respectivamente: da calúnia, da difamação e da injúria.

Com relação à proteção do sigilo bancário e fiscal, Paulo Gonet Branco entende tratar-se de um direito relativo e que a privacidade deve ceder quando houver “tensão entre o interesse individual e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social”²⁹³, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹⁴. Nesses casos, conclui que “o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo”²⁹⁵. Assim, o sigilo bancário e fiscal pode ser quebrado, como medida de caráter excepcional²⁹⁶, quando ocorrer colisão com outro princípio constitucional e mostrar-se, diante da ponderação de interesses, com força superior ao interesse da manutenção da privacidade.

3.1.2 Privacidade como um Direito Moral

Walber de Moura Agra considera que os direitos à intimidade, à vida privada e à honra, previstos no art. 5º, X, da Constituição de 1988, são partes do direito à privacidade e formam aquilo que ele denomina “direitos morais do cidadão”²⁹⁷. Segundo esse doutrinador, o direito à privacidade só passou a ser protegido constitucionalmente por causa dos avanços tecnológicos, pois protege o cidadão contra a devassa em sua vida pessoal pelas novas tecnologias.

Walber Agra entende que as novas tecnologias, as quais permitem a escuta e gravação de imagens, inclusive via satélite, são uma ameaça à privacidade das pessoas. O autor cita também as instituições que armazenam dados privados do

²⁹² CUNHA JR, op. cit. p., 681.

²⁹³ BRANCO, op. cit., p 428.

²⁹⁴ Pet. 577 (RTJ, 148/367) *apud* BRANCO, op. cit., p 428.

²⁹⁵ BRANCO, op. cit., p 428.

²⁹⁶ Cf. jurisprudência do STJ: AgRg 150244, DJ de 30-08-1999; REsp 8.806 – RSTJ, 36/313; Resp 83.824, DJ de 17-5-1999 *apud* BRANCO, op. cit., p 429.

²⁹⁷ AGRA, op. cit., p. 181.

indivíduo como o Cadastro Informativo de Crédito (CADIN) da Fazenda Nacional e a SERASA, como entidades que realizam verdadeiras devassas na vida do cidadão²⁹⁸. Nesse sentido, o doutrinador cita Carlos Adroaldo Ramos Covizzi, cujo entendimento é de que,

Hoje, o banco de dados mantido por esses serviços tem uma inequívoca significação pejorativa e, ao invés de cumprir o papel de informar, passou a atuar como espécie armazenadora de dados pessoais, conceituadamente degenerado. É que as pessoas nele inscritas levam a pecha de negatizadas, inadimplentes, caloteiras, improbas, relapsas etc.²⁹⁹.

Para Walber Agra, a intimidade é o espaço no qual o cidadão desenvolve a sua individualidade. Já a vida privada é a parte da vida do indivíduo compartilhada com seus familiares e com as pessoas que participam do seu cotidiano³⁰⁰.

3.1.3 Privacidade como Limite à Liberdade de Comunicação Social

Já Paulo Gustavo Gonet Branco³⁰¹ afirma que o direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição de 1988, é uma limitação à liberdade de comunicação social, conforme expressamente disposto no art. 220, § 1º, da Carta Constitucional³⁰².

Paulo Gonet Branco concorda com aqueles doutrinadores que distinguem o conceito de privacidade do conceito de intimidade, conforme já mencionado. O doutrinador defende que todo ser humano necessita de uma “reclusão periódica” para a garantia de sua “própria saúde mental” e de um “desenvolvimento livre da personalidade”³⁰³.

Nesse sentido, Paulo Gonet Branco afirma que

Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito

²⁹⁸ AGRA, op. cit., p. 181.

²⁹⁹ COVIZZI *apud* AGRA, op. cit., p. 181.

³⁰⁰ AGRA, op. cit., p. 181.

³⁰¹ BRANCO, op. cit. p. 420.

³⁰² Art. 220, § 1º, CR/1988: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV**”. [Grifo nosso].

³⁰³ BRANCO, op. cit., p 421.

menos como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas³⁰⁴.

Apesar de considerar o direito à privacidade bastante relevante, o doutrinador concorda que se trata de um direito cujo conceito não é claro e unívoco o suficiente.

Porém, Paulo Gonet Branco considera o conceito de privacidade proposto por Tércio Sampaio Ferraz bastante abrangente e útil para a identificação dos casos concretos que se encontram no âmbito de proteção do direito à vida privada. Assim, segundo Tércio Sampaio Ferraz, privacidade é

Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular³⁰⁵.

Em caso de violação do direito à privacidade por parte de condutas estatais, Paulo Gonet Branco advoga que é desnecessária a utilização de um conceito amplo de privacidade para a garantia desse direito. Para ele, basta a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da liberdade em geral e da proteção à dignidade da pessoa humana, pois esses princípios reconhecem “uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.”³⁰⁶. Isso não significa, entretanto, que a violação já esteja contida nas normas constitucionais e que, portanto, não sejam necessárias normas para a proteção de direitos fundamentais. Entende-se que a afirmação de Paulo G. Branco é no sentido de que, mesmo havendo uma norma fundamental específica de proteção do direito à privacidade, não se faz necessária uma discussão filosófica para se descobrirem o âmbito de proteção e a abrangência conferidos por esse direito. E isso ocorre porque os valores constitucionais, em conjunto ou até mesmo isoladamente (no caso específico do valor máximo da dignidade da pessoa humana³⁰⁷), já conferem uma proteção suficientemente ampla aos titulares de qualquer espécie de direitos.

Sobre a possibilidade de restrição do direito à privacidade, Paulo Gonet Branco diz ser possível, desde que haja a devida autorização do indivíduo e a

³⁰⁴ BRANCO, op. cit., p 421.

³⁰⁵ FERRAZ *apud* BRANCO, op. cit., p 421.

³⁰⁶ BRANCO, op. cit., p 423.

³⁰⁷ Conforme art. 1º, III, da CR/1988.

observância do respeito ao “núcleo essencial da dignidade da pessoa”³⁰⁸. Não se trata de renúncia ao direito fundamental, mas de uma autolimitação.

Todavia, essa corrente doutrinária defendida por Paulo Gonet Branco não é a adotada nesta dissertação, pois acredita-se que não é possível restrições do direito à privacidade, mediante simples autorização do seu titular, por tratar-se de um direito irrenunciável, que visa a proteger, em última instância, a dignidade da pessoa humana, nesse caso do próprio titular do direito à privacidade.

Quanto à privacidade das comunicações, esse direito garante o sigilo durante a troca de mensagens entre o emissor e o destinatário. Há possibilidade de restrições do sigilo das comunicações, no caso de declaração de estado de defesa ou de estado de sítio³⁰⁹. Entende, entretanto, Paulo Gonet Branco que o sigilo das correspondências pode ser restringido também por meio da aplicação do princípio da concordância prática, ou seja, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, diante do caso concreto³¹⁰. Completa o doutrinador, confirmando o mesmo posicionamento de Waber de Moura Agra³¹¹, que, segundo entendimento do STF³¹², a privacidade das comunicações só diz respeito à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos.

No mesmo sentido é o entendimento de Cunha Jr, que advoga que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XII, assegura o sigilo tão somente da comunicação entre o remetente e o destinatário, protegendo a privacidade das pessoas envolvidas. De forma específica, sobre a comunicação de dados, no que envolve a troca de *e-mails*, por exemplo, o autor cita decisão do Supremo Tribunal Federal³¹³, embasada na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr³¹⁴, de que a proteção se limita à comunicação dos dados, mas não dos dados em si mesmos³¹⁵.

³⁰⁸ BRANCO, op. cit., p. 424.

³⁰⁹ Conforme previsto nos arts. 136, § 1º, I e 139, III, da CR/1988.

³¹⁰ BRANCO, op. cit., p. 435.

³¹¹ AGRA, op. cit., p. 181.

³¹² RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, em 10/05/2006, *apud* BRANCO, 2009, p 435.

³¹³ STF, RE 418416/SC. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 10/05/2006, DJ em 19/12/2006 *apud* CUNHA JR, op. cit., p. 37.

³¹⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. (Org. Ives Gandra da Silva Martins Filho). Vol. 1. São Paulo: RT, 1993, p. 141-154.

³¹⁵ CUNHA JR, op. cit., p. 684.

3.1.4 Privacidade como Proteção ao Modo de Vida das Pessoas

Como fonte principal, entre os doutrinadores nacionais, José Afonso da Silva define privacidade como “[...] o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controlo, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”³¹⁶.

Nesse sentido, entende o doutrinador que a vida privada consiste no conjunto formado pelo modo de o indivíduo ser e de viver a própria vida, de forma que ele tenha as condições necessárias para a expansão de sua personalidade, sem interferências ou perturbações de terceiros.

Dessa forma, José Afonso da Silva afirma que a Constituição Federal de 1988, ao tutelar o direito à vida privada, na verdade visa a proteger os segredos e a liberdade do indivíduo contra dois atentados: à divulgação e à investigação.

A divulgação dos segredos da vida privada é “[...] o fato de levar ao conhecimento do público, ou pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar”. Já a investigação diz respeito à “[...] pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a *conservação* de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meio ilícito”³¹⁷.

Assim, para José Afonso da Silva, a inviolabilidade da privacidade tem uma ampla esfera e “[...] abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”³¹⁸.

3.1.5 Privacidade como Direito de Ser “Deixado em Paz”

Em um artigo considerado o marco histórico da discussão sobre o direito à privacidade nos Estados Unidos, os advogados Samuel Warren e Louis Brandeis³¹⁹ defenderam, em 1890, o direito de o cidadão não ser importunado pela imprensa, que com a popularização das câmaras fotográficas portáteis, divulgava fotos não autorizadas de eventos sociais.

³¹⁶ SILVA, José Afonso, *Direito...*, op. cit., p. 202.

³¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 204. [Grifos do autor].

³¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 202.

³¹⁹ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 75-103.

Segundo entendimento de Warren e Brandeis, a intensidade e complexidade da vida moderna, concomitantemente com o avanço da civilização, forçam um isolamento do ser humano, e o homem, influenciado pela cultura, tornou-se mais sensível à publicidade de certos aspectos de sua vida pessoal. Com isso, a solidão e a vida privada passaram a ser essenciais ao indivíduo. Porém, novas invenções e grandes corporações têm sujeitado o ser humano, através de invasões na vida privada, a dores mentais e a sofrimentos muito maiores do que poderia sofrer caso fosse infligido por uma mera lesão corporal³²⁰.

Assim, para os autores, em uma visão totalmente liberal, a publicação de fotografias em colunas de eventos sociais dos principais jornais da época, sem a devida autorização, era considerada uma invasão da liberdade e da propriedade, cujo conceito desta deveria ser ampliado para assegurar o exercício de amplos privilégios civis. Com isso, o direito à vida teria de ser entendido como o direito de curtir a vida, o que haveria de compreender o direito de estar só, de não ser importunado e o de ser “deixado em paz” (*the right to be let alone*)³²¹.

Concluem Warren e Brandeis que, apesar de a legislação da época não possuir uma proteção explícita do direito à privacidade, a proteção conferida aos pensamentos e às emoções, expressos por meio da escrita ou das artes, com base no direito à propriedade e à liberdade, na medida em que impedem publicações indevidas, é apenas um exemplo da aplicação de um direito mais amplo do indivíduo, que é o direito de ser deixado em paz. Assim, a legislação em vigor em 1890 já abrigava um princípio que poderia ser invocado para proteger a privacidade do indivíduo de uma invasão que pudesse ser cometida tanto pela imprensa ou por um fotógrafo quanto por possuidor de qualquer outro dispositivo moderno que permitisse a gravação ou a reprodução de sons e imagens³²².

Valendo-se do texto de Warren e Brandeis, o então professor de Direito Criminal e ex-reitor da Escola de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, William Prosser, em 1960, vislumbrou quatro diferentes tipos de atividades nocivas ao direito à privacidade³²³:

³²⁰ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 77.

³²¹ Idem, ibidem, p. 75.

³²² Idem, ibidem. P. 81-2.

³²³ PROSSER, op. cit., p. 107.

- I. intromissão no direito ao isolamento e à solidão do reclamante, ou pela intromissão em seus assuntos pessoais;
- II. divulgação pública de fatos embaraçosos privados sobre o reclamante;
- III. publicidade que denigre a imagem do reclamante perante a opinião pública;
- IV. apropriação, para o benefício do demandado, do nome ou de outra característica peculiar do demandante.

Aos poucos estas atividades foram sendo combatidas por ações criadas especificamente para esse fim, pela jurisprudência dos Estados Unidos.

3.1.6 Privacidade com Direito ao Distanciamento Social

Outro estudo relevante sobre privacidade foi o realizado pelo antropologista Robert F. Murphy, tendo como objeto um comportamento social típico do povo Tuareg, que vive no sul da Argélia e em partes do norte de Mali e Níger, na África. Murphy identificou que o comportamento dos homens Tuaregs, com a prática de cobrir seus rostos, deixando à mostra apenas parte dos olhos e do nariz, está intimamente relacionado ao fato de que é justamente através do distanciamento, do afastamento e da reserva que esse povo estabelece e mantém relações e interações sociais³²⁴.

De forma geral, baseado nesse comportamento específico do povo Tuareg, Murphy conclui que a distância social (privacidade) permeia todas as relações sociais e que ela pode ser encontrada, em vários graus, em diferentes relacionamentos e em diferentes sociedades³²⁵.

Para Murphy, à medida que um determinado comportamento social implica a limitação e o encerramento de um alto número de outros comportamentos e relações sociais, um indivíduo, ao interagir com outros indivíduos, deve isolar grandes parcelas de sua existência, pois só assim é que conseguirá estabelecer novos contatos sociais. Por isso, a privacidade é encontrada fortemente naqueles relacionamentos mais difíceis de serem estabelecidos, mas que devem ser perpetuados. Murphy ainda deixa evidente que a manutenção do sistema social está

³²⁴ MURPHY, Robert. F. *Social distance and the veil*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 34-55.

³²⁵ Idem, *ibidem*, p. 51.

profundamente conectada com a manutenção de um alto grau de distanciamento social, ou seja, com um alto grau de privacidade³²⁶.

Do mesmo ponto de vista compartilha o filósofo James Rachels, que afirma existir uma estreita ligação entre nossa habilidade de controlar quem tem acesso a nós e a quais informações a nosso respeito e nossa habilidade de criar e manter diferentes tipos de relacionamentos sociais com diferentes pessoas³²⁷.

Segundo Rachels, “*underneath all the role-playing there is the ‘real’ person, and that the various ‘masks’ that we wear in dealing with some people are some sort of phony disguise that we use to conceal our ‘true’ selves from them*”³²⁸.

Sobre o distanciamento social com base na identificação dos membros de uma determinada comunidade, afirma Manuel Castells que

A identidade está se tornando a principal e, às vezes, única fonte de significado em um período histórico caracterizado pela ampla desestruturação das organizações, deslegitimação das instituições, enfraquecimento de importantes movimentos sociais e expressões culturais efêmeras. Cada vez mais as pessoas organizam seu significado não em torno do que fazem, mas com base no que elas são ou acreditam que são. Enquanto isso, as redes globais de intercâmbios instrumentais conectam e desconectam indivíduos, grupos, regiões e até países, de acordo com sua pertinência na realização de objetivos processados na rede, em um fluxo contínuo de decisões estratégicas. Segue-se uma divisão fundamental entre o instrumentalismo universal abstrato e as identidades particularistas historicamente enraizadas³²⁹.

Assim, não é mero acaso o fato de os indivíduos mudarem de comportamento ao lidar com diferentes pessoas, de acordo com os diferentes relacionamentos sociais. Segundo Rachels, são justamente os diferentes padrões de comportamento o que define, em parte, os diferentes relacionamentos. Cada comportamento é uma parte importante no conjunto de fatores responsáveis por fazer os diferentes relacionamentos serem o que são³³⁰.

³²⁶ MURPHY, op. cit., p. 51.

³²⁷ RACHELS, James. *Why privacy is important*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 290-99.

³²⁸ Idem, ibidem, p. 293. Em tradução livre: “debaixo de todo papel desempenhado (comportamento social) há a ‘verdadeira’ pessoa, e que as várias ‘máscaras’ que vestimos para lidar com alguns indivíduos são uma espécie de disfarce que usamos para esconder deles nosso ‘verdadeiro’ ser”.

³²⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Vol. 1. 6ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 41.

³³⁰ RACHELS, op. cit., p. 294.

3.1.7 Privacidade como um “Direito Natural”

Em um texto no qual se discutem sobre as origens do clamor moderno por privacidade, Alan Westin, já em 1967, alegava que a necessidade humana por privacidade tem suas raízes na origem animal do ser humano³³¹.

Westin afirma que é possível traçar paralelos entre as regras de demarcação de território no mundo animal e os conceitos de violação de direitos nas sociedades humanas. Isso é possível porque, em cada um desses ambientes, o indivíduo (animal ou homem) reclama espaço privado para promover o bem-estar individual e a intimidade de pequenos grupos³³².

A passagem da sociedade primitiva para a sociedade moderna fez aumentar a busca por privacidade, tendo como fundamento as novas necessidades físicas e psicológicas, e isso ocorreu não apenas com os indivíduos isoladamente, mas também com os grupos familiares. Porém, a determinação de qual grau de privacidade se quer atingir irá depender das escolhas de valores realizadas de acordo com a realidade sociopolítica na qual o indivíduo se insere³³³.

Nessa comparação entre o comportamento humano e o dos animais, Westin apresenta dois comportamentos que parecem ser universais: a tendência de parte dos indivíduos em invadir a privacidade de outros; e a tendência de realização de vigilância ou controle social sobre determinados indivíduos, com a finalidade de proteger o grupo de condutas antissociais. Esses são comportamentos típicos dos homens e dos primatas³³⁴.

Quanto à invasão da privacidade alheia, em ambiente humano, Westin cita, como exemplo, a fofoca. Ela é uma das formas existentes mais antigas de que se tem notícia para a obtenção de informação privada, com a finalidade de satisfação da curiosidade. A fofoca, como meio de invasão de privacidade, é encontrada em todas as sociedades³³⁵.

Atualmente, com as modernas tecnologias, a fofoca deixou de ser difundida tão somente através do boca a boca. A sociedade contemporânea se utiliza de

³³¹ WESTIN, Alan. *The origins of modern claims to privacy*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 56-74.

³³² Idem, *ibidem*, p. 57.

³³³ Idem, *ibidem*, p. 69.

³³⁴ Idem, *ibidem*, p. 67.

³³⁵ Idem, *ibidem*.

melhores, mais rápidos e mais sofisticados instrumentos para essa finalidade, tais como: celulares, *e-mail* e a *Internet*.

Segundo José Ângelo Gaiarsa, a “fofoca é o mais gigantesco dos fatos humanos” e o medo de ser fofocado “é com certeza o mais freqüente motivo de supressão de nossos pensamentos e desejos pessoais”, e isso ocorre porque “a fofoca é trágica. Ela é o principal instrumento e motivo de toda autocensura, de toda autocastração, de toda irrealização pessoal”³³⁶.

Outra forma de invasão de privacidade considerada por Westin como universal é a vigilância ou o controle social. Tanto a vigilância quanto o controle social são práticas realizadas pelos governantes e por pessoas influentes na sociedade como forma de garantir que as regras e os tabus sociais sejam respeitados ou, quando violados, de conseguir com rapidez, apresentar um culpado pela transgressão³³⁷.

Nesse sentido, Westin afirma que,

*Until a society appears in which every individual obeys every rule and taboo and there is no ambiguity to create choices, there will be family heads, group leaders, religious authorities who will engage in surveillance to see that private conducts stays within a socially determined degree of conformity with the rules and taboos of that culture. Any discussion of privacy must recognize this fact*³³⁸.

Ao final de sua análise, Westin conclui que a conquista de privacidade nas sociedades modernas se tornou mais uma questão de liberdade do que produto de uma necessidade individual ou coletiva. Sua afirmação final decorre do fato de que as sociedades contemporâneas também produzem meios que dificultam aos indivíduos a conquista da tão desejada privacidade. O autor cita, como exemplos, a densidade e a aglomeração de populações nas grandes cidades; a demasiadamente burocrática e sistemática forma de vida moderna; a disposição popular para a alienação e insegurança, modos de vida que podem levar ao desejo de novas formas de relações sociais; os modernos instrumentos de vigilância física, psicológica e de dados; e a constituição do Estado moderno com o seu poderio

³³⁶ GAIARSA, José Angelo. *Tratado Geral sobre a Fofoca*. Uma análise da desconfiança humana. 7ª Edição. São Paulo: Sammus, 1978, p. 21-4.

³³⁷ WESTIN, op. cit., p. 68.

³³⁸ WESTIN, op. cit., p. 69. Em tradução livre: “Até que apareça uma sociedade na qual cada indivíduo obedeça todas as regras e os tabus e onde não exista ambiguidade para se criarem escolhas sociais, haverá chefes de família, líderes de grupos e autoridades religiosas que se engajarão na vigilância para garantir que condutas privadas permaneçam dentro de um padrão determinado socialmente, em conformidade com as leis e os tabus daquela cultura. Qualquer discussão sobre privacidade deve reconhecer esse fato”.

militar, tecnológico e de propaganda, capaz de criar e manter uma forma Orwelliana³³⁹ de controle social³⁴⁰.

Nesse contexto, acata-se o entendimento de Eben Moglen, para quem a atuação do Estado e das entidades privadas que, por meio das modernas tecnologias, realizam o controle da vida privada de terceiros se amolda a das polícias secretas dos antigos Estados totalitários. Para Moglen, os sites de relacionamento, como o FaceBook, possibilitam a criação de uma “polícia secreta do século XXI” que tem à sua disposição “mais dados do que agências de espionagem de regimes totalitários do passado”³⁴¹.

Assim, há que se concordar parcialmente com o posicionamento defendido por Westin. Dessa forma, o direito à privacidade não é entendido como um “direito natural” do ser humano, mas pertencente ao grupo dos direitos da personalidade. Daí a necessidade de normas constitucionais, com características de normas fundamentais, pautadas na defesa da dignidade da pessoa humana, para proteger o cidadão de violações do direito à privacidade. Se o direito à privacidade fosse um “direito natural”, não haveria necessidade de tutela constitucional para afirmar sua eficácia.

3.1.8 Privacidade como Direito à Dignidade da Pessoa Humana e como Pré-Condição ao Desenvolvimento da Personalidade

Edward J. Bloustein, ao analisar os artigos de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis³⁴² e de Willian L. Prosser³⁴³, define que a privacidade é uma questão de dignidade humana, nos seguintes termos:

The man who is compelled to live every minute of his life among others and whose every need, thought, desire, fancy or gratification is subject to public scrutiny, has been deprived of his individuality and human dignity. Such an individual merge with the mass. His opinions, being public, tend never to be different; his aspirations, being known, tend always to be conventionally accepted ones; his feelings, being openly exhibited, tend to lose their quality

³³⁹ Em referência à obra literária *1984* de George Orwell, criador do Grande Irmão (*Big Brother*) como uma poderosa forma de controle social.

³⁴⁰ WESTIN, op. cit., p. 70.

³⁴¹ MURTA, Andrea. *Especialista vê “polícia secreta” na Internet*. Folha Online. Encarte de Tecnologia. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/758930-especialista-ve-policia-secreta-na-internet.shtml>>. Acesso em: 29/06/2010.

³⁴² WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 75-103.

³⁴³ PROSSER, op. cit., p. 104-55.

*of unique personal warmth and to become the feelings of every man. Such a being, although sentient, is fungible; he is not an individual*³⁴⁴.

Entende Edward Bloustein que a lei só deve proteger a privacidade do indivíduo quando a ameaça impetrada perturbar a preservação de sua dignidade pessoal. E isso ocorre, segundo o autor, por exemplo, com as recentes formas de investigação da vida pessoal realizadas pelo governo e, em larga escala, pelo setor corporativo. A violação da privacidade realizada pelo governo e por empresas ocorre por meio de questionários, testes psicológicos e modernas técnicas de processamento de dados que, combinados, permitem a extração dos mais profundos pensamentos e sentimentos do indivíduo, por este nunca antes revelados, e sua posterior exposição ao público. O receio de que uma vida privada possa ser transformada em um espetáculo público torna-se bastante intenso quando os fatos escabrosos são armazenados em meio magnético acessível a qualquer funcionário inescrupuloso³⁴⁵.

O mesmo raciocínio de que a privacidade deve ser conceituada como um direito à dignidade da pessoa humana é defendido por Stanley I. Benn, filósofo e membro do Departamento de Filosofia da Escola de Pesquisa de Ciências Sociais da Universidade Nacional da Austrália. Benn advoga que o que regula a privacidade é um princípio geral de respeito ao próximo³⁴⁶.

Nesse sentido, Stanley Benn é contra a criação, por parte de governos e entidades privadas, de bancos de dados que armazenem o maior número possível de informações sobre os cidadãos. Sua negativa tem como fundamento o risco de que tais dados armazenados possam ser falsos ou de que, mesmo verdadeiros, possam trazer à luz fatos passados, comprometedores, que já não correspondem com a vida presente do cidadão, colocando-o em situações constrangedoras e inaceitáveis³⁴⁷.

³⁴⁴ BLOUSTEIN, Edward J. *Privacy as an aspect of human dignity: as answer to Dean Prosser*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 188. Em tradução livre: “O homem que é obrigado a viver cada minuto de sua vida entre outros, de quem cada necessidade, pensamento, desejo, fantasia ou gratificação estão sujeitos ao escrutínio público, foi privado da sua individualidade e dignidade humana. Tal indivíduo funde-se com a massa. Suas opiniões, sendo públicas, não tendem a ser diferentes; suas aspirações, sendo conhecidas, tendem sempre a ser aquelas convencionalmente aceitas; seus sentimentos, sendo expostos abertamente, tendem a perder a suas qualidades de calor pessoal incomparável e transformam-se nos sentimentos do homem comum. Tal ser, embora consciente, é fungível, ele não é um indivíduo”.

³⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 190-1.

³⁴⁶ BENN, Stanley I. *Privacy, freedom, and respect for persons*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 223-44.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 231.

Ante a essa discussão, saber se a proteção jurídica conferida pela norma fundamental do art. 5º, X, da atual Constituição brasileira, garantidora do direito à privacidade é respaldada pelo valor constitucional da dignidade da pessoa humana, estendendo, assim, ao máximo, o âmbito de proteção desse direito, é o ponto crucial desta dissertação.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático e da República Federativa do Brasil³⁴⁸. De acordo com esse entendimento, a dignidade da pessoa humana é o preceito axiológico máximo da atual Carta Constitucional e de todas as normas garantidoras de direitos fundamentais que têm como função primária a proteção desse valor.

Entende, por sua vez, o filósofo Jeffrey H. Reiman que existe algo único protegido pelo direito à privacidade. Entretanto, as pessoas não conseguirão visualizá-lo enquanto elas continuarem a supor que aquilo que está sendo protegido é, tão somente, uma subespécie dos bens protegidos pelo direito à propriedade e pelo direito civil. E, não enxergando isso, correm o risco de continuar entendendo que aquilo que se está limitando é meramente algum direito pessoal ou direito de propriedade, em benefício de outro bem maior, quando, de fato, o que se está sacrificando é algo de valor muito superior, ou seja, a privacidade³⁴⁹.

Reiman defende a tese de que a privacidade deve ser conceituada como “*a social ritual by means of which an individual’s moral title of his existence is conferred*”³⁵⁰.

Assim, privacidade é parte essencial das complexas práticas sociais, por meio da qual os grupos sociais reconhecem, em um indivíduo, que a existência deste lhe é própria. E isso é uma pré-condição para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. De acordo com Reiman, para que um indivíduo se torne uma pessoa, ele deve reconhecer não apenas sua capacidade atual para moldar o seu destino mediante suas próprias escolhas, mas deve inclusive reconhecer que ele possui um exclusivo direito moral de moldar o seu destino³⁵¹.

Conclui Reiman afirmando que o direito à privacidade protege os interesses do indivíduo, ao lhe garantir o direito de se tornar pessoa, continuar e permanecer

³⁴⁸ Art. 1º, III, CR/1988

³⁴⁹ REIMAN, Jeffrey H. *Privacy, intimacy, and personhood*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 300-16.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 310. Em tradução livre: “um ritual social por meio do qual é conferido ao cidadão o título moral de sua existência”.

³⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 314.

sendo-o. A privacidade é um direito que protege a capacidade do indivíduo para realizar relacionamentos íntimos, não apenas porque ela garante a ele o poder de reter informações a seu respeito, mas principalmente porque ela possibilita que ele realize essa relação de acordo com os seus pensamentos, testemunhada unicamente pelos seus atos³⁵².

Este também é o posicionamento de R. Limongi França³⁵³, para quem os direitos da personalidade são direitos de defender: a) a integridade física; b) a integridade intelectual; e c) a integridade moral do indivíduo. Para o autor, direito da personalidade, como tutela da integridade física, corresponde à proteção jurídica do corpo humano, o que inclui o direito à vida, ao corpo vivo e ao corpo morto. À tutela da integridade física estão relacionados, por exemplo, o direito à concepção; ao nascimento e ao aborto; à descendência; ao planejamento familiar; à proteção do menor e do idoso; à alimentação; à habitação; à educação; ao trabalho; ao sossego e ao lazer; ao exame médico; à mudança de sexo; à liberdade física; ao transplante; ao sepultamento ou à cremação; aos cultos religiosos etc.

Como direito à integridade intelectual, o direito da personalidade tutela a inteligência humana, mais especificamente suas criações, e abrange os direitos à liberdade de pensamento de autor e de inventor.

Por sua vez, a liberdade civil, política e religiosa; a segurança moral; a intimidade, a privacidade, a honra, a imagem assim como o nome, o título, o pseudônimo, o recato, a estética humana, os segredos e a identidade pessoal, familiar e social, fazem parte da “integridade moral” do indivíduo. Por integridade moral entende-se a proteção destinada aos aspectos psicológicos atinentes à pessoa.

A violação de qualquer desses direitos da personalidade, no âmbito civil, corresponde à violação do direito à privacidade, no âmbito constitucional.

A dignidade da pessoa humana é a cláusula geral de proteção da personalidade³⁵⁴. Por isso, todos os direitos que tutelam a personalidade do indivíduo devem ser garantidos, mesmo havendo determinação em contrário por parte de seu titular. A partir do novo constitucionalismo, a pessoa humana tornou-se

³⁵² REIMAN, op. cit., p. 314.

³⁵³ FRANÇA *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1, p. 122-3.

³⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

o objeto central de todo o arcabouço jurídico, e, a começar pelas normas constitucionais, principalmente as garantidoras de direitos fundamentais, que, por natureza, são irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis, o ordenamento tem como premissa maior garantir uma vida digna ao cidadão. E, para conquistar a cidadania, antes o indivíduo tem de ter a certeza da proteção de sua personalidade.

Ao tratar do direito à imagem, componente da integridade moral do indivíduo, vinculado tanto ao direito à privacidade quanto ao direito da personalidade, Cunha Jr, citando Carlos Alberto Bittar, alega cuidar aquele do “vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto ou em partes significativas”³⁵⁵. Ou seja, o direito à imagem busca proteger os aspectos físicos do indivíduo, considerando fato ilícito sua divulgação sem autorização expressa.

Questão polêmica tratada pelo autor diz respeito ao fato de um indivíduo, ao encontrar-se em local público, como, por exemplo, num restaurante, estar, automaticamente, abrindo mão do seu direito à imagem. Cunha Jr entende que isso não ocorre, pois, por se tratar de um direito fundamental, e sendo este irrenunciável, portanto, sem autorização, nenhuma imagem pode ser gravada³⁵⁶. Nesse sentido é o que prevê o art. 11 do atual Código Civil brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e *irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária³⁵⁷. [Grifo nosso].

Há que se observar, entretanto, que, diferentemente da interpretação de Cunha Jr, o texto legal do art. 11 do Código Civil, não permite inclusive limitação voluntária ao direito da personalidade, no qual o direito à privacidade se inclui, no contexto do direito privado.

Contrariamente ao posicionamento de Dirley da Cunha Junior, Paulo Gonet Branco entende que existe consentimento tácito ao uso da imagem, estando o indivíduo em local público. Nessa situação, o indivíduo não pode invocar o direito à privacidade para impedir a divulgação de matéria sobre si ou de sua imagem. Estando em lugar público, o cidadão “está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar”³⁵⁸.

³⁵⁵ CUNHA JR, op. cit., p. 681.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*.

³⁵⁷ Art. 11, Lei 10.406/02.

³⁵⁸ BRANCO, op. cit., p 425.

Sobre essa polêmica da possibilidade de se invocar o direito à privacidade em locais públicos, Paulo Gonet Branco acrescenta, ainda, ser necessária a diferenciação entre “interesse público” e “interesse do público”. Haverá interesse ou relevância pública toda vez que a divulgação disser respeito a questões relevantes à tomada de decisões importantes do indivíduo perante a sociedade. Assim, entende o doutrinador que, em regra, questões sobre saúde e segurança pública possuem, *prima facie*, peso capaz de alterar a balança que mede o sopesamento entre os princípios do interesse público e os da privacidade do indivíduo, fazendo-a pender para o lado do interesse público. Isso ocorre porque, em regra, essas questões, num contexto de ponderação e de aplicação do juízo de proporcionalidade estrita, superam o desgaste emocional e material do indivíduo, cuja imagem ou notícia é exposta ao público. De outro lado, haverá mero interesse do público quando a divulgação da imagem ou da matéria for no sentido de se aplacarem as curiosidades do público a respeito de determinada pessoa. Nesse caso, o direito à privacidade deve prevalecer³⁵⁹.

Ainda, esta diferenciação entre “interesse público” e “interesse do público” vincula-se também a dois outros conceitos: o de “vida pública” e o de “vida privada”. A vida pública está relacionada com a vida exterior da pessoa, que envolve suas relações sociais e suas atividades públicas, como participações em eventos sociais e em atividades esportivas, culturais, religiosas ou políticas. A vida exterior, porque pública, pode ser objeto das curiosidades de terceiros. Já a vida privada está vinculada à vida interior do indivíduo. Esta diz respeito às atividades íntimas da pessoa com seus familiares, amigos ou consigo mesmo. A vida privada é, portanto, inviolável³⁶⁰.

Entende, entretanto, Paulo Gonet Branco que, se o próprio indivíduo for o responsável pela divulgação de fatos privados ou íntimos a ele vinculados, vindo esses fatos a se tornar públicos, não há como se alegar, posteriormente, direito à privacidade. O inverso também é verdadeiro, ou seja, havendo fatos relacionados à vida passada de um indivíduo, os quais deveriam ser de conhecimento público, cessando esse interesse e inexistindo, no presente, novos motivos que limitem o escopo do direito à privacidade, é esse direito que deve prevalecer. O doutrinador cita, como exemplo, o direito ao anonimato e o da não divulgação ao público do fato

³⁵⁹ BRANCO, op. cit., p. 426.

³⁶⁰ SILVA, José Afonso, *Direito...*, op. cit., 202.

de alguém ter cumprido condenação criminal. O direito de retorno do cidadão ao convívio social possui peso maior que o do interesse público da divulgação de tal fato³⁶¹.

Portanto, entende-se que o direito à privacidade e os demais direitos da personalidade, como reflexo do direito à dignidade da pessoa humana, são os que garantem a integridade psíquica, física, intelectual, social e moral do indivíduo, durante o seu desenvolvimento e sua afirmação como cidadão. Assim, a violação da privacidade de um indivíduo ou de qualquer outro direito de sua personalidade, em uma análise mais apurada, constitui uma afronta à dignidade do cidadão³⁶² e, conseqüentemente, à própria democracia estatal.

3.1.9 Privacidade como Parte de uma Teoria Econômica

Ao verificar que uma das questões que circundam o direito à privacidade está relacionada com a retenção e a ocultação de informações, principalmente nas relações comerciais e negociais, Richard A. Posner, juiz da 17ª Corte de Apelação dos Estados Unidos, passou a entender que, nesses casos, a privacidade deve ser vista como parte de uma teoria econômica. Nesse contexto, a crescente busca por informações privadas é uma atitude compreensível, principalmente quando envolve relações de negócio ou pessoais, em que se criam oportunidades reais de ganho para uma das partes. Assim, não há que se falar em direito à privacidade ou direito à propriedade quando uma das partes se utiliza de meios invasivos para obter informações privadas da outra parte, como forma de garantia do negócio ou do comércio³⁶³.

Posner advoga que, havendo colisão entre o princípio da privacidade e o princípio econômico da livre iniciativa, este último deve prevalecer. Trata-se de uma visão bastante liberal, confirmada pelos seguintes pontos de vista defendidos pelo autor³⁶⁴:

- a) segredos comerciais e de negócios pelos quais empresários exploram suas habilidades e conhecimentos superiores devem ser protegidos;

³⁶¹ SILVA, José Afonso, *Direito...*, op. cit., 427.

³⁶² Art. 1º, II e III, CR/1988.

³⁶³ POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 333-45.

³⁶⁴ POSNER, op. cit., p. 341.

- b) fatos sobre as pessoas geralmente não devem ser protegidos. Questões privadas relacionadas à saúde, ao temperamento e até mesmo ao salário não são fatos sobre os quais um indivíduo possui direito de propriedade, embora ele possa ser capaz de evitar sua detecção por meios excessivamente invasivos; e
- c) na medida do possível, a utilização de escutas e outras formas de vigilância intrusivas ficam limitadas a descobertas de atividades ilegais.

Ainda em defesa de um modelo Liberal de Estado, Posner entende que as recentes alterações legislativas ocorridas nos Estados Unidos³⁶⁵, as quais asseguram ao cidadão o seu direito à privacidade nas relações econômicas, é um abuso governamental. Compreende Posner que

*In the perspective offered by economics and by the common Law, the recent legislative emphasis on favoring individual and denigrating corporate and organizational privacy stands reveals as still another example of perverse government regulation of social and economic life*³⁶⁶.

Não há que se concordar com esse posicionamento de Posner. A adoção de um modelo neoliberal de Estado, com prevalência das práticas capitalistas, não é motivo forte o bastante para justificar violações de direitos fundamentais do cidadão. A livre concorrência e a livre iniciativa, apesar de serem princípios gerais da ordem econômica³⁶⁷, não têm peso suficiente para restringir o âmbito de atuação do princípio da privacidade³⁶⁸.

Parece óbvio que, nos moldes do capitalismo contemporâneo, as entidades privadas se utilizam cada vez mais de informações sobre a vida privada das pessoas, com objetivo de reorganizarem sua publicidade e, assim, atingirem um público maior de consumidores. E a forma mais fácil de se obter essa nova matéria-prima é mediante a criação de dossiês digitais, com base nos dados obtidos por meio das modernas técnicas de vigilância e de controle social. Essa política neoliberal é baseada no entendimento de que as relações comerciais são regidas pelo princípio da autonomia da vontade do consumidor e de que tal autonomia privada não pode ser restringida por normas de caráter publicista.

³⁶⁵ Como, por exemplo, *Freedom of Information Act*, de 1966 e *Privacy Act*, de 1974.

³⁶⁶ POSNER, op. cit., p. 345. Em tradução livre: “Na perspectiva oferecida pela economia e pela lei, a recente ênfase em favor da privacidade individual, ao mesmo tempo em que denigre a privacidade das corporações e das empresas, revela outro exemplo da perversa regulação governamental sobre a vida econômica e social”.

³⁶⁷ Art. 170, CR/1988.

³⁶⁸ Art. 5º, X, CR/1988.

Entretanto, conforme salientado no item anterior, o direito à privacidade, sob o foco das liberdades públicas, é um direito fundamental, e, sob o aspecto civilista, também é um dos direitos da personalidade. Em qualquer dos dois enfoques, a tutela da privacidade garante o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio máximo do direito constitucional pátrio.

Ao permitir a prevalência do princípio da livre iniciativa³⁶⁹ sobre o princípio da dignidade da pessoa humana³⁷⁰, a Constituição estaria colocando o interesse econômico em posição privilegiada em relação à pessoa humana. Ou seja, o valor do ser humano seria inferior ao valor dos recursos econômicos. Isso seria inadmissível em qualquer situação, mas sobretudo em um Estado Democrático, que tem por fundamento, na seguinte ordem³⁷¹ a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Essa enumeração dos fundamentos da República e do Estado Democrático brasileiro não foi realizada de forma aleatória. Defende-se, pois, o posicionamento de que essa ordem estabelece uma prevalência sobre os princípios. Por isso que, em havendo colisão entre alguns desses princípios, o sopesamento deve ser realizado, levando-se em conta a posição em que se encontra cada um dos princípios colidentes.

Assim, não resta dúvida de que, em caso de colisão entre o princípio da privacidade e os princípios liberais que privilegiam o interesse econômico, aquele deve prevalecer, porque integrante dos direitos da personalidade e garantidor da dignidade da pessoa humana.

3.2 DEFINIÇÃO DO ESCOPO DO DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Por tudo o que já foi dito, pode-se concluir que o direito à privacidade possui um âmbito de proteção bastante amplo, ou seja, trata-se de um “direito guarda-chuva”³⁷².

³⁶⁹ Art. 1º, IV, CR/1988.

³⁷⁰ Art. 1º, III, CR/1988.

³⁷¹ Art. 1º, CR/1988.

³⁷² No original “*umbrella right to privacy*”, BENN, op. cit., p. 224.

Fazem parte do escopo do conceito de privacidade, e por isso merecedores de proteção em nível constitucional como norma de direito fundamental, os seguintes direitos, conforme já previstos por Alan Westin³⁷³:

- a) direito de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem para si mesmos quando, como e em qual extensão, as informações sobre eles são comunicadas a outras pessoas;
- b) direitos que uma pessoa tem de, voluntária e temporariamente, retirar-se do convívio social, por meios físicos ou psicológicos, em um estado de isolamento ou na intimidade de um pequeno grupo, ou, quando entre várias pessoas, em uma condição de anonimato ou de reserva; e
- c) direito de não ser investigado ou importunado indevidamente pelo Governo ou por entidades privadas.

Nesse contexto, o direito à privacidade engloba:

- a) o direito à solidão;
- b) o direito a não ser vigiado;
- c) o direito à não divulgação de fatos privados, sem a devida autorização;
- d) o direito a não ser exposto à situação vexatória;
- e) o direito à confidencialidade;
- f) o direito à intimidade;
- g) o direito ao anonimato; e
- h) o direito à paz de espírito.

Assim, o que foi elencado serve como parâmetro para se definir a extensão ou o alcance do direito fundamental à privacidade.

Entretanto, especificamente quanto ao problema da vigilância e do controle social e da violação do direito à privacidade por meio da tecnologia da Informação, principalmente pela informática e pela *Internet*, Daniel Solove³⁷⁴, professor na Escola de Direito da Universidade George Washington, propôs uma nova taxonomia para definir o escopo do direito à privacidade.

³⁷³ WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. The Bodley Head Ltd. 1970, p. 37.

³⁷⁴ SOLOVE. *Understanding...*, op. cit., p. 104-5.

Valendo-se dos quatro estados de privacidade individual (solidão, intimidade, autonomia e reserva), os quais criam o que Alan Westin denominou “barreira psicológica contra intromissão indesejada”³⁷⁵ e dos quatro diferentes tipos de atividades nocivas ao direito à privacidade (intromissão, divulgação, publicidade e apropriação)³⁷⁶, identificados por William Prosser, o autor Daniel Solove define o escopo do direito à privacidade, no âmbito da tecnologia da informação, de acordo com os quatro grupos básicos de atividades³⁷⁷, a seguir:

- a) coleta de informações;
- b) processamento de informações;
- c) disseminação de informações; e
- d) invasão.

Todas essas atividades têm em comum o sujeito portador das informações, ou seja, o indivíduo cuja vida é diretamente afetada e que é fonte ou objeto de interesse dessas atividades. Assim, ao desenvolver qualquer atividade que requeira o uso da informática e/ou da *Internet*, o cidadão terá sua privacidade protegida, desde que tal atividade não pertença a um dos grupos acima citados.

Ocorre a coleta de informações quando entidades externas (outras pessoas, empresários e governantes), sem o consentimento do indivíduo, extraem dele informações privadas. Nesse sentido, há que se observar que nem toda coleta de informação pode ser classificada como uma conduta nociva.

Segundo Daniel Solove, as formas mais usuais de se realizar coleta de informações se dão por intermédio da vigilância e da interrogação³⁷⁸. Assim, por vigilância, entende-se a atividade de vigiar e gravar informações privadas de um indivíduo, principalmente através de *cookies* e dos provedores de pesquisas, como o GoogleTM, Yahoo![®] e o BingTM. Já a interrogação ocorre por meio dos diversos tipos de questionários apresentados aos usuários da *Internet*, normalmente oferecendo algum brinde como recompensa pelas informações prestadas, principalmente pelos *sítes* de lojas.

³⁷⁵ WESTIN *apud* SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 222. No Original: “*psychological barrier against unwanted intrusion*”.

³⁷⁶ Conforme explicados no item 2.1.5.

³⁷⁷ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 103.

³⁷⁸ *Idem*, *ibidem*.

O processamento de informações é o grupo de atividades desenvolvidas pelos “armazenadores dos dados”³⁷⁹, que compreende o armazenamento propriamente dito, a combinação, a manipulação, a pesquisa e o uso das informações. Nesse grupo estão presentes as seguintes atividades específicas³⁸⁰:

- a) agregação: atividade que envolve a combinação de vários pedaços de dados sobre um indivíduo, para que seja revelado a outrem algo novo e escondido;
- b) identificação: é a atividade de vincular a informação armazenada a um indivíduo em particular;
- c) insegurança: envolve o descuido daquele que armazena informações privadas alheias, permitindo o vazamento dessas informações ou o acesso a elas de modo impróprio;
- d) uso secundário: é o uso para fins diferentes daqueles inicialmente acordados, sem expreso consentimento do indivíduo de quem as informações foram coletadas; e
- e) exclusão: é a não permissão ao real proprietário das informações de saber sobre os dados que outras pessoas têm a respeito dele e de sobre o processamento e uso destes.

Já o grupo de disseminação de informações envolve as condutas de divulgação e de transferência de dados pessoais a terceiros ou a simples ameaça de que isso ocorra. Para Daniel Solove, fazem parte desse grupo as seguintes condutas³⁸¹:

- a) quebra do sigilo: é a quebra da promessa de manter uma informação privada confidencial;
- b) divulgação: é a revelação de informação verdadeira sobre um indivíduo que afeta o modo de as outras pessoas julgarem a reputação dele;
- c) exposição: é a revelação de atributos físicos e/ou emocionais de um indivíduo que o coloca em situação humilhante;

³⁷⁹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 103. No original: “data holders”.

³⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 104-5.

³⁸¹ Idem, *ibidem*.

- d) chantagem: é a ameaça ao indivíduo de divulgação de suas informações pessoais;
- e) apropriação: é a utilização dos dados pessoais do indivíduo de quem as informações foram coletadas para servir aos interesses e objetivos de terceiros; e
- f) distorção: é a disseminação de informações falsas ou enganosas sobre o indivíduo.

Por fim, o grupo das atividades de invasão compreende aquelas cuja meta é a intromissão nos assuntos privados das pessoas. Fazem parte desse grupo as atividades de intromissão e de interferência decisória, entendendo-se por intromissão as ações invasivas que perturbam a tranquilidade ou o isolamento alheio, e por interferência decisória a incursão de terceiros nas decisões sobre assuntos privados³⁸².

A análise da efetividade do direito à privacidade, conforme definido no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, ante as tecnologias de vigilância e controle social, será realizada levando-se em conta que o âmbito de proteção do direito à privacidade deve ser suficientemente amplo para coibir violações provenientes de quatro grupos de ameaças, a saber: coleta de informações, processamento de informações, disseminação de informações e invasão.

3.3 VIGILÂNCIA E CONTROLE SOCIAL POR MEIO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Tendo como ponto de partida os quatro grupos de atividades nocivas ao direito à privacidade, conforme taxonomia proposta por Daniel Solove, é possível a identificação de uma imensa gama de novas tecnologias que favorecem o controle social e a vigilância do cidadão, tanto por parte do governo, quanto por grandes corporações privadas. Assim, neste tópico, realizar-se-á a análise dessas novas tecnologias.

Segundo Daniel Solove, a privacidade do cidadão é constantemente violada, no contemporâneo mundo digital, por uma ou por várias das seguintes atividades nocivas, nas formas demonstradas na figura adiante³⁸³:

³⁸² SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 105.

³⁸³ Idem, *ibidem*, p. 104.

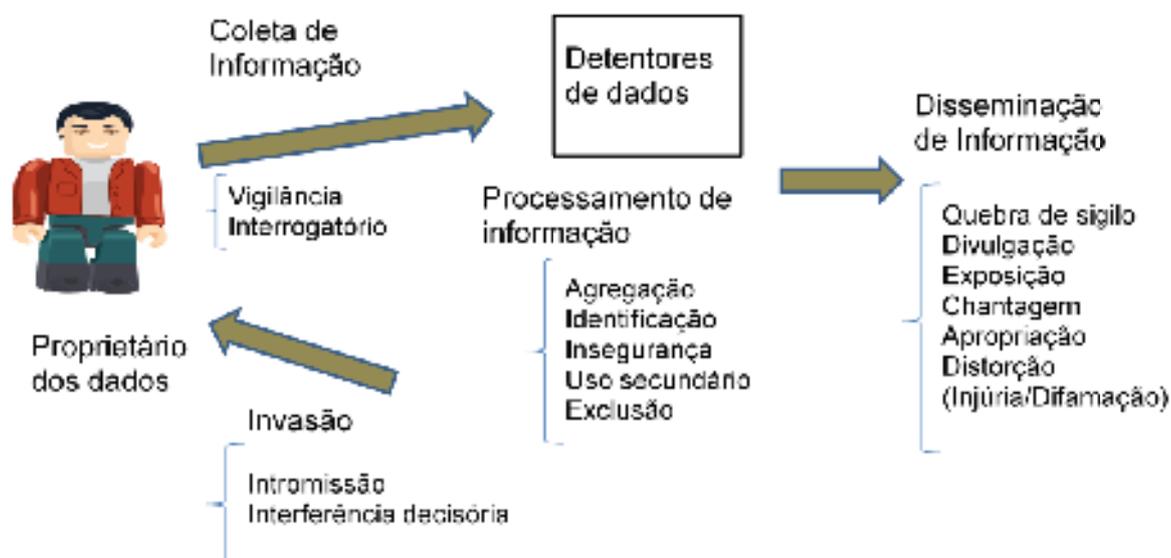


Figura 1 – Atividades Nocivas à Privacidade

3.3.1 Coleta de Informações

A coleta de informações é o grupo no qual se encontram as atividades responsáveis por obter informações do proprietário dos dados, em regra sem seu conhecimento ou sem que ele possa fazer algo para impedir que a coleta ocorra. Fazem parte desse grupo as atividades de vigilância e de interrogatório.

3.3.1.1 Vigilância

Não há discussão a respeito do fato de os Estados sempre terem realizado controle social. Desde os tempos mais remotos até os dias atuais, do mais democrático ao mais totalitário dos Estados, a vigilância da população sempre foi uma estratégia usada pelos governantes como instrumento para a manutenção da paz e da segurança de uma nação. Entretanto, mudam, dependendo do momento histórico e do regime político adotado pelo Estado, a intensidade do controle social e a forma com que ele é praticado.

Dentre as mais antigas e as mais simples formas de vigilância de que se tem conhecimento, pode-se citar o censo demográfico.

O censo demográfico é a mais constante forma de controle social, usada desde os tempos mais remotos³⁸⁴ até os dias atuais. Por meio dele, são possíveis a contagem da população de uma determinada região e a sua classificação segundo alguns critérios, como a idade, o sexo, a religião, a renda *per capita*, o nível de escolaridade etc. valendo-se do censo, o governante tem acesso a informações demográficas, econômicas e sociais sobre determinado grupo populacional, relativas a uma determinada data ou período de tempo. Atualmente, os dados estatísticos dos censos auxiliam os governos na determinação de diversas metas a serem atingidas e na criação de inúmeros programas sociais, como, por exemplo, na melhor distribuição dos recursos públicos para as áreas de saúde, educação, transporte etc.

Entretanto, apesar de ainda bastante importante, o censo demográfico não é mais a única forma de controle social praticado pelo Estado. Com o rápido e crescente avanço tecnológico, modernas ferramentas têm auxiliado não apenas o governo, mas inclusive entidades privadas, a praticar vigilância sobre os cidadãos. Fazem parte desse novo arsenal tecnológico utilizado para controlar as atividades dos indivíduos, por exemplo, as seguintes ferramentas:

- a) câmeras de vigilância;
- b) escutas;
- c) GPS³⁸⁵;
- d) celulares;
- e) *scanner* corporal³⁸⁶ e térmico³⁸⁷;
- f) *phishing*³⁸⁸;

³⁸⁴ O registro mais antigo sobre censo demográfico data de 2.238 a.C.; que ocorreu na China, sob o governo do Imperador Yao. Sua finalidade era realizar a contagem da população e da lavoura cultivada. Há também registros de um censo realizado no Egito do tempo de Moisés, em 1700 a.C. Conferir Instituto Nacional de Estatística. Statistics Portugal. Disponível em: <http://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpid=CENSOS&xpgid=censos_bhistoria>. Acesso em: 18/06/2009.

³⁸⁵ Sigla da expressão em inglês *Global Positioning System* (Sistema de posicionamento global). Trata-se de um sistema de radionavegação do governo dos Estados Unidos, que fornece, gratuitamente, a qualquer pessoa que possua um aparelho receptor, em qualquer lugar do mundo, a sua exata localização geográfica, além de outros dados sobre o tempo. Fonte: *site* do Governo dos Estados Unidos, desenvolvido pela Agência Americana de posicionamento por radionavegação e armazenado pelo Centro de Navegação da Guarda Costeira dos Estados Unidos, disponível em: <www.gps.gov>. Acesso em: 15/02/2010.

³⁸⁶ Aparelho instalado nos principais aeroportos, em diversas cidades do mundo, capaz de “desnudar” uma pessoa para identificar os objetos por ela escondidos nas roupas e no corpo.

³⁸⁷ Aparelho capaz de identificar variações térmicas em pessoas e em objetos. Geralmente utilizado em locais de grande movimentação de pessoas, com o objetivo de identificar aquelas com possível febre. Também utilizado por policiais na identificação de residências que apresentam um ambiente com elevada temperatura, onde, supostamente, pode estar ocorrendo plantio de maconha, que depende de muita luz e calor.

- g) *cookies*³⁸⁹,
- h) *e-mail* fornecido por empresas que também fornecem ferramentas de busca, como: Gmail™, Hotmail ou Yahoo!®; e
- i) ferramentas de busca, como Google™, Bing™, Yahoo!®³⁹⁰.

Quanto às câmaras de vigilância, elas já estão instaladas em diversos locais, tanto públicos quanto privados. Nas principais cidades brasileiras, facilmente se veem câmaras instaladas em praças, ruas e avenidas, centros comerciais, metrô, ônibus, escolas, hospitais, campos de futebol, condomínios, escritórios e em órgãos públicos. Cada vez menores e com maior poder de alcance, as câmaras, muitas vezes, são camufladas em postes, em árvores e nas estruturas arquitetônicas das construções para que a vigilância possa ser feita sem chamar muito a atenção das pessoas. O mesmo se pode falar acerca das escutas telefônicas ou ambientais.

No que tange ao GPS, inicialmente criado para fins militares, hoje, de fácil acesso, está presente em diversos bens de consumo, como, por exemplo, em veículos de transporte de cargas e de passageiros, automóveis e em diversos aparelhos eletrônicos, principalmente nos celulares. Essa tecnologia permite a localização exata das pessoas que utilizam esses bens, e, por isso, em muitas situações, quando o indivíduo deseja manter-se isolado, o rastreamento configura violação à privacidade alheia.

Independentemente de possuir ou não um GPS instalado, o celular, por si só, também permite a identificação do perímetro em que se encontra o seu portador. Quando o usuário se locomove com o aparelho, este emite sinais para as antenas de comunicação mais próximas, daí a possibilidade de se identificar a área em que o usuário se encontra. Da mesma forma que o GPS, essa tecnologia pode ser útil quando se trata de questões de segurança pública, porém pode configurar instrumento de violação à privacidade, quando usada para outras finalidades.

³⁸⁸ Técnica utilizada por pessoa mal-intencionada, através de envio de falsos *e-mails* ou de construção de falsas páginas de *sites* de bancos, *sites* de relacionamento ou de lojas famosas na *Internet*, com o objetivo de capturar dados pessoais, principalmente a identificação e senha bancária e o número de cartão de crédito.

³⁸⁹ Arquivo instalado no computador de um usuário da *Internet*, por um *site* por ele visitado, com o objetivo de identificar as demais páginas visitadas pelo usuário, bem como as figuras e os *links* por ele clicados. Dessa forma, é possível identificar os gostos de um usuário e, assim, oferecer novos serviços e novas promoções de vendas na *Internet*. Para os usuários do sistema operacional Windows XP, os *cookies* são armazenados na pasta <C:\Windows\Cookies>. Para os usuários do Windows Vista ou Windows 7, esses arquivos são armazenados na pasta <C:\User\AppData\Roaming\Microsoft\Windows\Cookies>.

³⁹⁰ São páginas da *Internet* que funcionam como um sistema de recuperação de informação na rede mundial de computadores. Os resultados da pesquisa são normalmente apresentados em uma lista de resultados que pode consistir de outras páginas *web*, imagens, informações e outros tipos de arquivos.

Com base nessa possibilidade, o Google™ desenvolveu mais um serviço: o Google™ Latitude³⁹¹, serviço de localização de amigos através do celular. O Google™ Latitude utiliza-se do serviço do Google™ Maps³⁹² e mostra para um indivíduo que tem a posse de um celular o endereço e o mapa do local onde se localiza a outra pessoa que ele deseja encontrar.

Dos exemplos descritos como pertencentes às novas tecnologias capazes de realizar vigilância do cidadão, os *cookies* e as ferramentas de busca são específicos para a *Internet*, porém são bastante usados por entidades governamentais e, principalmente, por entidades privadas.

Para ilustrar a capacidade com que as grandes corporações públicas e privadas conseguem coletar informações a respeito de usuários dos seus serviços, passa-se, por ora, a analisar como os provedores de ferramentas de busca utilizam-se dos *cookies*, das ferramentas de busca e de outros utilitários na montagem de dossiês digitais.

Assim, o cenário que se passa a imaginar é o de um usuário da *Internet* que faz uso de três aplicativos gratuitos: a ferramenta de busca do Google™, o aplicativo embutido nos *sites* da *Internet* Google™ AdSense e do aplicativo de correio eletrônico (*e-mail*) Gmail™³⁹³.

Toda vez que um usuário da *Internet* faz uma pesquisa utilizando-se da ferramenta de busca do Google™ é criado um cadastro no servidor como as informações do número do *cookie* criado no computador do usuário, o endereço IP³⁹⁴ usado na conexão, a identificação do programa de browser³⁹⁵ usado, a língua do país, a data e hora do acesso e a expressão pesquisada. Uma vez que a maioria dos usuários não se preocupa em limpar os rastros por eles deixados durante a navegação pela *Internet*, torna-se possível ao Google™ vincular o *cookie* criado

³⁹¹ Disponível em: <http://www.google.com/intl/en_us/latitude/intro.html>. Acesso em: 01/04/2010.

³⁹² Serviço de mapas de cidades via *Internet* ou celular. Disponível em: <<http://www.google.com/mobile/maps/>>. Acesso em: 01/04/2010.

³⁹³ Exemplo adaptado do estudo realizado por DELICHATSIOS e SONUYI, 2005. Ao combinar informações de seus diferentes serviços, a partir dos *cookies*, com os dados cadastrais desses mesmos usuários, o Google™ é capaz de criar imensos dossiês com informações privadas sobre seus usuários individuais.

³⁹⁴ O endereço IP é o número que identifica, de maneira lógica e hierárquica, um dispositivo (normalmente um computador) em uma rede de dispositivos eletrônicos. O endereço IP é fornecido pelo serviço de provedor de *Internet* do usuário. Este número pode ou não mudar a cada vez que o usuário se conecta à *Internet*, mas em cada caso, o endereço IP revela informações específicas de localização do usuário. DELICHATSIOS; SONUYI, op. cit. p. 6.

³⁹⁵ Programa de computador usado para recuperar, apresentar e transmitir informações na *Internet*. São exemplos desses aplicativos: Internet Explorer®, Firefox® e o Google™ Chrome.

durante aquela navegação com outras informações por ele já coletadas, sobre um usuário, enquanto este possuir o mesmo computador.

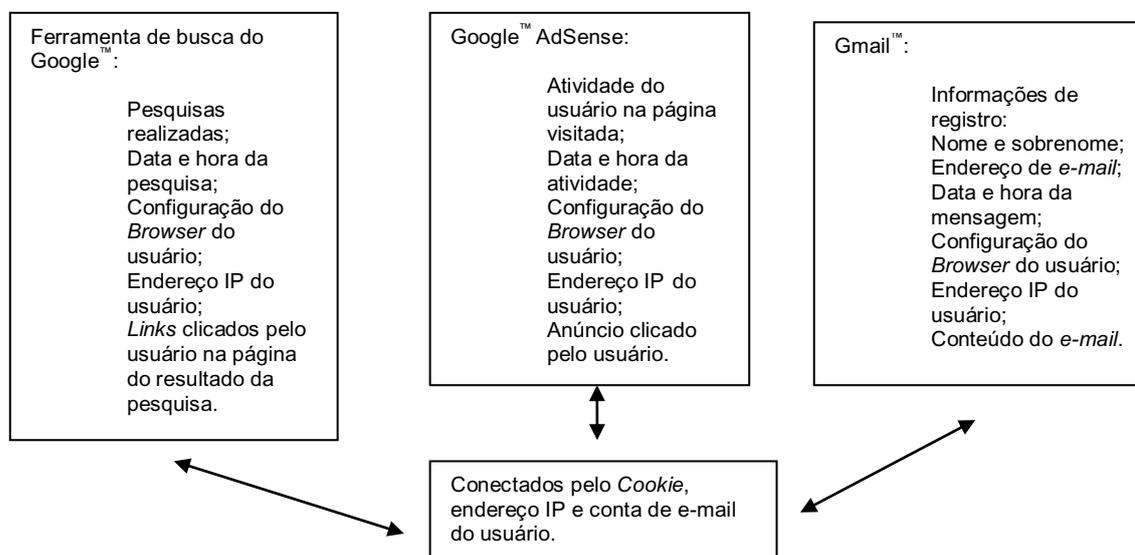


Figura 2 – Representação da Coleta de Informações a partir de Três Serviços do Google™ e de como as Informações Podem Ser Inter-relacionadas através do *Cookie*, Endereço IP e da Conta do Gmail™ .

Ao realizar uma pesquisa para um usuário, o Google™ armazena, no *cookie*, informação sobre qual *link* foi clicado por ele, com o objetivo de determinar o quão frequente o usuário se satisfaz com a primeira opção oferecida na lista de resultados da pesquisa. Na verdade, após ele deixar a página de resultados³⁹⁶, o Google™ rastreia por onde o usuário navegou. Sem o conhecimento do usuário, o Google™ também armazena informações sobre suas atividades nos demais *sites* visitados, desde que estes sejam construídos com uma outra ferramenta de vigilância: o Google™ AdSense.

O AdSense é um serviço do Google™ que permite a um *site* da *Web* hospedar um anúncio contextualizado, que gera receita mediante um custo-por-*click*, ou seja, o anunciante fatura toda vez que um usuário do *site* clica no anúncio. Assim, um *site* da *Internet* que usa o AdSense, permite que o Google™ faça o controle do tipo, do local e do número de anúncios a serem divulgados automaticamente na página. Dessa forma, o Google™ utiliza-se do conteúdo da página, da língua, do país e da

³⁹⁶ DELICHATSIOS; SONUYI, op. cit., p. 7.

cidade, com base no endereço IP extraído do *cookie*, para selecionar o melhor anúncio para aquele usuário específico. Assim, toda vez que um usuário acessa uma página da *Web* desenvolvida com o aplicativo AdSense, o Google™ consegue registrar o endereço da página visitada, bem como quantas vezes o usuário clicou em um determinado anúncio, como parte do método de pagamento³⁹⁷.

A outra forma de vigilância praticada pelo Google™ é por intermédio do seu serviço de *e-mail*: o Gmail™. Trata-se de um serviço de *e-mail* igual a qualquer outro. A diferença, entretanto está no fato de o Gmail™ utilizar-se da ferramenta de busca do Google™ para “ler” os *e-mails* dos usuários³⁹⁸. De acordo com determinadas expressões contidas nas correspondências, o Gmail™ passa a apresentar anúncios de propagandas contextualizadas ao usuário. Outra diferença reside no fato de o Gmail™ fornecer uma imensa área para o armazenamento dos *e-mails* enviados e recebidos, um incentivo para que o usuário não os exclua.

Com o Gmail™, o Google™ coleta informações pessoais dos usuários, valendo-se do cadastro do usuário e do conteúdo das mensagens. Fazem parte das informações obrigatórias para o cadastro do usuário o registro do nome, sobrenome e do endereço do *e-mail* secundário para o envio da senha, caso o usuário a esqueça. Mesmo que o usuário informe nomes falsos durante o cadastro, pelos *cookies* armazenados no computador do usuário, o Google™ consegue vincular a conta falsa com a outra conta verdadeira do usuário, desde que ele utilize o mesmo computador para acessar as duas contas de *e-mail*³⁹⁹.

Outra grande ameaça à privacidade, no caso do Gmail™, ocorre quando o usuário resolve excluir uma mensagem do serviço de *e-mail* ou quando solicita o encerramento de sua conta. Para o usuário, o Gmail™ fornece a informação de que a mensagem ou foi excluída ou de que foi a conta encerrada, porém o Google™ mantém cópia, por questões de segurança, de todas as mensagens e dos dados das contas, por um período indeterminado⁴⁰⁰.

As intenções do Google™ com a coleta de informações dos usuários por meio dos serviços de ferramentas de busca e de *e-mail*, é tão somente melhorar a qualidade dos serviços prestados e aprimorar os resultados das pesquisas e a

³⁹⁷ DELICHATSIOS; SONUYI, op. cit., p. 7-9

³⁹⁸ A leitura é feita pelo próprio sistema de busca e não por pessoas físicas.

³⁹⁹ DELICHATSIOS; SONUYI, op. cit., p. 10.

⁴⁰⁰ Idem, ibidem.

seleção de anúncios⁴⁰¹. Entretanto, é evidente que o Google™ consegue, facilmente, vincular as atividades dos usuários por meio dos registros armazenados nos *cookies*, do endereço IP e da conta de *e-mail* e, assim, montar um dossiê individual para cada usuário⁴⁰².

Ainda sobre as questões relacionadas à vigilância e à violação de privacidade alheia, a empresa Google™ está sendo investigada por violação da lei sobre interceptação de comunicações nos Estados Unidos, na Alemanha, Itália, Áustria, Espanha, entre outros países, pelo fato de seu serviço Google Street View, que fornece a visão panorâmica em 360° de ruas, em diversas cidades ao redor do mundo, ter sido flagrado capturando informações privadas de redes sem fio desprotegidas⁴⁰³.

Assim, quando se passam a levar em consideração todos os serviços oferecidos pelo Google™ e a tamanha quantidade de informações privadas ao seu dispor, observa-se que a criação de dossiês digitais torna-se uma potencial ameaça à privacidade.

3.3.1.2 Interrogatório

A coleta de informações ocorre não apenas por meio de vigilância, ela pode também ser realizada por intermédio de interrogatórios.

Comumente usado para extrair informações de pessoas suspeitas de terem praticado algum ato ilícito, principalmente no âmbito penal, o interrogatório é uma técnica antiga e consiste basicamente na realização de perguntas específicas a um indivíduo, que, ao respondê-las, acaba por revelar condutas, fatos e atitudes por ele praticadas.

Bastante usado pela Igreja Católica, o interrogatório, durante a Idade Média, (sob a forma de confissão) serviu como instrumento de controle social e de

⁴⁰¹ Conforme política de privacidade do Google™, disponível em: <<http://www.google.com.br/intl/pt-BR/privacypolicy.html>>. Acesso em: 03/04/2010.

⁴⁰² DELICHATSIOS; SONUYI, op. cit., p. 11.

⁴⁰³ LOGSDON, Lacey R. *Google Street View Takes more than Pictures – Interception of Private “Payload” Data Leads to Further Privacy Concerns*. In: Vanderbilt Journal of Entertainment Technology Law, 20/05/2010. Disponível em: <<http://jetl.wordpress.com/2010/05/20/google-street-view-takes-more-than-pictures-interception-of-private-payload-data-leads-to-further-privacy-concerns/>>. GUYNN, Jessica. *FTC asks Google not to destroy documents about collecting Wi-Fi data*. In: Los Angeles Times, 28/5/2010. Disponível em: <<http://www.latimes.com/business/la-fi-google-20100528,0,4596451.story>>. Acesso em: 01/06/2010.

consolidação do Cristianismo e, no período da Inquisição (século XV-XVIII), como forma de centralização do poder⁴⁰⁴.

A Inquisição católica foi, durante mais de três séculos, uma instituição capaz de moldar a sociedade europeia no período da formação dos Estados modernos, principalmente a camada feminina. Sob o pretexto de reforçar as regras morais do Cristianismo e de extinguir as práticas pagãs e as transgressões sexuais não aceitas pelos religiosos e nobres puritanos detentores do poder da época, os inquisidores interrogaram e torturaram milhares de pessoas, a fim de que confessassem a prática de tais atos⁴⁰⁵.

Os tribunais do Santo Ofício foram responsáveis pela normatização do comportamento público e privado de homens e mulheres da Europa moderna. Conforme relatado por Foucault, a Inquisição foi planejada e executada pelas classes dominantes, com a finalidade de obtenção de maior poder e controle sobre as atividades da população e de preparação de uma sociedade dócil e submissa para a Era Capitalista e Industrial que se iniciava⁴⁰⁶.

As técnicas de interrogatório continuam sendo aplicadas nos dias atuais, em especial nas atividades de investigação policial. Entretanto, de forma muito mais sutil e sem nenhuma violência, o interrogatório é também realizado por meio da *Internet*, sendo uma técnica bastante eficaz para a obtenção de informações valiosas dos cidadãos.

Atualmente, o interrogatório virtual é realizado mediante questionários apresentados, sobretudo, aos usuários que navegam em *sites* de grandes corporações privadas que vendem produtos pela *Internet*. É bastante comum, quando um indivíduo se cadastra em um *site* da *Internet*, ser-lhe apresentado um questionário com perguntas sobre a quantidade e os tipos de eletrodomésticos que possui em casa, a marca e o modelo de seu carro, a faixa da renda individual e familiar, as atividades intelectuais e esportivas de que gosta etc.

⁴⁰⁴ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: malleus maleficarum*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991.

⁴⁰⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 18. ed., São Paulo: Editora Graal. 2007. O mesmo processo de dominação pode ser observado nas técnicas definidas por Jeremy Bentham em *O Panóptico*.

Há vários aplicativos gratuitos disponíveis na *Internet*⁴⁰⁷ que possibilitam a qualquer pessoa criar e aplicar questionários virtuais para a realização de coleta de dados em pesquisas quantitativas.

A aplicação dos questionários em si mesma, em regra, não viola a privacidade das pessoas, porém a análise dos dados respondidos feitas mediante modernas técnicas de processamento de informações, é que possibilita a violação do direito à privacidade.

As modernas técnicas de coleta de informações realizadas por meio da vigilância e do interrogatório virtual, além de serem potenciais ameaças à privacidade, também provocam no cidadão usuário da *Internet* ansiedade, autocensura, inibição, desconforto e perda da liberdade⁴⁰⁸.

3.3.2 Processamento de Informações

De acordo com a taxonomia proposta por Daniel Solove, o processamento de informações é o grupo ao qual pertencem as atividades que envolvem a manipulação dos dados já previamente coletados das pessoas, ou seja, diz respeito ao uso, ao armazenamento e ao manuseio desses dados⁴⁰⁹.

3.3.2.1 Agregação

Governos de diferentes nações sempre buscaram um método para reunir as diferentes informações obtidas dos dados coletados dos cidadãos espalhados pelos diversos órgãos governamentais. Com o crescente desenvolvimento da computação, a partir dos anos 1960, essa vontade deixou de ser meramente um sonho e começou a ser posta em prática em diversos países⁴¹⁰.

O perigo de se agregarem, em um grande banco de dados, informações já coletadas pelo governo, mas espalhadas em diversos outros bancos de dados menores, está no fato de que, isoladamente, as informações pouco revelam sobre as

⁴⁰⁷ Como exemplo, podemos citar o Email Questionnaire, desenvolvido pela empresa CompressWeb. Disponível em: <<http://ultradownloads.com.br/download/Email-Questionnaire/>>. Acesso em: 04/04/2010.

⁴⁰⁸ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 106-17.

⁴⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 104-5.

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 118. Projeto Centro Federal de Dados, do Governo dos EUA, iniciado em 1965, mas logo descartado por pressão do Congresso Americano, por violação da privacidade dos cidadãos. Projeto Safari, do governo da França, em 1974, também paralisado, após aprovação pelo Congresso francês da lei sobre privacidade.

atividades de um indivíduo, porém, uma vez reunidas, elas passam a formar um verdadeiro retrato digital da pessoa. Ou seja, o todo passa a ser muito maior do que a soma das partes, pois, com a agregação, é possível a extração de novos fatos sobre um indivíduo, os quais ele não esperava que fossem descobertos, quando da coleta dos dados originais⁴¹¹.

Uma das mais avançadas técnicas de agregação de informações é a de mineração de dados (*data mining*). Trata-se de um conjunto de técnicas usadas para extrair informações ‘enterradas’ em um banco de dados ou informações previamente desconhecidas dele. Pela mineração de dados, é possível a obtenção de novos padrões de comportamento ou de novos relacionamentos de um banco de dados e seu uso futuro em decisões comerciais proativas, por exemplo⁴¹².

De acordo com Ann Cavoukian, membro da Comissão para Controle de Informações e Privacidade da cidade de Ontário, Canadá, as grandes corporações comerciais se utilizam da técnica de mineração de dados para atingir quatro propósitos principais⁴¹³:

- a) aumentar a aquisição e a fidelidade de clientes;
- b) reduzir fraudes;
- c) identificar ineficiências internas e, em seguida, renovar os serviços prestados; e
- d) mapear o território inexplorado da *Internet*.

Operadoras de cartão de crédito, bancos e instituições financeiras se utilizam da mineração de dados para criar dossiês digitais sobre um provável cliente. O dossiê é o instrumento de que se servem essas instituições para julgar a veracidade das informações prestadas pelo cliente em potencial. A oportunidade que um indivíduo tem de receber um empréstimo com taxas mais baixas ou mais altas, ou de obter mais ou menos crédito não depende apenas da sua palavra, mas da sua reputação financeira. Essa reputação é agora verificada mediante a coleta e o processamento das informações que o indivíduo vai deixando espalhadas em vários bancos de dados, tanto públicos quanto privados⁴¹⁴.

⁴¹¹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 117-8.

⁴¹² CAVOUKIAN, *Data mining: staking a claim on your privacy*. Information and Privacy Commissioner. Ontario, jan. 1998. Disponível em: <www.ipc.on.ca>. Acesso em: 06/12/2008.

⁴¹³ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁴ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 119.

Por sua vez, as entidades públicas têm se servido da técnica de mineração de dados para descobrir fraudes nas declarações de imposto de renda, ao cruzar informações prestadas pelos contribuintes com seus demais dados armazenados nos diversos bancos de dados públicos. Também usam tal técnica na identificação de vínculos entre um suspeito de terrorismo, por exemplo, e outros indivíduos⁴¹⁵.

A agregação é uma ferramenta útil quando usada por *sites* da *Internet* na realização de ofertas ou promoções personalizadas a seus clientes, bem como quando usada pela polícia para identificar criminosos, desde que respeitadas as garantias constitucionais dos cidadãos. Por outro lado, os malefícios da agregação são observados quando ocorre violação à privacidade de um indivíduo. Isso acontece principalmente quando⁴¹⁶:

- a) as pessoas esperam certos limites ao que é conhecido sobre elas;
- b) a combinação das informações espalhadas pelas pessoas revelam mais do que elas queriam que fosse conhecido;
- c) a agregação aumenta o poder que o Governo e as entidades privadas têm sobre o indivíduo (dossiês digitais); e
- d) a agregação leva a distorções, ou seja, quando a tomada de decisões é feita com base em dados desatualizados.

3.3.2.2 Identificação

A identificação é uma das formas existentes de se vincular um número único a um determinado indivíduo, com o objetivo de diferenciá-lo dos demais. É uma modalidade de associação de dados a um indivíduo em particular.

Atualmente, no Brasil, são várias as instituições públicas e privadas que realizam identificação do cidadão. A seguir serão citados, como exemplo, alguns dos cadastros com finalidade de identificação mais comuns:

- a) Número Único de Registro de Identidade Civil (Carteira de Identidade)⁴¹⁷;
- b) Cadastro de Pessoas Físicas (CPF)⁴¹⁸;

⁴¹⁵ SOLOVE; SCHWARTZ, op. cit., p. 335.

⁴¹⁶ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 119.

⁴¹⁷ Regulamentado pela Lei 9.454/97.

⁴¹⁸ Regulamentado pela Instrução Normativa RFB n. 864/2008.

- c) Cadastro Específico do INSS (CEI) e do Número de Identificação do Trabalhador (NIT), que são integrantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais⁴¹⁹;
- d) Registro Nacional de Veículos Automotores (RENAVAM)⁴²⁰;
- e) os cadastros de Assinaturas Digitais⁴²¹; e
- f) SERASA e SPC⁴²².

A Lei 9.454/97, com as alterações realizadas pela Lei 12.058/2009, determina a competência do Poder Executivo Federal para instituir o Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, que deve conter o número único de Registro de Identidade Civil, acompanhado dos dados de identificação de cada cidadão. Fica obrigado a adquirir o número de identidade civil todo cidadão brasileiro nato ou naturalizado, devendo este apresentar esse registro ao se relacionar com a sociedade e com os organismos governamentais e privados. Para a realização desse cadastro, a União pode estabelecer convênios com os Estados e o Distrito Federal, com o objetivo de implementar o número único de registro de identificação civil.

O Cadastro de Pessoas Físicas é administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)⁴²³. Estão obrigadas a inscrever-se no cadastro todas as pessoas físicas que obtiveram ou que visam a obter alguma renda e, por isso, devem apresentar a declaração de imposto sobre a renda ou pagar algum tributo decorrente da transação geradora dessa receita. Também são obrigadas a se cadastrar as pessoas que pretendem abrir conta corrente ou conta poupança em algum banco no Brasil, bem como aqueles com mais de 18 anos e que constam como dependentes na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda de outra pessoa. A inscrição também pode ser realizada de ofício, entre outros motivos, quando houver interesse da administração tributária ou mediante determinação judicial.

O CPF deveria ser usado, tão somente, para o controle, pela Receita Federal, do correto pagamento de tributos pelos contribuintes, porém seu uso extrapolou os limites estabelecidos na Instrução Normativa da RFB. Atualmente, exige-se o

⁴¹⁹ Regulamentado pela Instrução Normativa RFB n. 971/2009.

⁴²⁰ Regulamentado pela Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro.

⁴²¹ Regulamentada pela MP 2200-2/01.

⁴²² Não há legislação específica regulamentando as atividades dessas entidades privadas.

⁴²³ Criada pela Lei 11.457/07.

número de CPF para abertura de cadastro em lojas; para o cadastro de clientes especiais que recebem descontos em supermercados; na identificação de visitantes em condomínios residenciais; na inscrição de concursos públicos; para a compra de ingressos de cinema via *Internet* etc. Pelo fato de o cadastro da Receita Federal do Brasil ser confiável, diferentemente do cadastro do número de Identificação Civil, o número de CPF é a forma de identificação mais utilizada pelos brasileiros.

Assim, uma vez que praticamente todas as atividades realizadas por uma pessoa estão vinculadas ao seu número de CPF, torna-se possível rastreá-la. Basta digitar o número do CPF da pessoa que se queira investigar em alguma ferramenta de busca, como o Google™, para se obter uma gama imensa de informações sobre ela. Com base nas informações obtidas através de novas buscas, o dossiê vai sendo aumentado até que o seu tamanho ou o seu conteúdo esteja satisfatório.

Da mesma forma que o número do CPF, outros identificadores são criados pelo Poder Público para vincular informações específicas aos cidadãos. São exemplos o número do CEI ou o NIT, ou, ainda, o número do PIS/PASEP, ambos necessários para o Cadastro Nacional de Informações Sociais; e a placa do veículo, para o Registro Nacional de Veículos Automotores. No caso específico desses cadastros, as questões relacionadas à violação da privacidade podem se agravar. Uma vez que número do CPF do indivíduo também faz parte dos dados armazenados nesses bancos de dados, ele passa a ser o item de busca ou o identificador comum entre todos eles. Isso torna possível ampliar a pesquisa sobre as atividades de uma pessoa.

Quanto aos bancos de dados privados, como a SERASA e o SPC⁴²⁴, não há legislação que regulamente quais dados podem ser mantidos nesses sistemas. A criação desses bancos de dados é, entretanto, autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), desde que comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele⁴²⁵.

O CDC também determina que o consumidor tenha acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. Também especifica que os cadastros e dados de consumidores devem ter objetivos claros,

⁴²⁴ De acordo com o § 4º do art. 43, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

⁴²⁵ Art. 43, § 2º, da Lei 8.078/90.

verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

De acordo com a própria SERASA⁴²⁶, o banco de dados mantido pela instituição é um dos maiores do mundo. Nele são armazenados os dados cadastrais de empresas e cidadãos, bem como as informações negativas que indicam dívidas vencidas e não pagas e os registros de protesto de título, ações judiciais, cheques sem fundos e outros provenientes de fontes públicas e oficiais. Essas informações são fornecidas aos bancos, às lojas do comércio, às pequenas, médias e grandes empresas, com o objetivo de dar apoio às decisões de crédito e, assim, tornar os negócios mais baratos, rápidos e seguros.

A SERASA também possibilita consulta completa sobre uma determinada pessoa física⁴²⁷. Para que uma empresa tenha uma visão ampliada do perfil do consumidor, a instituição fornece um relatório específico (dossiê digital), o qual contém informações cadastrais, 'comportamentais de consumo' e de inadimplência. Esse é um serviço que permite às empresas uma melhor avaliação dos riscos no momento de oferecer crédito, podendo, de forma o mais segura possível, expandir sua carteira de clientes e 'aumentar sua rentabilidade'. Nesse relatório, são informados os dados cadastrais completos, como nome, idade, sexo, filiação, escolaridade, estado civil, endereços, telefones, cônjuge, dependentes, empregador, profissão e 'renda'. Também compõem o relatório as anotações de inadimplência, com informações sobre dívidas ativas e ocorrência de protestos, ações judiciais, dívidas vencidas e não pagas perante instituições financeiras e empresas, 'participação em insucesso empresarial' e cheques sem fundos. Por fim, o relatório traz ainda informações complementares, como consulta de cheque, 'análise de grafias', documentos roubados, sociedade do consumidor em alguma empresa, cheques roubados, sustados, cancelados e extraviados, outras ocorrências de sustação e registro de consultas a cheques e a crédito⁴²⁸.

A inclusão de dados privados em cadastros de negativação não leva em consideração o fato de o consumidor estar discutindo, administrativa ou judicialmente, a legalidade, a veracidade ou, ainda, o valor da dívida.

⁴²⁶ Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/serasa.htm>>. Acesso em: 06/04/2010.

⁴²⁷ Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/solucoes/creditbureau/index.htm?frompage=pme>>. Acesso em: 06/04/2010.

⁴²⁸ Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/solucoes/creditbureau/index.htm?frompage=pme>>. Acesso em: 06/04/2010.

A Lei Complementar 105, de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, considera que não há violação do dever de sigilo o fornecimento de informações que constem no cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes às entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Entretanto, a Lei Complementar não autoriza o fornecimento de informações que digam respeito, por exemplo, à renda do cidadão.

Sobre a Lei Complementar 105/01, há que se observar que se trata de uma norma restritiva do direito à privacidade sem autorização Constitucional. A existência de lei complementar deve ser expressamente prevista pela Constituição e, no caso específico do sigilo das operações de instituições financeiras, não há nem um artigo da Lei Maior prevendo a criação dessa espécie de lei. Nesse caso, observa-se, indiscutivelmente, o uso de manobras políticas e da força do poder econômico (em uma clara demonstração do poderio do Estado Liberal) em um flagrante desrespeito à Constituição. Desta forma, entende-se que a Lei Complementar 105/01 apresenta duvidosa constitucionalidade.

Além disso, não há, no Brasil, nenhuma legislação que regulamente o uso de banco de dados públicos ou privados para o processamento de informações pessoais de terceiros e que determine o nível de segurança deste e a responsabilização, no caso de vazamento de informações ou de violação à privacidade.

Em países como os Estados Unidos, a Suécia, a Austrália e Portugal, a criação de um cartão de identificação nacional é proibida por determinação constitucional, sob o fundamento de que tal prática é uma violação à privacidade dos cidadãos.

Ao passo que a identificação é uma ferramenta utilizada pelo governo e pelas entidades privadas como meio para a redução de fraude e para o aumento da responsabilização dos indivíduos, por outro lado, essa técnica produz diversos malefícios, como⁴²⁹:

- a) Redução do cidadão a um número;
- b) Vinculação de uma quantidade imensa de informações a uma pessoa;
- c) Facilidade para o monitoramento e a vigilância dos cidadãos;

⁴²⁹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 121-6.

- d) Aumento do poder do governo e das grandes corporações privadas sobre os cidadãos;
- e) Impedimento para que um indivíduo se torne anônimo.

A posição do STF sobre a possibilidade de criação de banco de dados de caráter público por entidades privadas, com finalidade de proteção ao crédito, pode ser conferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.790, na qual ele estabelece que

a convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC⁴³⁰.

3.3.2.3 Insegurança

A questão da insegurança está relacionada com a ausência ou com a ineficiente proteção dos bancos de dados repletos de informações privadas de terceiros. O roubo ou o vazamento de informações privadas produz grandes transtornos às vítimas, não apenas financeiros, mas também de ordem moral.

Nos Estados Unidos, casos de insegurança têm sido tratados pelos tribunais como violação à privacidade. O direito à privacidade se estende ao interesse pessoal em evitar a divulgação não autorizada de assuntos pessoais⁴³¹.

Ao redor do mundo, os países têm demonstrado preocupação quanto à segurança das informações armazenadas em meio digital. Isso pode ser comprovado mediante a existência de diversos convênios e tratados, como, por exemplo:

- a) APEC Privacy Framework⁴³²;
- b) OECD Privacy Guidelines on the Protection of privacy and Transborder Flows of Personal Data – Organization for Economic Co-operation and Development⁴³³;
- c) Diretiva 95/46/CE da Autoridade Europeia para a Protecção de Dados⁴³⁴;

⁴³⁰ ADI 1.790-5/DF.

⁴³¹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 128.

⁴³² Disponível em: <http://www.apec.org/apec/news___media/2004_media_releases/201104_apecminsendorse_privacyfrmwk.MedialibDownload.v1.html?url=/etc/medialib/apec_media_library/downloads/ministerial/annual/2004.Par.0015.File.v1.1>. Acesso em 06/04/2010.

⁴³³ Disponível em: <http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 06/04/2010.

- d) USA Freedom of Information, Privacy Act & WEB Inventories⁴³⁵, e;
- e) Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data⁴³⁶.

No Brasil, não há legislação que regule a matéria. O projeto de lei n. 3.360/00, que dispunha sobre a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas, foi arquivado. A questão da insegurança relacionada aos bancos de dados públicos e privados é resolvida por meio de perdas e danos. Compete, ainda, àquele que se sentir prejudicado provar que houve dolo ou culpa por parte de quem permitiu o vazamento de informações.

3.3.2.4 Uso secundário das informações privadas de terceiros

O uso secundário é a atividade relacionada ao grupo de processamento de informações e que corresponde à utilização das informações fornecidas por uma pessoa para um propósito diferente daquele inicialmente estabelecido, sem o conhecimento ou a expressa autorização do proprietário dos dados.

É bastante comum a compra e venda de informações privadas entre entidades comerciais para fins de envio de mala direta ou para realização de telemarketing. Na *Internet*, por conta dessa prática, os usuários de *e-mail* acabam recebendo inúmeras mensagens consideradas lixo, denominadas *spams*.

Nos Estados Unidos, a Privacy Act, de 1974, prevê que as agências informem às pessoas o propósito para o qual as informações coletadas serão usadas, nos seguintes termos:

*No agency shall disclose any record which is contained in a system of records by any means of communication to any person, or to another agency, except pursuant to a written request by, or with the prior written consent of, the individual to whom the record pertains*⁴³⁷.

⁴³⁴ PARLAMENTO..., 1995.

⁴³⁵ Disponível em: <http://www.usa.gov/Topics/Reference_Shelf/FOIA.shtml>. Acesso em: 06/04/2010.

⁴³⁶ PARLAMENTO..., 1981.

⁴³⁷ Em tradução livre: “Nenhuma entidade deve divulgar qualquer registro que está contido em um sistema banco de dados, por qualquer meio de comunicação, a qualquer pessoa, ou para outra agência, exceto por força de um pedido por escrito, ou com o consentimento prévio por escrito da pessoa a quem o registro pertence” Disponível em: <<http://www.justice.gov/opcl/privstat.htm>>. Acesso em: 06/04/2010.

A mesma previsão é feita em legislação específica, por exemplo, da União Europeia⁴³⁸, Austrália⁴³⁹ e do Canadá⁴⁴⁰.

No Brasil, entretanto, os órgãos governamentais podem estabelecer convênios entre si para troca de informações privadas dos cidadãos⁴⁴¹. O mesmo ocorre em relação às instituições privadas, como no caso da SERASA⁴⁴², por exemplo.

3.3.2.5 Exclusão

A exclusão é o ato praticado pelas entidades públicas e privadas de esconder do cidadão o fato de que realizam o processamento de informações privadas.

Em relação às atividades de processamento de informações privadas, nem uma delas deve ser mantida em segredo, uma vez que a qualquer indivíduo deve ser conferido o direito de saber sobre os dados armazenados que lhe dizem respeito, para qual propósito⁴⁴³, além do direito de poder alterá-los ou corrigi-los⁴⁴⁴.

Em países, como os Estados Unidos, além dos direitos mencionados, ao cidadão também é permitido negar que entidades financeiras compartilhem os seus dados privados com outras entidades⁴⁴⁵.

⁴³⁸ Art 6/1/b, da Diretiva Europeia 95/46/CE, sobre Proteção de Dados: “*Personal data must be collected for specified, explicit and legitimate purpose and not further processed in a way incompatible with those purposes*”. Em tradução livre: “Os dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas e não ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades” (PARLAMENTO..., 1995).

⁴³⁹ Australia Privacy Act/1988, Schedule 3 National Privacy Principles, Clause 2 – *Use and disclosure: An organisation must not use or disclose personal information about an individual for a purpose (the secondary purpose) other than the primary purpose*. Em tradução livre: “Uma organização não deve usar ou divulgar informações pessoais sobre um indivíduo para uma finalidade (o objetivo secundário), diferente do propósito original”. Disponível em: <[http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/44359AA44F2271CACA2576EE00142C22/\\$file/Privacy1988_WD02HYP.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/44359AA44F2271CACA2576EE00142C22/$file/Privacy1988_WD02HYP.pdf)>, acesso em: 06/04/2010.

⁴⁴⁰ *Personal Information Protection and Electronic Documents Act. Privacy Principles: The purposes for which personal information is collected shall be identified by the organization at or before the time the information is collected. Personal information shall not be used or disclosed for purposes other than those for which it was collected, except with the consent of the individual or as required by law. Personal information shall be retained only as long as necessary for the fulfilment of those purposes*. Em tradução livre: “Os fins para os quais as informações pessoais são coletadas deverão ser identificadas pela organização antes, ou durante a coleta da informação. As informações pessoais não devem ser utilizados ou divulgados para outros fins que não aqueles para os quais foram recolhidos, exceto com o consentimento do indivíduo ou como previsto em lei”. Disponível em: <http://www.priv.gc.ca/leg_c/p_principle_e.cfm#contenttop>. Acesso em: 06/04/2010.

⁴⁴¹ Conforme § 4º, do art. 1º da LC 105/01.

⁴⁴² Os dados de dívidas vencidas são enviados sob convênio com credores/fornecedores, indicando os dados do devedor. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/serasa.htm>>, acesso em: 06/04/2010.

⁴⁴³ No Brasil, esse direito é previsto no art. 43, § 2º, do CDC (Lei 8.078/90).

⁴⁴⁴ Direitos previstos na ação do *Habeas Data*, no art. 5º, LXXII, da Constituição brasileira de 1988, relacionados, tão somente, a banco de dados de caráter público.

⁴⁴⁵ Gramm-Leach-Bliley Act, de 12/nov/1999. Essa lei exige que as entidades financeiras mantenham uma política para a proteção dos dados armazenados contra ameaças previsíveis relacionadas à segurança e à

3.3.3 Disseminação de Informações

A disseminação de informações é o grupo que contempla atividades nocivas à privacidade, pelo fato de elas efetivamente revelarem ou colocarem, em risco potencial de divulgação, dados pessoais sigilosos ou constrangedores. Fazem parte desse grupo as seguintes atividades: quebra de sigilo, divulgação/exposição, chantagem, apropriação e distorção.

A título de informação, a empresa Google™ criou um *site* na *Internet*⁴⁴⁶ onde apresenta, em nível global, o número de solicitações judiciais e/ou governamentais por dados pessoais de algum dos serviços oferecidos pela empresa, no período compreendido entre 1/7/2009 e 31/12/2009. Segundo o Google™, o Brasil é o país que mais fez solicitações por informações privadas, computando um total de 3.663.

O *site* também informa o número de pedidos para a remoção de conteúdo ofensivo ou inadequado. O Brasil realizou um total de 291 solicitações para remoção de conteúdo, sendo que 82,5% foram total ou parcialmente atendidas. Essas 291 solicitações foram dirigidas aos seguintes aplicativos, assim distribuídas: 218 ao Orkut, 33 ao YouTube, 26 ao Blogger, 9 ao serviço de busca, 4 ao Gmail e 1 ao Google Suggest.

3.3.3.1 Quebra de sigilo

A quebra de sigilo é a atividade de revelação de um segredo de terceira pessoa com a correspondente violação da confiança de um determinado relacionamento⁴⁴⁷.

No mundo virtual, vários relacionamentos amorosos são iniciados e terminados por meio das redes sócias, como, por exemplo, o Orkut. Não é incomum que, durante um namoro ou após o seu término, uma das partes publique correspondências e/ou fotos do casal, sem a correspondente autorização da outra parte, divulgando para o mundo fatos que deveriam permanecer em sigilo, por dizerem respeito apenas ao casal.

integridade das informações. O direito conferido ao cliente ao não compartilhamento de seus dados deve ser renovado anualmente. A notificação deve informá-lo sobre quais informações são coletadas, com quem elas são compartilhadas, para qual objetivo e como são usadas, além de informar como elas são protegidas. Disponível em: <http://www.ftc.gov/privacy/privacyinitiatives/financial_rule.html>. Acesso em 10/01/2010.

⁴⁴⁶ Disponível em: <<http://www.google.com/governmentrequests/>>. Acesso em: 15/02/2010.

⁴⁴⁷ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 136.

A quebra de sigilo também pode ocorrer quando, por exemplo, um profissional da área da saúde, não atento para as questões de segurança, tem seu computador invadido e os dados sigilosos de seus pacientes são acessados e divulgados na *Internet*, revelando fatos que deveriam permanecer sob a proteção do sigilo profissional.

A questão da quebra de sigilo como atividade disseminadora de informações deveria ser observada nos contratos estabelecidos entre um indivíduo e entidades privadas e públicas, como bancos, provedores de serviços de *Internet*, companhias telefônicas, lojas e órgãos públicos, as quais, ao obterem dados pessoais, deveriam mantê-los em sigilo.

No caso de quebra de sigilo bancário ou fiscal, entende o Supremo Tribunal Federal que o direito à privacidade não é absoluto. Ele pode ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, com observância das normas infraconstitucionais, no que diz respeito ao princípio da razoabilidade e do devido processo legal⁴⁴⁸.

3.3.3.2 Divulgação/exposição

A divulgação é a atividade de revelação de um fato verdadeiro, mas sigiloso, sobre um indivíduo, porém sem a correspondente “traição” por parte daquele que deveria manter o segredo⁴⁴⁹. Por sua vez, a exposição é a revelação de certos atributos físicos e emocionais sobre uma pessoa, tais como fotos ou imagens que expõem um indivíduo ao ridículo ou que revelam partes de seu corpo flagrado em momentos constrangedores, indiscretos, ou que causam curiosidade⁴⁵⁰.

A divulgação, por exemplo, de fatos sobre a opção sexual de um indivíduo pode produzir estragos nos relacionamentos que ele mantém com sua família, seus amigos e demais membros da sociedade. A divulgação de informações pode, também, fazer com que um indivíduo fique prisioneiro dos registros do seu passado, impedindo-o de realizar mudanças comportamentais, de ter uma segunda chance na vida.

A divulgação é, pois, uma atividade que abala a reputação do indivíduo a quem as informações pertencem.

⁴⁴⁸ Conforme RE 219780, relator Min. Carlos Velloso, julgamento em 13/04/1999.

⁴⁴⁹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 144.

⁴⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 146.

Quanto à exposição, é comum, após acidentes trágicos que envolvem pessoas famosas, ou mesmo anônimas, a publicação de fotos do desastre na *Internet*, mostrando em detalhes os corpos destroçados. A publicação de tais fotos constitui uma grave invasão da privacidade dos demais membros das famílias das pessoas acidentadas.

Apesar de não abalar a reputação do indivíduo, a exposição de fatos sobre seu corpo ou sua saúde pode ser causa de grande humilhação e de ofensa à sua dignidade e ao seu decoro.

Tanto a divulgação quanto a exposição podem dar causa a uma outra atividade nociva à privacidade de um indivíduo, que é a chantagem, ou seja, a exigência de determinada vantagem, financeira ou não, por parte daquele que possui a informação sigilosa para que esta não seja divulgada.

3.3.3.3 Apropriação

O detentor de dados privados de terceiros, ao invés de querer divulgá-los ou expô-los ao público, pode usá-los, fazendo-se passar pelo real proprietário dos dados, e, dessa forma, tirar proveito deles para si próprio.

A ausência de segurança lógica e física em diversos sistemas de informação permite a obtenção de dados privados por pessoas mal-intencionadas (*hackers*), que buscam principalmente números de cartão de crédito, senhas e números de conta bancária ou outras informações passíveis de serem usadas para a consecução de alguma vantagem financeira.

A apropriação é uma atividade nociva à privacidade porque possibilita que o possuidor dos dados de terceiros aja passando-se por eles, usando da reputação e do prestígio que essas pessoas têm perante a sociedade para conseguir diversas vantagens.

3.3.3.4 Distorção

A distorção é o ato de difamar ou injuriar pessoas através da *Internet*. Por meio da distorção, uma pessoa pode influenciar a maneira de um indivíduo ser percebido e julgado por outros⁴⁵¹.

⁴⁵¹ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 160..

A diferença da distorção para as demais formas de divulgação de informações de terceiros, como a divulgação e a exposição, está no fato de que a distorção dissemina informações falsas sobre o indivíduo que se quer atingir.

A distorção afeta diretamente o indivíduo difamado ou injuriado, mas, também, afeta as pessoas que com ele convivem, pois ela não só altera o pensamento que um indivíduo tem de si mesmo, como o dos outros em relação a ele. Assim, a distorção ataca a honra subjetiva, ou seja, a dignidade e o decoro pessoal do indivíduo, isto é, o juízo pessoal que a pessoa tem de si própria, como também ataca a honra objetiva, que são a reputação e a boa fama que o indivíduo possui na sociedade. A intenção daquele que pratica a distorção é prejudicar a terceira pessoa, ferindo a fama, o nome ou a honra desta⁴⁵².

3.3.4 Invasão

O último grupo de atividades nocivas à privacidade é o denominado invasão. Nesse grupo, estão contidas as atividades de intromissão e de interferência decisória.

3.3.4.1 Intromissão

A intromissão é a atividade de invasão ou incursão na vida privada de um indivíduo, realizada por entidades públicas e/ou privadas.

O ato de intromissão pode ter como objetivo a obtenção de informações privadas e, nesse caso, confunde-se com as atividades de vigilância e de interrogatório já analisadas. Porém, na maioria das vezes, a intromissão se caracteriza pelo fato de ela perturbar as atividades diárias de um indivíduo, alterando sua rotina, atrapalhando seus momentos de sossego, tornando-o incomodado e irritado com a situação causada por tal invasão⁴⁵³.

São exemplos de atividades de intromissão o *spam* ou lixo eletrônico; as mensagens não autorizadas nos celulares; o telemarketing, independentemente do

⁴⁵² MIRABETE, op. cit., p. 117.

⁴⁵³ SOLOVE, *Understanding...*, op. cit., p. 162.

horário, entre outros. São atividades que retiram do indivíduo o seu “direito de ser deixado em paz”⁴⁵⁴.

A intromissão afeta a paz do indivíduo enquanto ele se encontra no sossego do seu lar.

3.3.4.2 Interferência decisória

A última atividade nociva à privacidade que faz parte desse arsenal moderno de controle e vigilância da sociedade é a interferência decisória. Essa é uma atividade que afeta a autonomia e a liberdade de escolha de um indivíduo, com base nas informações privadas de que tem posse o ente controlador.

Com base nas informações obtidas por meio da vigilância, do interrogatório e das demais formas de controle, entidades governamentais e privadas passam a ter o poder de interferir nas decisões dos cidadãos mediante propagandas, campanhas políticas, alterações na legislação, decisões judiciais das Cortes Constitucionais, ou mesmo por pressão militar.

A interferência decisória é a incursão não autorizada de entidades públicas e privadas na decisão de um indivíduo sobre sua vida privada.

Entende-se que o uso de qualquer das atividades descritas, feito tanto por entidades públicas quanto por privadas, constituirá ato ilícito se praticados com dolo ou culpa e se violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, conforme previsto no art. 186, do atual Código Civil pátrio (Lei 10.406/02). Em violando direito fundamental, o ato passa a ser também inconstitucional.

3.4 ANÁLISE DO DIREITO À PRIVACIDADE SEGUNDO O ART 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A análise do princípio constitucional que prevê o direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro será realizada levando-se em consideração os aspectos jurídico-dogmático-constitucionais dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva neoconstitucionalista, e os quatro grupos de atividades nocivas à privacidade praticadas por meio das tecnologias da informação, já expostos.

⁴⁵⁴ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 77.

Assim, prevê o inciso X, do art. 5º, da atual Constituição brasileira que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O referido inciso é o princípio constitucional que garante o direito fundamental à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao *status* ou às categorias de direitos fundamentais, conforme definição de Jellinek⁴⁵⁵, sob o foco do violador dos direitos à privacidade, o princípio refere-se a um direito fundamental de *status* passivo (*status subjectionis*), pois define uma proibição estatal. Já sob a perspectiva do titular do direito à privacidade, corresponde a um direito de *status* negativo (*status libertatis*), ou seja, tem por objetivo proporcionar ao cidadão uma defesa contra atos que violem sua privacidade, estes praticados pelo poder público ou por particulares.

Nesse sentido, a norma tem uma função de defesa ou de liberdade, bem como uma função de proteção perante terceiros. A função de defesa existe porque o princípio apresenta uma perspectiva jurídico-subjetiva. É essa perspectiva que atribui ao cidadão o direito subjetivo de cobrar judicialmente seu interesse fundamental à inviolabilidade de sua privacidade ou o direito subjetivo à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação deste. Já a função de proteção perante terceiros corresponde à garantia de que o direito fundamental à privacidade possui eficácia horizontal, isto é, de que também produza efeito sobre as relações privadas, e não somente sobre as relações cidadão-Estado.

É justamente a eficácia horizontal do direito à privacidade, conforme prevê a teoria da eficácia direta ou imediata, que possibilita a um indivíduo exigir de entidades privadas, sobretudo daquelas que exercem “poderes sociais”⁴⁵⁶, como Google™, Microsoft, Apple, entre outras, a não realização de atividades que violem a privacidade dele. O mesmo aplica-se a bancos, administradoras de cartões de crédito, instituições financeiras, grandes redes de lojas e de supermercados, bem como a entidades “protetoras” do crédito, que, de forma sigilosa, criam e utilizam dossiês digitais para terem controle dos hábitos e das atividades privadas.

Assim, o uso de *cookies* e de outras estratégias de mineração de dados feito de forma clandestina ou que denigra a dignidade da pessoa para a realização de

⁴⁵⁵ Ver tópico 2.2 do capítulo 2.

⁴⁵⁶ NIPPERDEY; LEISNER *apud* CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1.211.

atividades de coleta, processamento e disseminação de informações privadas e de atividades de invasão por parte de entidades públicas e privadas viola o direito à privacidade. Trata-se, portanto, de uma atividade inconstitucional.

3.4.1 A Possibilidade de Restrição do Direito Fundamental à Privacidade

Não há dúvida quanto à possibilidade de restrição do direito à privacidade. Trata-se de um direito relativo e não absoluto. Conforme entendimento do STF, o direito à privacidade pode ser restringido, a depender do caso concreto, toda vez que o interesse público, o social e o da Justiça se sobrepuserem ao interesse individual privado.

Ante a isso, prevalece o entendimento de que, quanto à restrição de direitos fundamentais, vigora a teoria externa, que prevê que uma restrição não pode ter influência no conteúdo do direito, mas pode somente, no caso concreto, limitar seu exercício, isto é, seu âmbito de atuação. Isso porque todo princípio é, *prima facie*, ilimitado.

Quanto à restrição, vale lembrar, ainda, a diferença entre normas conformadoras e normas restritivas. As primeiras são aquelas que garantem o exercício de direitos fundamentais, definindo melhor o conteúdo do preceito constitucional. Já as normas restritivas diminuem ou limitam o âmbito de proteção do direito fundamental⁴⁵⁷.

Tendo isso em mente, é possível analisar o inciso X do art. 5º da Constituição de 1988, quanto aos tipos de restrições passíveis de serem aplicadas às normas definidoras de direitos fundamentais.

Diferentemente dos incisos XV e XVI, ambos também pertencentes ao artigo 5º, o inciso X não prevê restrições imediatas (diretamente constitucionais). Não há no texto do inciso X nenhuma previsão direta de restrições do direito à privacidade, muito pelo contrário, o texto é explícito ao afirmar que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Não há, também, no texto legal do inciso X, previsão de restrições indiretamente constitucionais, ou seja, restrições estabelecidas por leis

⁴⁵⁷ São exemplos de normas conformadoras do direito fundamental à privacidade os artigos de 11 a 21 do Código Civil (Lei 10.406/02), que definem os direitos da personalidade. Por sua vez, são normas restritivas do direito à privacidade, o art. 1º, § 3º, I a IV e o art. 2º, § 1º, I e II, ambos da Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

infraconstitucionais. A Constituição não previu “cláusula de reserva”⁴⁵⁸ que atribua poderes ao legislador ordinário para estabelecer limitações ao direito à privacidade, nem por lei complementar, muito menos por lei ordinária. Diante disso, posiciona-se no sentido de que qualquer lei infraconstitucional que diretamente restrinja o âmbito de atuação do direito fundamental à privacidade, previsto no inciso X do art. 5º da Carta Constitucional de 1988, ou que, com o objetivo inicial de conformá-lo, acabe por restringi-lo é uma lei inconstitucional.

Resta, portanto, a possibilidade de restrição do direito à privacidade através de limites constitucionais não escritos, ou seja, por meio dos limites imanentes.

Conforme já mencionado, todos os direitos fundamentais admitem restrições ou limitações em seu âmbito de atuação, mesmo aqueles que não preveem restrições imediatas ou restrições mediatas, desde que garantido o conteúdo essencial do direito restringido. Justamente para se garantir a manutenção do núcleo essencial do direito fundamental que, no caso concreto, terá seu âmbito de atuação restringido é que existem os limites imanentes. Como limites constitucionais não escritos, aos limites imanentes cabe o papel de restringir a atuação do legislador ao criar leis que limitem os direitos fundamentais.

Há que se observar, novamente, o disposto no art. 11 do Código Civil, em se tratando de direitos da personalidade, ao tratá-los como direitos irrenunciáveis, não podendo o seu exercício ser voluntariamente limitado, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, para a preservação de outros interesses também previstos por norma constitucional, é possível a restrição do direito à privacidade, desde que realizada por lei individual e concreta e com garantia de preservação do núcleo essencial do direito à privacidade. A lei restritiva deve, diante do caso concreto, prever a melhor forma de realização do sopesamento dos princípios colidentes, a fim de preservar o conteúdo essencial do direito à privacidade, que, em hipótese alguma, pode ser totalmente esvaziado. Caso isso ocorra, o que se estará eliminando é a essência do direito à privacidade como um verdadeiro direito fundamental, constituindo, também, uma afronta à dignidade do titular.

⁴⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 289.

3.4.2 As Implicações Jurídicas Decorrentes da Violação ao Direito Fundamental à Privacidade

O princípio constitucional consagrador do direito à privacidade previsto no art. 5º, X, assegura àquele que teve sua privacidade violada o direito à indenização por dano material e moral. Essa indenização tem como fundamento, em um primeiro momento, a violação ao direito fundamental, de acordo com o art. 5º, XLI, que prevê que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Em um segundo momento, trata-se de reparação pela violação aos direitos à personalidade, de acordo com os Arts. 1º a 12, 20, e 21 do atual Código Civil.

Há que se observar, ainda, que os direitos humanos e os direitos fundamentais, os quais doutrinariamente pertencem à esfera pública, correspondem aos direitos da personalidade, no âmbito do direito privado. Segundo Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade estão vinculados ao princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana⁴⁵⁹. Por conta disso, qualquer ofensa à personalidade “constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável”⁴⁶⁰. Dessa forma, a proteção da pessoa humana não mais ocorre separadamente, ora pelo direito público, ora pelo direito privado. A proteção se dá como um todo pelo Direito, que é uno⁴⁶¹.

Prevê o Código Civil, ao tratar da personalidade e da capacidade das pessoas naturais, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁴⁶² e que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”⁴⁶³. Nesse sentido, os direitos da personalidade, no qual se inclui o direito à privacidade, são protegidos a partir da concepção e vigoram, até mesmo, após a morte do seu titular, quando os lesados indiretos, cônjuge ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau, passam a ter legitimidade para defendê-los, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 12, CC. No caso da proteção dos direitos da personalidade pelos

⁴⁵⁹ Art. 1º, III, CR/1988.

⁴⁶⁰ DINIZ, op. cit., p. 119.

⁴⁶¹ CORTIANO JÚNIOR, *apud* FIUZA, Fiuza. *Novo Direito Civil*. Curso Completo. 5. ed. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 171.

⁴⁶² Art. 1º, Lei 10.406/02.

⁴⁶³ Art. 2º, Lei 10.406/02.

lesados indiretos, não ocorre mera substituição processual, mas exercício de direito próprio⁴⁶⁴.

Em se tratando de pessoas naturais absolutamente incapazes, segundo o previsto no art. 3º, CC, por não possuírem capacidade de agir e de praticar atos da vida civil em nome próprio, devem ser representados por terceira pessoa. Conforme o previsto no art. 166, inciso I, do Código Civil, o negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz é nulo. Assim, por exemplo, nenhum efeito jurídico decorre do ato de liberação voluntária, de algum dos direitos da personalidade, realizado por um menor de dezesseis anos de idade.

Por sua vez, tratando-se de pessoas relativamente incapazes, de acordo com o art. 4º, CC, por possuírem relativa capacidade para o exercício de atos civis, dependem da assistência de pessoas maiores e capazes. Contudo, os atos jurídicos por eles praticados produzem os efeitos deles decorrentes, enquanto não forem anulados por decisão judicial. Este é o entendimento que se extrai dos Arts. 171 e 172, do Código Civil.

Prevê o art. 5º do ordenamento civilista pátrio que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”⁴⁶⁵. A maioridade civil também pode ser alcançada pelo instituto da emancipação, nos casos previsto no parágrafo único do mesmo art. 5º. Entende, entretanto, a jurisprudência que a emancipação voluntária, prevista no inciso I do parágrafo único, não retira dos pais a responsabilidade civil pelos atos praticados por seus filhos. Segundo o que estabelece o art. 932 do Código Civil, trata-se de caso de responsabilidade civil por fato de outrem ou por fato de terceiro.

O Código Civil brasileiro tutela, nos artigos de 16 a 19, como direito da personalidade, o direito ao nome. Toda pessoa tem direito ao nome. Fazem parte do nome o prenome e o sobrenome. O nome é a forma como uma pessoa é individualizada no meio familiar e social. Assim como o nome, o apelido ou pseudônimo pelo qual o indivíduo é conhecido, no exercício de uma atividade lícita, também goza de proteção. Qualquer ato atentatório ao nome (e ao pseudônimo) de um indivíduo que o exponha ao desprezo público ou ao ridículo, independentemente

⁴⁶⁴ REsp. 26.866-0/RJ, rel. Min. César Ásfor Rocha, j. 22/11/00, DJU 19/02/01, STJ. FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 164.

⁴⁶⁵ Art. 5º, Lei 10.406/02.

do meio usado, e ainda que não haja intenção difamatória, acarretando dano moral ou material, é passível de reparação por meio de indenização.

No contexto desta análise, a violação tanto do nome quanto do pseudônimo pode ocorrer mediante atividades de apropriação e distorção, as quais pertencem ao grupo da disseminação de informações por meio das tecnologias da informação.

A imagem, como direito privado da personalidade e como direito fundamental à privacidade, pode ser classificada, respectivamente, como imagem-atributo e imagem-retrato. Imagem-atributo corresponde às qualidades desenvolvidas pelo indivíduo e reconhecidas socialmente. Nesse contexto, fazem parte da imagem de uma pessoa a competência, a lealdade, a habilidade profissional e/ou artística, entre outras. Já a imagem-retrato é a representação física da pessoa, passível de identificação, por meio de fotos, desenhos, filmagens etc.⁴⁶⁶.

O art. 20 do Código Civil protege a imagem-atributo e conforma o que está previsto no art. 5º, X, da Constituição de 1988, conferindo este dispositivo proteção à imagem-retrato. Assim, em não havendo autorização formal ou tácita, o uso da imagem para fins comerciais ou que exponha a pessoa à situação tal que atinja sua honra, boa fama ou respeitabilidade pode ser imediatamente proibido, sem prejuízo à indenização, se da exposição indevida ocorrer dano moral ou patrimonial.

Como tutela à privacidade e à dignidade da pessoa humana, não se admite disposição do direito à imagem em caráter genérico nem perpétuo. Direitos fundamentais e direitos da personalidade são irrenunciáveis.

Entende a doutrina, entretanto, com fundamento na liberdade de pensamento e de expressão⁴⁶⁷, que o direito à imagem possui limites. Assim, em regra, não há violação à imagem quando se divulga a imagem de pessoas notórias ou públicas, desde que preservada sua privacidade; de pessoa que exerça cargo público, no exercício de sua atividade; de pessoa em atendimento de serviço da justiça, respeitada a sua a privacidade; em todos os casos daqueles que fazem parte do cenário retratado prevalecendo o interesse social ou público.

Ainda relacionados à imagem da pessoa, tanto o art. 5º, X, da Constituição quanto o art. 20 do Código Civil também protegem o direito autoral, quando este estiver vinculado à criação intelectual de obra fotográfica, cinematográfica,

⁴⁶⁶ DINIZ, op. cit., p. 127.

⁴⁶⁷ Art. 5º, IV e IX, CR/1988.

publicitária, entre outras. Também não é possível divulgar textos, escritos ou declarações verbais sem a autorização expressa do autor destes⁴⁶⁸.

A violação do direito à imagem pode ocorrer, no âmbito da tecnologia da informação, por qualquer dos meios pertencentes ao grupo de atividades de disseminação de informações.

Para a proteção do direito à privacidade e dos direitos da personalidade a ele reflexos, a pessoa cujo direito foi violado pode utilizar-se das seguintes ações: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, cautelares inominadas e ação de responsabilidade civil por danos morais e patrimoniais. Conforme previsto no art. 461 do Código de Processo Civil⁴⁶⁹ a tutela jurisdicional do direito violado pode ocorrer de forma individual, porém pode também ser estabelecida coletivamente, segundo o disposto no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, o art. 12 do Código Civil prevê a possibilidade de tutela preventiva e repressiva para os direitos da personalidade, por meio de provimentos judiciais de caráter inibitórios e reparatórios, respectivamente.

No tocante a isso, filia-se ao entendimento defendido, entre outros, por Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, que enxergam a possibilidade de tutela inibitória dos direitos da personalidade, mesmo inexistindo dano a ser reparado, com base simplesmente na prevenção do ato ilícito. Isso se faz necessário para ampliar a tutela da pessoa humana⁴⁷⁰. Assim, com base no art. 461 do Código do Processo Civil, que prevê a possibilidade de tutela específica, como parte da tutela inibitória, o juiz pode determinar ao violador de direitos da privacidade a imediata interrupção do ato lesivo, sob pena, por exemplo, de aplicação de multas diárias (*astreintes*). Por não se tratar de medida cautelar, a tutela inibitória é provimento judicial capaz de resolver, por si só e definitivamente, a controvérsia, gerando inclusive coisa julgada material. O que se busca com a tutela inibitória é a proteção do próprio bem jurídico (privacidade ou outro direito da personalidade violado) como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, também, que a tutela inibitória não impede a propositura de ação ressarcitória do dano patrimonial ou moral.

Ressalta-se que a tutela aos direitos da personalidade abrange também as pessoas jurídicas naquilo que for cabível, conforme expressa determinação do art.

⁴⁶⁸ DINIZ, op. cit., p. 129.

⁴⁶⁹ Lei 5.869/73.

⁴⁷⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 164.

52, do Código Civil. Essa proteção não tem por finalidade a ampliação do ganho econômico da pessoa jurídica, mas simplesmente garantir o respeito aos seus direitos como pessoa.

Quanto à indenização propriamente dita, ela é medida pela extensão do dano ocorrido, conforme previsão do art. 944 do Código Civil. Nem sempre da conduta lesiva ao direito da personalidade ocorrerá dano patrimonial, mas, sem dúvida, haverá dano moral. O dano moral decorre diretamente da violação ao direito da personalidade, independentemente da comprovação de dor ou de qualquer outra forma de sofrimento ou humilhação. No caso do dano extrapatrimonial, há presunção da sua ocorrência pela simples violação de qualquer um dos direitos da personalidade tutelados (privacidade, honra, imagem etc).

Se, em decorrência da violação da privacidade, o titular do direito adquirir problemas de saúde, como por exemplo, uma depressão decorrente da divulgação de fotos que revelem defeito físico ou que o exponha ao ridículo, ou que revelem sua preferência sexual, o ofensor deverá indenizar o ofendido das despesas do tratamento e do lucro cessante até o fim da convalescença⁴⁷¹. Ocorrendo, ainda, diminuição da capacidade para o trabalho, a indenização deverá incluir o valor da pensão correspondente ao valor do salário do trabalho para o qual o ofendido se inabilitou⁴⁷².

Havendo injúria, difamação ou calúnia, a indenização consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. No caso das atividades nocivas à privacidade pertencentes ao grupo de disseminação de informações, descritas no tópico 3.3.3, é praticamente impossível a determinação da extensão do dano, pois a publicação de fotos comprometedoras em *site* de relacionamento social permite que milhões de pessoas ao redor do planeta tenha acesso a elas. A reparação do dano não ocorrerá com a simples retirada das fotos do *site*. Este é apenas um procedimento inibitório, com vistas a cessar a violação à privacidade e à imagem do ofendido. Caberá ao juiz, no caso concreto, determinar o valor da indenização, em decorrência do dano moral e material.

Em se tratando de violação ao direito à privacidade e dos demais direitos da personalidade de menores, tal prática pode enquadrar em algumas das condutas

⁴⁷¹ Art. 949, Lei 10.406/02.

⁴⁷² Art. 950, Lei 10.406/02.

criminosas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷³ (ECA), sendo dever de todos prevenir a ameaça ou violações a tais direitos, conforme previsto no art. 70 do Estatuto. Inúmeras atividades violadoras do direito à privacidade mediante utilização da tecnologia da informação, descritas anteriormente neste capítulo, amoldam-se às condutas criminosas previstas nos Arts 240 a 241-D, do ECA, popularmente definidos como crime de pedofilia.

O ordenamento penal brasileiro também prevê condutas típicas às quais se amoldam as condutas violadoras do direito à privacidade, realizadas mediante o uso da informática e da *Internet*, dentre elas podemos citar, como exemplo, os crimes contra a honra (Arts. 138 a 145, CP), o crime de ameaça (art. 147, CP), o crime de violação de domicílio (art. 150, CP), o crime de violação de correspondência (art. 151, CP), dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (Arts. 153 a 154, CP), do crime de estelionato (art. 171, CP), do crime de violação de direito autoral (art. 184, CP) do crime de assédio sexual (art. 216-A, CP), do crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações (art. 313-A, CP) e o crime de modificação ou alteração não autorizada de sistema de informação (art. 313-B, CP).

Há que se comentar, ainda, que o direito à privacidade e os direitos da personalidade, por estarem vinculados à dignidade da pessoa humana, são oponíveis *erga omnes*, haja vista que impõem deveres gerais de abstenção. Também são intransmissíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e inexpropriáveis. São direitos intransmissíveis porque não podem ser transferidos para outras pessoas. São inseparáveis do seu titular. São imprescritíveis porque a passagem do tempo ou a ausência de interesse em defendê-los ou mesmo o uso não faz com que eles se extingam. São irrenunciáveis, pois nunca deixarão de pertencer a seu titular, mesmo que ele expressamente os renuncie. São inexpropriáveis por serem inatos e vitalícios, ou seja, são adquiridos desde o momento da concepção⁴⁷⁴ e se extinguem, em regra, com a morte do titular⁴⁷⁵.

Por fim, pode-se concluir desse capítulo que

- I. o termo “privacidade”, apesar da discórdia existente entre doutrinadores jurídicos, filósofos e sociólogos, tem como conteúdo a dignidade da pessoa

⁴⁷³ Lei 8.069/90.

⁴⁷⁴ Art. 2º do Código Civil.

⁴⁷⁵ GOMES, Orlando. Os Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, AASP, n. 32. São Paulo, 1992, p. 5-13.

humana, a qual para a doutrina pátria é considerada a cláusula geral de proteção da personalidade;

- II. nem mesmo a adoção de um modelo neoliberal de Estado, que defende a existência de um capitalismo selvagem e que coloca o interesse econômico acima dos demais valores sociais, tem força suficiente para permitir a restrição do direito fundamental à privacidade;
- III. a garantia oferecida pelo direito à privacidade àqueles que, por meio das modernas tecnologias, sofrem vigilância e controle social por parte do Estado e de entidades privadas é a mais ampla possível, pois o que se busca proteger, em verdade, é a dignidade do indivíduo;
- IV. por proteger a dignidade da pessoa humana, em regra, não cabe restrição do direito à privacidade, mesmo quando autorizado pelo seu titular. Trata-se de um direito irrenunciável. O texto do art. 5º, inciso X, da Carta Constitucional, não prevê a possibilidade de restrições diretas ou indiretas do direito à privacidade, entretanto a doutrina entende ser possível restrição através de limites imanentes, ou seja, limites constitucionais não escritos;
- V. o direito à privacidade é um direito fundamental autônomo que confere efetividade aos direitos da personalidade e proteção à dignidade do indivíduo e sua violação é uma afronta à democracia estatal;
- VI. a utilização de avançadas tecnologias de vigilância e controle social, por violar a privacidade das pessoas, é uma prática de ato ilícito e inconstitucional;
- VII. a ausência de uma autoridade reguladora que dê proteção à privacidade e aos dados pessoais do cidadão, nos moldes existentes na União Europeia, retira do princípio da privacidade parte de sua força de princípio fundamental, o que permite à entidades públicas e privadas violarem, constantemente, esse direito constitucional;
- VIII. a tutela jurisdicional do direito à privacidade, em caso de sua violação, permite ao seu titular propor ação indenizatória, de caráter reparatório, bem como solicitar provimento judicial de caráter inibitório, neste caso, mesmo incorrendo dano ao titular, por se tratar de tutela específica de prevenção do ato ilícito.

Restou, então, demonstrado que, de acordo com a dogmática neoconstitucionalista, a norma constitucional fundamental do direito à privacidade garante ao seu titular, em tese, ampla proteção contra as diversas formas de ataques provenientes de entidades públicas e privadas, realizadas por meio de avançadas tecnologias de controle e vigilância social.

CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo embasa o objeto desta dissertação. Tendo em foco esse paradigma, analisou-se a questão da eficácia do artigo 5º, X, da atual Constituição brasileira, que prevê o direito à privacidade no ordenamento pátrio, ante as modernas técnicas de vigilância e controle social, entre elas as realizadas por meio das tecnologias de informação e pela *Internet*. Nesse contexto, buscou-se responder se o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva do direito à privacidade, conforme previsto no texto constitucional, estão suficientemente definidos, ao ponto de produzirem efeitos protetivos imediatos contra violações realizadas por meio da tecnologia da informação.

Dessa discussão, foi possível concluir os seguintes pontos:

- I. A Constituição brasileira de 1988 faz parte do grupo das constituições responsáveis pela mudança de posição dogmática constitucional: da positivista para a neoconstitucionalista.
- II. O direito à privacidade é uma questão de direitos humanos. A privacidade é devidamente reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- III. O direito à privacidade é previsto como direito fundamental nas Constituições de diversos países, inclusive na brasileira, e, como tal, é considerado um direito inalienável, indisponível, imprescritível e oponível *erga omnes*, vinculando tanto os entes públicos quanto os privados.
- IV. Sob a ótica de um paradigma neoconstitucionalista, os direitos fundamentais são a base de todo o restante do ordenamento jurídico, pois refletem os aspectos axiológicos da Constituição do Estado.
- V. Os direitos fundamentais são as normas constitucionais que materializam a proteção à dignidade humana, por constituírem o arcabouço jurídico mínimo para o desenvolvimento de uma vida digna.
- VI. Como direito fundamental, o direito à privacidade possui *status* negativo ou de *libertatis*, ou seja, faz parte do grupo de direitos de liberdade individual, garantindo, ao seu titular, o direito subjetivo de defendê-la de ataques realizados tanto por parte do poder público como por particulares. Nesse

contexto, o direito à privacidade possui função de defesa e de proteção perante terceiros.

- VII. O direito à privacidade possui eficácia privada, isto é, produz efeito externo e horizontal perante as relações entre particulares. Nesse sentido, não só os entes públicos têm de se abster de violar a privacidade alheia; essa obrigação também recai sobre as entidades privadas e aos demais indivíduos.
- VIII. Sob a perspectiva neoconstitucionalista, a dogmática constitucional relacionada aos direitos fundamentais provê um arcabouço teórico suficientemente adequado e que confere às normas garantidoras de direitos fundamentais a força jurídica necessária para proteger seus titulares de violações aos direitos primários deles.
- IX. De forma específica, em relação às tecnologias da informação, o direito à privacidade protege o indivíduo das atividades nocivas realizadas por meio da coleta, do processamento e da disseminação de informações privadas, bem como das atividades relacionadas à invasão da privacidade.
- X. O direito à privacidade é passível de restrições, porém, como definido pelo art. 5º, X, da Carta Política Nacional, não admite restrições imediatas nem restrições indiretamente constitucionais. São possíveis, entretanto, restrições por meio de limites imanentes, ou seja, mediante limites constitucionais não escritos impostos ao legislador. Esses limites têm por objetivo garantir o conteúdo essencial do direito à privacidade, no caso concreto, após o sopesamento, em caso de colisão do princípio definidor do direito à privacidade com outro princípio fundamental.
- XI. No âmbito do direito privado, o direito à privacidade está incluído no rol dos direitos da personalidade previsto pelo Código Civil como direitos intransmissíveis e irrenunciáveis e, salvo quando previsto em lei, o exercício desses direitos não são passíveis de limitações voluntárias por parte de seus titulares;
- XII. A violação ao direito à privacidade garante ao seu titular o direito subjetivo de propor ação de caráter reparatório e/ou de solicitar provimento judicial de caráter inibitório;
- XIII. O ordenamento civilista brasileiro protege o direito à privacidade, como parte integrante dos direitos da personalidade, a partir da concepção, estendendo

esta proteção inclusive após a morte do seu titular, passando, então, ao rol dos lesados indiretos o direito subjetivo de defendê-los, em exercício de direito próprio.

- XIV. Por fazer parte da “integridade moral” do indivíduo e integrar a estrutura dos direitos da personalidade, a privacidade é um dos atributos da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a ofensa à privacidade é uma ofensa direta à dignidade da pessoa humana, e, por conta disso, o ofendido passa a ter o direito subjetivo à indenização pelos danos morais e patrimoniais da violação decorrentes.

É fato notório que o mundo contemporâneo é controlado por sistemas de informática e que o homem pós-moderno não mais consegue sobreviver sem a *Internet* nem sem rodear-se de dispositivos e equipamentos eletrônicos. É fato notório, também, que, quanto mais cercado pelas novas tecnologias, menor é a privacidade do indivíduo. Outra coisa que não há como negar é que a tecnologia da informação está sendo usada como ferramenta de vigilância e controle social por entidades governamentais e privadas, em muitos casos em flagrante desrespeito ao princípio constitucional que prevê a privacidade como um direito fundamental do cidadão.

Valendo-se dessas afirmações e de todas as demais conclusões expostas, é possível assegurar que as hipóteses iniciais foram confirmadas, ou seja, que não cabe à lei complementar ou ordinária restringir nem limitar o âmbito de proteção e de garantia do direito à privacidade, sob pena de se estar eliminando o conteúdo essencial desse direito e permitindo o desrespeito à dignidade da pessoa humana, e que o uso da tecnologia da informação para a realização de vigilância e do controle dos hábitos sociais, por ofender a privacidade das pessoas, é, sem dúvida alguma, uma atividade ilícita e inconstitucional.

Espera-se que este estudo possa contribuir para o surgimento de novas indagações e para a criação de polêmicas e discussões no mundo acadêmico e jurídico. Trata-se de um tema bastante atual, pois, a cada dia, novas tecnologias estão surgindo e, em cada lançamento, a privacidade do cidadão é colocada à prova. Quanto mais pesquisas e estudos forem realizados sobre este tema, maiores serão as chances de que as tecnologias, as normas jurídicas e os valores filosóficos e sociais passem, em conjunto, a respeitar a dignidade das pessoas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução da 5. ed. Alemã, *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag, em 2006, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARISTOTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Col. Os Pensadores.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24/03/2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: Livraria RT, 2004.

BENN, Stanley I. Privacy, freedom, and respect for persons. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: as answer to Dean Prosser. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.acervo.ditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em: 17/09/2009.

BRASIL. Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: <http://www.acervo.ditadura.rs.gov.br/legislacao_3.htm>. Acesso em 17/09/2009.

BRASIL. Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=1049>>. Acesso em 17/09/2009.

BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 15/04/09.

BRASIL. Lei 8.082, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15/04/09.

BRASIL. Lei 9.454, de 7 de abril de 1997. Institui o número único de Registro de Identidade Civil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9454.htm>. Acesso em: 15/04/2009.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 15/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 219.780. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1684528>>. Acesso em: 18/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.790, de 25 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1697126>>. Acesso em: 18/02/2010.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 10/01/2010.

BRASIL. Medida Provisória 2200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 15/04/2009.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/04/2009.

BRASIL. Lei 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm>. Acesso em: 17/04/2009.

BRASIL. Instrução Normativa RFB n. 864, de 26 de julho de 2008. Dispõe sobre o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2008/in8642008.htm>>. Acesso em: 15/04/2009.

BRASIL. Instrução Normativa RFB n. 971, de 13 de novembro de 2009. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Ins/2009/in9712009.htm>>. Acesso em: 15/04/2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo em su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 12/09/2009.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Vol. 1.

CAVOUKIAN, Ann. *Data mining: staking a claim on your privacy*. Information and Privacy Commissioner. Ontario, jan. 1998. Disponível em: <www.ipc.on.ca>. Acesso em: 06/12/2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. Fundamentos do Estado de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM. Viena, Áustria. 14-25 junho, 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 15/05/2010.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS E PRIVACIDADE. 31ª Conferência. Madri, Espanha. 4-6 novembro, 2009. Disponível em: <<http://www.privacyconference2009.org/program/Presentaciones/index-iden-idweb.html>>. Acesso em: 15/01/2010.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Roma. Itália. 4 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 10/09/2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. UE. Strasbourg, França, 1959. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 10/09/2009.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas da SERASA e do SPC*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direitos Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DELICHATSIOS, Stefanie Alki. SONUYI, Temitope. Get to know Google... because they know you. Ethics and Law on the Electronic Frontier, 6.805. Massachusetts Institute of Technology, dez., 2005. Disponível em: <<http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/student-papers/fall05-papers/google.pdf>>. Acesso em: 10/03/2009.

DINH, Viet D. How USA PATRIOT ACT defends democracy. *The Foundation for the defense of democracy*. 2004. Disponível em: <http://www.defenddemocracy.org/images/stories/file/USA_Patriot_Act_2.pdf>. Acesso em: 5/2/2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

ESTRADA, Aleixo Julio. Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva (Org.). *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, 1993. Vol. 1.

FIUZA, César. *Novo Direito Civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, PUC do Rio. 2003.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 18. ed., São Paulo: Editora Graal. 2007.

FRIED, Charles. Privacy [a moral analysis]. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

GAIARSA, José Angelo. *Tratado geral sobre a fofoca: uma análise da desconfiança humana*. 7. Ed. São Paulo: Sammus, 1978.

GARSON, G. David. *Public information technology and E-governance: managing the virtual State*. Sudbury: Jones & Bartlett Publishers, 2006.

GAVISON, Ruth. Privacy and the limit of law. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

GERSTEIN, Robert S. Privacy and self-incrimination. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

_____. Intimacy and privacy. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

GOMES, Orlando. Os Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, AASP, n. 32. São Paulo, 1992.

GUYNN, Jessica. FTC asks Google not to destroy documents about collecting Wi-Fi data. *Los Angeles Times*. 28/5/2010. Disponível em: <<http://www.latimes.com/business/la-fi-google-20100528,0,4596451.story>>. Acesso em: 01/06/2010.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://censos.ine.pt>>. Acesso em: 18/06/2009.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal: Parte Geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol. 1.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: malleus maleficarum*. Tradução: Paulo Fróes. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na ordem interna e internacional*. São Paulo: Forense, 1984.

LOGSDON, Lacey R. Google Street View takes more than pictures: interception of private “payload” data leads to further privacy concerns. *Vanderbilt Journal of Entertainment Technology Law*. 20/05/2010. Disponível em: <<http://jetl.wordpress.com/2010/05/20/google-street-view-takes-more-than-pictures-interception-of-private-payload-data-leads-to-further-privacy-concerns/>>. Acesso em: 01/06/2010.

MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28. ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. Vol I.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MURPHY, Robert. F. Social distance and the veil. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

MURTA, Andrea. Especialista vê “polícia secreta” na Internet. *Folha Online*. Encarte de Tecnologia. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/758930-especialista-ve-policia-secreta-na-internet.shtml>>. Acesso em: 29/06/2010.

NISSENBAUM, Helen. Protecting privacy in informational age: the problem of privacy in public. Online Ethic Center for Engineering. National Academy of Engineering. 16 de fev. de 2008. Disponível em: <www.onlineethics.org/CMS/computers/compassays/nissprivacy.aspx>. Acesso em: 13/11/2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 15/05/2010.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitos_humanos.php>. Acesso em: 13/09/2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção americana de Direitos Humanos. Pacto de San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=62&IID=4>>. Acesso em: 15/05/2010.

_____. AG/DEC. 46 (XXXVI-O-06). Declaração de São Domingos. Governabilidade e desenvolvimento da sociedade do conhecimento. Assembleia Geral. 36 Período Ordinário de Sessões. São Domingos, República Dominicana. 4-6 junho, 2006. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>>. Acesso em: 15/05/2010.

_____. AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09). Resolução sobre Cuba. Assembleia Geral. 39 Período Ordinário de Sessões. San Pedro Sula, Honduras. 2-4 junho, 2009. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>>. Acesso em: 15/05/2010.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). OECD guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data. 23 september 1980. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html> Acesso em: 06/04/2010.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Data Prot/Legislation/Dir_1995_46_PT.pdf>. Acesso em: 12/9/2009.

_____. Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data. Strasbourg. 28 january 1981. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/>>. Acesso em: 06/04/2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. Ed. Max Lemonad, 1997.

POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

PROSSER, William L. Privacy [a legal analysis]. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RACHELS, James. *Why privacy is important*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

REIMAN, Jeffrey H. *Privacy, intimacy, and personhood*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

RESOLUCION DE MADRID. Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad. 5 de noviembre de 2009. Madrid. Disponível em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31_conferencia_internacional/estandares_resolucion_madrid_es.pdf>. Acesso em: 20/02/2010.

RUANE, Kethleen Ann. Privacy law and online advertising: I analysis of data gathering by online advertisers such as Double Click and NebuAd. USA Congressional Research Service. 2 out 2008. Disponível em: <http://www.ipmall.info/hosted_resources/crs/RL34693_081002.pdf>. Acesso em: Jan/2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Editora Forum, Salvador. Disponível em: <http://www.editforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 24/03/2010.

SCHOEMAN, Ferdinand D. Privacy: philosophical dimensions of the literature. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

_____. Privacy and intimate information. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. Ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas Constitucionais. *Revista de Direitos do Estado*, n. 4 out./dez. 2006. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

SITE: <<http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/>>. Acesso em: 12/9/2009.

SITE: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 16/09/2009.

SITE: <<http://www.house.gov>>. Acesso em: 29/09/2009.

SITE: <www.gps.gov>. Acesso em: 15/02/2010.

SITE: <<http://www2.ohchr.org/>>. Acesso em: 10/03/2010.

SITE: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 01/04/2010.

SITE: <<http://ultradownloads.com.br/>>. Acesso em: 04/04/2010.

SITE: <<http://www.apec.org>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.priv.gc.ca>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.serasa.com.br>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.justice.gov/opcl/privstat.htm>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.usa.gov>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.priv.gc.ca>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.comlaw.gov.au>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.ftc.gov/privacy>>. Acesso em: 06/04/2010.

SITE: <<http://www.lib.byu.edu>>. Acesso em: 14/05/2010.

SITE: <<http://www.itu.int/osg/csd/cybersecurity>>. Acesso em: 15/05/2010.

SITE: <<http://www.socialsecurity.gov>>. Acesso em 07/10/2009.

SITE: <www.aclu.org>. Acesso em: 7/10/2009.

SITE: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 7/10/2009.

SITE: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 10/09/2009.

SITE: <<http://www.la-moncloa.es>>. Acesso em: 10/09/2009.

SITE: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: 23/6/2010.

SITE: <<http://sensenbrenner.house.gov>>. Acesso em: 20/11/2009.

SOLOVE, Daniel J. Privacy and power: computer databases and metaphors for information privacy. *Stanford Law Review*, p. 1393, July 2001. Vol. 53. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=248300>>. Acesso em: 21/06/09.

_____. Access and aggregation: privacy, public records, and the Constitution. *Minnesota Law Review*, No. 6, 2002. Vol. 86. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=283924>>. Acesso em: 20/04/09.

_____. *Digital person: pechnology and privacy in the information age*. New York University Press, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=609721>>, acesso em: 20/04/09.

_____. I've got nothing to hide and others misunderstanding of privacy. *GWU Law School Public Law Research Paper* n. 289. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=998565>>. Acesso em: 21/06/09.

_____. *Understanding Privacy*. Harvard University Press, 2008a.

_____. Data mining and the security-liberty debate. *University of Chicago Law Review. GWU Law School Public Law Research*, Paper No. 278, vol. 74, p. 343, 2008b. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990030>>, acesso em: 20/04/09.

SOLOVE, Daniel J; HOOFNAGLE, Chris Jay. A model regime of privacy protection (Version 3.0). 2ª ed. *GWU Law School Public Law Research Paper* No. 132; *University of Illinois Law Review*, Vol. 2006, No. 2, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=881294>>. Acesso em: 21/06/09.

SOLOVE, Daniel J; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information and technology*. 2. ed. Aspen Publishers, 2009.

THOMSON, Judith Jarvis. *The right to privacy*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*. Administrado pelo Conselho da Justiça Federal. Brasília. Ano XI, nº 39, out/dez 2007, p. 10-21.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy [the implicit made explicit]. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

WASSERSTROM, Richard A. *Privacy: some arguments and assumptions*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. The Bodley Head Ltd. 1970.

_____. The origins of modern claims to privacy. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Org.). *Philosophical dimensions of privacy*. New York: Cambridge University Press, 1984.

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY (WSIS). Genebra-Palexpro, dezembro 10-12 2003. Túnis, Kram Palexpro, november 16-18 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>>. Acesso em: 15/05/2010.

_____. Report of the Geneva phase. Genebra-Palexpro, 18 february 2004. Disponível em: <http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0009!R1!MSW-E.doc>. Acesso em: 15/05/2010.

_____. Report of the Tunis phase. Túnis, Kram Palexpro, 15 february 2006 Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/9rev1.doc>>. Acesso em 15/05/2010.