

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Brasília - DF

2015

HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do Grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Linha de pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília - DF

2015

Sauaia, Hugo Moreia Lima

O direito fundamental à proteção dos dados pessoais na Constituição Federal de 1988. / Hugo Moreira Lima Sauaia. – Brasília, DF, 2015.
130 f.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público.

1. Proteção de dados pessoais - direito. 2. Direito fundamental. 3. Constituição. I. Título.

CDU 343.45

HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do Grau de Mestre em Direito Constitucional.

Data de aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (Orientador)

Doutor em Direito Ambiental

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (Avaliador interno)

Doutor em Direito, Estado e Constituição

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Marcelo Novelino (Avaliador externo)

Doutor em Direito Público

Universidade Anhanguera-Uniderp

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Ney de Barros Bello Filho pela orientação e apoio, desde o processo de seleção até o último momento, na defesa.

Agradeço aos amigos e professores exemplares Alonso Reis Siqueira Freire, Leonardo Marques e Alexandre Freire, pelo incentivo e apoio inestimáveis.

Meus agradecimentos ainda à Angela, minha mãe, eterna lutadora pela felicidade de seus filhos e netos, meu apoio de sempre, e à Nárjara, companheira de vida e de lutas, que soube aceitar minhas ausências dedicadas a esta empreitada.

Dedico agradecimento especial à Laila, filha encantadora, por ser minha eterna inspiração de vida, razão da minha luta por um mundo mais humano.

A todos que me ajudaram e incentivaram a concluir esta obra, meus sinceros agradecimentos.

E todo trabalho é vazio, exceto quando há amor.
E quando trabalhais com amor, vós vos unis a vós próprios, e uns aos outros, e a Deus.
E que é trabalhar com amor?
É tecer o tecido com fios desfiados de vosso próprio coração, como se vosso bem-amado fosse usar esse tecido.
É construir uma casa com afeição, como se vosso bem-amado fosse habitar essa casa.
É semear as sementes com ternura e recolher a colheita com alegria, como se vosso bem-amado fosse comer-lhe os frutos.
É pôr em todas as coisas que fazeis um sopro de vossa alma, e saber que todos os abençoados mortos vos rodeiam e vos observam.
Muitas vezes ouvi-vos dizer como se estivésseis falando no sono: aquele que trabalha no mármore e encontra na pedra a forma de sua alma é mais nobre do que aquele que lavra a terra.
É aquele que agarra o arco-íris e o estende na tela sob formas humanas é superior àquele que confecciona sandálias para nossos pés.
Porém, eu vos digo, não no sono, mas no pleno despertar do meio-dia, que o vento não fala com maior doçura aos carvalhos gigantes do que à menor das hastes da relva; é grande somente aquele que transforma o ulular do vento numa canção tornada mais suave pela sua própria ternura. O trabalho é o amor feito visível. (GIBRAN, Gibran Khalil. **O Profeta**. Rio de Janeiro: Lumensana, 1975. p. 9).

RESUMO

O presente trabalho indaga sobre a possibilidade de se construir um direito fundamental à proteção dos dados pessoais a partir da Constituição Federal de 1988, tendo como premissas o princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da privacidade, e a previsão constitucional do *Habeas Data*. Desenvolve-se por meio de três capítulos, primeiramente expõe-se o contexto problema da modernidade líquida, da sociedade de informação e da definição dos dados pessoais. Em seguida, discutem-se as origens da proteção à privacidade, seu fundamento social contemporâneo, e as dificuldades da sua definição, assim como a proteção à privacidade no Brasil à luz da literatura e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por último, analisam-se os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais no direito comparado, para então confirmar-se a hipótese, propondo-se a construção de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro e definindo-se suas dimensões e conceito.

Palavras-chave: Constituição federal. Direito fundamental. Privacidade. Dignidade da pessoa humana. Dados pessoais.

ABSTRACT

This work argues in favour of the possibility of building a fundamental right concerning the protection of personal data from the Federal Constitution of 1988, which has as its premises the principle of human dignity, the inviolability of privacy, and the constitutional prediction of *Habeas Data*. It has been developed in three chapters, first it will expose the context of the problem related to liquid modernity, information society and the definition of personal data. Following, it discusses the origins of privacy protection, its social contemporary fundaments, and the difficulties for its definition, also studying protection of privacy in Brazil in the light of literature and precedents from the Federal Supreme Court. At the end, the elements that characterize fundamental rights and the fundamental right of data protection will be analyzed, towards confirmation of the hypothesis, proposing the construction of a fundamental right of data protection in the brazilian legal system and defining its dimensions and concept.

Key words: Federal constitution. Fundamental right. Privacy. Human dignity. Personal data.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A MODERNIDADE LÍQUIDA, A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DOS DADOS PESSOAIS	12
2.1	Breves considerações iniciais	12
2.2	Um primeiro olhar sobre o objeto de estudo: como a modernidade líquida e a sociedade de informação contribuem para a captação em massa e o controle dos dados pessoais por governos e corporações privadas	13
2.3	Os dados pessoais e sua vulnerabilidade na sociedade de informação	26
3	AS ORIGENS E FUNDAMENTOS DO DIREITO À PRIVACIDADE E SUA DEFINIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 À LUZ DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA	38
3.1	Breves considerações iniciais	38
3.2	O direito à privacidade: origens, evolução e definição	38
3.3	O direito fundamental à privacidade na Constituição Federal de 1988	55
4	A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL	62
4.1	Breves considerações iniciais	62
4.2	Os fatores de convergência ocidental quanto à preocupação com a proteção dos dados pessoais, e as dimensões do problema	62
4.3	O direito fundamental à proteção dos dados pessoais no direito comparado	67
4.4	A natureza dos direitos fundamentais e o processo hermenêutico de sua construção a partir da Constituição Federal de 1988	76
4.5	As proteções à dignidade da pessoa humana e à privacidade como premissas do direito fundamental à proteção dos dados pessoais na Constituição de 1988	86
4.6	A previsão na Constituição de 1988 do <i>Habeas Data</i> como marco auxiliar na compreensão do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e instrumento voltado a sua proteção	94
4.7	Dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental à proteção dos dados na Constituição de 1988	99
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
	REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem crescido bastante a preocupação de juristas, economistas e outros pesquisadores, pela disseminação da comunicação em massa por meio da rede mundial de computadores, aliada com o gradativo aumento da quantidade de informações e dados pessoais que entram em domínio público.

A todo o momento são divulgadas declarações sobre renda dos servidores públicos, localizações por GPS (*global positioning system*) obtidas mediante dados coletados a partir do telefone celular dos usuários, itinerários de voos, fotos, câmeras de segurança, informações postadas em redes sociais e plataformas de correio eletrônico (*email*), dados sobre processos judiciais disponíveis inteiramente *online*, dentre outros. Por sua vez, estão em constante formação grandes bancos de dados, seja por intermédio da coleta por corporações, de nítido interesse mercantil, seja por entes públicos, que objetivam ao menos declaradamente, fins respeitáveis, como o combate ao terrorismo, a melhoria da segurança pública, a justeza de pleitos eleitorais, ou a otimização do combate à sonegação fiscal.

Este interesse pelo estudo do tema surgiu em grande parte pela ameaça de graves lesões ao direito à privacidade, uma vez que tais dados, amplamente disponibilizados – voluntariamente pelo sujeito ou sem o seu conhecimento através de ferramentas digitais de coleta como os *cookies*¹ – são habitualmente armazenados e tratados, de forma a servir as mais diversas finalidades, muito frequentemente sem o conhecimento do titular das informações.

Referidos dados pessoais terminam sendo utilizados na formação de verdadeiros perfis dos usuários de produtos ou serviços, que serão vendidos a empresas interessadas em atividades de propaganda, ou mesma na criação de práticas abusivas de discriminação de preços, por meio das quais será possível determinar quanto cobrar a cada classe ou espécie de consumidor. Sua divulgação enseja ainda possíveis constrangimentos pessoais e no ambiente de trabalho, fraudes, práticas discriminatórias em razão de raça, sexualidade, convicção religiosa ou opção política.

Cada vez mais habituais têm se tornado igualmente as denúncias de governos, que por meio de mecanismos tecnológicos de coleta em massa de dados, interferem na comunicação de outros governos, corporações ou pessoas, com a finalidade de obter vantagens em negociação comercial ou política, sob o argumento da coibição de ilícitos internacionais.

¹ “O cookie é, portanto, um programa de computador que registra os caminhos do usuários da internet e por meio do qual se obtém dados sobre seus costumes e preferências.” (TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39).

Referida prática subjuga os interesses de países menos avançados na proteção de seus dados, assim como coloca em risco a privacidade de seus cidadãos, comprometendo informações essenciais, inclusive a garantia da soberania nacional e a proteção do interesse público, gerando grave insegurança a toda forma de comunicação institucional.

A manifesta crise na proteção dos dados pessoais não é mais novidade no mundo contemporâneo, e do mesmo modo a relevância do problema.² Corporações exploram suas atividades comerciais, e governos atuam de forma a agregar o máximo de conhecimento sobre os bilhões de usuários da rede mundial de computadores, os quais, por desconhecimento ou incapacidade, terminam, igualmente, cooperando para a coleta de informação, uma vez que parte significativa desta é fornecida voluntariamente.

No Brasil ainda se encontra em discussão no Congresso Nacional a aprovação de legislação que venha a regular as relações jurídicas pela internet, mormente quanto à regulamentação dos bancos de dados. O Poder Judiciário, por intermédio de seus tribunais superiores, ainda não consolidou orientação jurisprudencial sobre a possibilidade e os limites da proteção constitucional sobre a coleta, o tráfego e o acúmulo dessas informações, dentre diversos outros aspectos consideráveis, havendo, porém, trabalhos literários nacionais e alguns precedentes.³

Por outro lado, a experiência estrangeira, de suas legislações, precedentes judiciais e doutrina, permitem o estudo e análise do tema, que, portanto, é viável no âmbito do Direito Constitucional, quanto à teoria dos direitos fundamentais. Mais difundido na Europa, o direito à proteção dos dados pessoais surgiu fruto de decisão da Corte Constitucional Alemã sobre a inconstitucionalidade da Lei do Censo de 1983, já tendo sido incorporado nas Constituições de diversos países (Portugal, Eslovênia, Rússia e Espanha) e na Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995 da União Europeia, não merecendo ainda no Brasil estudos suficientes que

² A European Commission, entidade que representa os interesses gerais da União Europeia propôs, em 2012, a reforma da legislação sobre o tema, ainda não modificada, tendo em vista as crescentes preocupações sobre a proteção de dados, explicitando a relevância do problema. Informação coletada no próprio *site* da entidade (EUROPEAN COMMISSION. **Commission proposes a comprehensive reform of the data protection rules.** Brussels, 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014).

³ Esta problemática foi objeto de discussão recente pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Raul Araújo e Villas Bôas Cueva, acompanhados pelos Professores Frederico Viegas de Lima da Universidade de Brasília (UnB) e Bruno Dantas, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), quando da realização do painel *Tendências do direito privado à luz dos princípios constitucionais* no X Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro de Estudos Jurídicos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Autodeterminação informativa foi tema de palestra do ministro Villas Bôas Cueva.** Brasília, DF, 2014b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112329&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>. Acesso em: 21 jan. 2014).

possam estabelecer o significado constitucional, assim como suas dimensões subjetiva e objetiva, de não intromissão da esfera do sujeito, e de diretriz para a atuação do poder público.

O problema que se coloca é em que medida um direito à proteção desses dados pessoais poderá ser construído a partir da Constituição Brasileira de 1988, como direito fundamental, tendo como premissas o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito⁴ e a proteção à privacidade⁵, de forma que possa ser erigido como garantia à proteção desses dados, observando-se inclusive a cláusula de abertura a outros direitos fundamentais.⁶ Indaga-se ainda, diante da previsão da ação constitucional do *Habeas Data*⁷, e sugerindo-se uma resposta positiva à primeira indagação, como deveria ser interpretada esta ação constitucional, de modo a tutelar referido direito.

No primeiro capítulo pretendeu-se discutir o contexto-problema, as premissas básicas do mundo cognoscível, que permitam compreender a necessidade de discussão do problema relativo à necessidade de construção de um direito à proteção dos dados pessoais. Discutem-se, assim, a partir do referencial teórico escolhido, como mais adequado à discussão, as noções de modernidade líquida e sociedade de informação, prosseguindo-se para expor a complexa natureza da decisão do titular sobre a disponibilização dos dados pessoais, bem como a definição destes.

No segundo capítulo discute-se o direito à privacidade, desde suas origens, expondo-se as dificuldades de sua concretização, e propondo-se um fundamento social e um modelo para sua compreensão, que em vez de se fundar em uma conceituação ampla e inviável, que abrangesse todas as suas implicações, prefere organizá-lo em diferentes núcleos, que permitam análise mais metódica e compreensível de seus limites e dimensões. Discorre-se ainda, neste capítulo, sobre a inviolabilidade constitucional à privacidade na Constituição de 1988, à luz da doutrina pátria e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), expondo suas dificuldades de sistematização.

No terceiro capítulo, mais extenso, e último, propõe-se uma resposta positiva à hipótese apresentada, caminhando-se no sentido da construção íntegra e coesa de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Para isso discute-se primeiramente a sua construção

⁴ BRASIL. Presidência da República. (Comp.). **Constituição do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Art.1º, inciso III. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁵ Ibid., Art.5º, inciso X.

⁶ Ibid., Art.5º, parágrafo 2º.

⁷ “Art.5º, inciso LXXII – conceder-se-á ‘habeas-data’: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.” (Ibid).

no direito comparado, com especial destaque para as experiências alemã e estadunidense, diante de sua grande extensão, e os avanços da América Latina, em razão da proximidade e das similaridades com o Brasil.

Em seguida, aborda-se o estudo dos direitos fundamentais, distinguindo-se os elementos que os caracterizam, a cláusula constitucional de abertura, como prevista no Art.5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, e o processo de extração hermenêutico-argumentativo de direitos não expressamente contidos no texto. Aborda-se ainda a próxima premissa da concretização do direito à proteção dos dados pessoais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, como estabelecida na Constituição de 1988, e enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, propondo-se definição que a livre de inconsistência filosóficas, e a localize como fundamento primário dos direitos fundamentais.

Prossegue-se, ao fim, analisando a previsão constitucional do *Habeas Data*, e apontando-o como marco auxiliar na compreensão do direito fundamental, e instrumento apto à sua proteção, definindo-se os limites de sua utilização. Por fim, parte-se para a distinção das dimensões subjetiva e objetiva desse direito, propondo-se ainda definição que lhe albergue a extensão e a finalidade.

2 A MODERNIDADE LÍQUIDA, A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DOS DADOS PESSOAIS

2.1 Breves considerações iniciais

Este capítulo inaugural tem o precípuo objetivo de permitir a compreensão básica do que seja talvez um dos mais graves problemas da contemporaneidade. Trata-se do radical aumento da produção e captação de dados pessoais, fomentados por esta intensa revolução tecnológica pela qual passa a humanidade, nesta quadra inicial do século XXI, e que torna dependentes todos, colaboradores e sujeitos deste processo de apropriação do conteúdo informacional.

Processo este que ocorre através da rede mundial de computadores, uma vez que os protagonistas globais se comunicam e se interconectam por meio daquela, mas que parte igualmente de outras origens, como aparelhos de celular, que são hoje capazes de captar som e imagem com qualidade há alguns anos inimagináveis; também câmeras de vigilância compulsivamente distribuídas pelas ruas das metrópoles, mecanismos de geolocalização presentes em veículos de toda espécie, satélites, aeronaves não tripuladas usadas na coleta de informações, e diversos outros meios.

Pode-se afirmar, assim, que a compreensão da necessidade de diálogo e estudo do problema relativo à existência e às dimensões de um direito à proteção dos dados pessoais, que encontre fundamento na Constituição Brasileira de 1988, requerer, prioritariamente, a compreensão da própria realidade onde está inserida, que longe de ser um privilégio ou demérito brasileiro, é uma realidade global ou transnacional, que não se coaduna, como será exposto, com limites tradicionalmente delineados de soberania política ou territorial.

Busca-se situar inicialmente o leitor, demonstrando-se de que forma se constitui esta realidade que se denomina de líquida e informacional, apontando-se os fatores que parecem contribuir para a vulnerabilidade desses dados pessoais e a importância de sua proteção, citando-se material empírico, na medida em que disponível a partir de fontes seguras de pesquisa, e considerações teóricas que partem da Sociologia, da Filosofia e da Ciência política, a fim de se permitir uma adequada e coerente análise dos pressupostos fáticos do problema em discussão.

Compreender a origem do problema e a sua razão de ser são essenciais para o desenvolvimento desta pesquisa. Este capítulo tem este propósito, e estará dividido assim em uma parcela inicial, onde se explicita a compreensão da modernidade enquanto líquida e suas

características em uma sociedade de informação, delineando o modo de agir e de pensar dos cidadãos na contemporaneidade, mais especificamente naquilo que concerne ao nosso objeto de estudo. Na segunda parte discorre-se sobre os dados pessoais, o que são, como se diferenciam e sua relevância, a fim de expor os fatores que resultam em sua vulnerabilidade diante da realidade fluída e informatizada anteriormente delineada.

2.2 Um primeiro olhar sobre o objeto de estudo: como a modernidade líquida e a sociedade de informação contribuem para a captação em massa e o controle dos dados pessoais por governos e corporações privadas

Em 2004, a rede de supermercados Wal-Mart, sozinha, armazenou mais de 460 terabytes de informação sobre consumidores, duas vezes a quantidade de dados armazenados em todas as *webpages* da Internet.⁸ Agências comerciais de controle de crédito nos Estados Unidos detêm cerca de 500 milhões de relatórios de créditos, o que significa dois relatórios para cada cidadão.⁹ A cada dia o residente normal da cidade de Londres, na Inglaterra, é filmado 300 vezes enquanto leva seus filhos à escola, toma o metrô para o trabalho ou passeia em algum parque da cidade. São 4,2 milhões de câmeras de vigilância no país, uma para cada 15 pessoas.¹⁰ Estima-se que a cada minuto do dia usuários do aplicativo de comunicação móvel *Whatsapp* compartilham cerca de 350 mil fotos, simultaneamente 72 horas de filmes são enviados ao *site Youtube.com*, e 240 milhões de *e-mails* são postados.¹¹ A Internet alcançou a marcar de 2,4

⁸ NEWMAN, Abraham L. **Protectors of privacy: regulating personal data in the global economy**. Londres: Cornell University Press, 2008.

⁹ Nos Estados Unidos da América quando alguém realiza um pagamento com cartão de crédito, empréstimo, ou outras operações financeiras, a empresa que realizou esta operação mantém um registro do quanto e com que frequência se paga, estes dados conjuntamente com dados oriundos de outras fontes permitem a construção de um perfil financeiro do sujeito, o qual é reunido em um arquivo de crédito, e torna possível o estabelecimento de um *credit score*, resultado de uma operação matemática que usa a informação de seu arquivo de crédito para alcançar um número que simboliza sua propensão a arcar com contas e despesas no futuro. A atividade é regulamentada por lei específica naquele país, mas é prática utilizada por instituições financeiras ao redor do mundo (ANNUAL CREDIT REPORT. **All about credit reports**. [S. l.], [20--]. Disponível em: <<https://www.annualcreditreport.com/whatIsCreditReport.action>>. Acesso em: 10 de jul. 2015).

¹⁰ Conforme a British Security Industry Authority (BSIA) (BARRETT, D. One surveillance camera for every 11 people in Britain, says CCTV survey. **The telegraph**, [S. l.], 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/10172298/One-surveillance-camera-for-every-11-people-in-Britain-says-CCTV-survey.html>>. Acesso em: 10 jul. 2015).

¹¹ De acordo com o *Internet Live Stats*, ferramenta que permite o cálculo deste fluxo (GUNELIUS, S. The Data Explosion in 2014 minute by minute: infographic. **ACI**, [S. l.], 2014. Disponível em: <<http://aci.info/2014/07/12/the-data-explosion-in-2014-minute-by-minute-infographic/>> Acesso em: 10 de jul. 2015).

bilhões de usuários. Os brasileiros são os mais ativos no mundo quanto ao fluxo de utilização da maior rede social existente, o *Facebook.com*, com 47 milhões de acessos diários.¹²

Todas as sociedades atuais, ditas modernas ou pós-modernas, vêm lidando com o mesmo dilema, isto é, de como gerenciar estes enormes e diversos fluxos de dados pessoais, optando nem sempre por caminhos semelhantes na tentativa de construção de soluções. Quem se dispuser a tentar compreender esta realidade, pressuposto para uma regulação eficiente, deverá anteriormente compreender seu funcionamento, e para isso não poderá deixar de observar, a priori, a crítica contundente, de que a justificação desta dicotomia entre modernidade e pós-modernidade detém possivelmente tantos significados quanto forem os autores que a discutam.¹³

Inegável, porém, que, com essa dicotomia, se assinale sempre uma espécie de ruptura na passagem regular do tempo, os modernos, e mais adiante, os pós-modernos, ou este estágio atual da modernidade líquida, como prefere Bauman¹⁴, seria de alguma forma novo e diferente, e marcado, em sua concepção, por duas notas distintivas, que guardariam intensa relação com esse processo de mudança.

A primeira seria o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão de que haveria um fim, um estado de perfeição a ser atingido, seja no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de sociedade boa e justa, sem conflitos. Um completo domínio sobre o futuro, tão completo que poria fim às contingências, disputas e ambivalências da vida.¹⁵

Como na visão de Mouffe sobre o processo democrático, estaríamos agora atrelados a um processo dialógico contínuo, de relação com o outro, e diante da premente necessidade de aceitar a alteridade, assim como a impossibilidade de sua completa absorção:

[...] política democrática deveria ser concebida como uma “conversa sem fim” na qual se deveria constantemente tentar entrar em uma relação dialógica com o “Outro”. Reafirmando-se esta ideia, aqueles que advogam esta visão geralmente insistem, como faço eu, na necessidade de aceitação das “diferenças” e na impossibilidade da completa reabsorção da alteridade. (Grifos do autor) (Tradução nossa).¹⁶

A autodeterminação passou a ser compulsiva e obrigatória, porém a individualização contínua é uma fatalidade, não uma escolha, os direitos democráticos e suas liberdades são garantidos na teoria, mas frequentemente inalcançáveis na prática, “[...] a dor da

¹² GOMES, H. S. Brasil é o 2º país com mais usuários que entram diariamente no Facebook. **G1**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/09/brasil-e-o-2-pais-com-mais-usuarios-que-entram-diariamente-no-facebook.html>>. Acesso em 10 de jul. 2015.

¹³ LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000. p. 129.

desesperança sem dúvida será coroada pela humilhação da infelicidade; a capacidade de lidar com os desafios da vida, testada todos os dias, é, afinal, a própria oficina em que a autoconfiança dos indivíduos (e também sua autoestima) é forjada ou dissolvida.”¹⁷, como na lição de Sartre:

Eu, pessoalmente, falei da liberdade em meus livros de filosofia. Creio mesmo que essa liberdade é a noção capital de nosso mundo. Penso, entretanto, em uma liberdade alienada. Acho que, por ora, o homem é livre para ser alienado. Alienação e liberdade não são, em absoluto, conceitos contraditórios. Muito pelo contrário: se não fosses livre como poderia transformar-te em escravo? Não se escraviza um pedregulho ou uma máquina: só se escraviza e se aliena a um homem que, primeiramente, é livre: não há alienação a não ser de um homem livre.¹⁸

Homens e mulheres não têm mais a quem culpar por suas frustrações diárias, devem usar suas próprias estratégias, carregar seu próprio fardo, se não alcançam algum objetivo é porque não foram suficientemente bons no uso de alguma técnica, ou na habilidade de fazer amigos e influenciar pessoas. Isto é o que lhes é dito, e o que passaram a acreditar. “Riscos e contradições continuam a ser socialmente produzidos; são apenas o dever e a necessidade de enfrentá-los que estão sendo individualizados.”¹⁹

De um lado há um rompimento das redes de segurança, tecidas e sustentadas agora individualmente, o apoio oferecido anteriormente pela família, pelos amigos próximos, pela vizinhança, de onde se poderia buscar auxílio para remediar as lesões provenientes do trabalho e das limitações humanas, parece não mais subsistir. O mundo se torna maleável e indeterminado, no sentido de que tudo poderá ser feito, mas nada de uma vez por todas, e o que quer que aconteça, provavelmente chegará sem anunciar-se e possivelmente fluirá embora sem aviso prévio.²⁰

A segunda grande mudança, em consonância com a primeira, seria a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. Haveria uma realocação do discurso ético/político pela construção de uma *sociedade justa* – enquanto algo a ser buscado no futuro – para os *direitos humanos*, ou seja, os indivíduos, agora, supostamente protegidos por tais direitos e garantias, poderiam escolher à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado.²¹

Não haveria mais o *Grande Irmão* à espreita, como autoridade central e grande líder, em quem se espelhar livremente ou forçosamente, apenas outros indivíduos, cujos

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 81.

¹⁸ SARTRE, J. P. **Sartre no Brasil**: a Conferência de Araraquara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 39.

¹⁹ BAUMAN, 2000, p. 48.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

²¹ BAUMAN, 2000.

exemplos podem ser observados, e seguidos, mas sob sua própria responsabilidade. A sociedade moderna é dos indivíduos, reencenada diariamente e incessantemente.²²

Por esse viés, parece que esse sentimento se alia a um constante processo de desregulamentação também econômico, a desigualdade, seja intercontinental, seja entre os Estados, seja ainda dentro da mesma sociedade, atinge níveis alarmantes. Mesmo a rica Europa conta entre seus cidadãos com 3 milhões de desabrigados, e 30 milhões que vivem abaixo da linha da pobreza²³:

O desvio do projeto da comunidade como defensora do direito universal à vida decente e dignificada para o da promoção do mercado como garantia suficiente da universal oportunidade de auto-enriquecimento aprofunda mais o sofrimento dos novos pobres, a seu mal acrescentando o insulto, interpretando a pobreza com humilhação e com a negação da liberdade do consumidor, agora identificada com a humanidade.²⁴

Essa desregulamentação, por sua vez, parece estar atrelada a uma constante minimização do Estado, enquanto responsável pelo papel de organizar a vida pública, perde-se o sentido de coletividade e fortalecem-se os espaços privados, assim como a força das sociedades empresárias:

Evidentemente, isto não significou uma perda total de função da política e do Estado. Significou sim uma atrofia tal que as verdadeiras decisões não passam mais pelo Estado, o que gera um coletivo desinteresse político, agregado ao senso individual de fatalidade e de inevitabilidade, deixando o homem 'livre' para perseguir, sozinho e autonomamente todos os seus caminhos. A perda do sentido de coletividade - com o abandono dos espaços públicos - acarretou um descontrole da vida coletiva e uma hipertrofia das empresas com a consequente atrofia do Estado. A força das empresas em um sistema neoliberal deixa no seu rastro a desvalorização do Estado, o desmonte da sua função social e a responsabilização por apenas um mínimo necessário aos interesses neoliberais.²⁵

Desse contexto surge uma verdadeira corrida, quando cada membro da sociedade é um participante e um competidor. Como não há referenciais, e tudo é autodeterminável e flexível, logo líquido e moldável, compra-se e consome-se de tudo, não somente comida ou automóveis. Nesta busca por novos modelos há uma compulsão ávida por receitas de vida, de saúde, do corpo perfeito, de relacionamentos interpessoais.

²² O *grande irmão* é personagem fictício do famoso romance de George Orwell (2005) - crítica contundente ao modelo político soviético da década de 40 -, onde em um mundo sob vigilância total, distópico, ou seja, baseado em uma ficção antética a qualquer utopia (está no sentido de um futuro ideal, não opressivo, apesar de imaginário), satirizada, excessiva e deformada, existe a figura central do *Big Brother*, uma espécie de ditador ubíquo, que controla, por meio de diversos recursos, inclusive tecnológicos, todos os momentos da vida dos seres humanos (ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.).

²³ BAUMAN, 1997.

²⁴ Ibid., p. 34.

²⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ambiental sadio e ecologicamente equilibrado**. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2006. p. 122.

Há *personal trainers* para quase tudo, desde o preparo físico, a como criar os filhos ou mesmo se vestir diariamente para o trabalho. Aumenta de forma alarmante o consumo de próteses, suplementos, energéticos, cafeína e ansiolíticos, tudo que contribua para a corrida frenética em busca da autoidentificação, estímulos são imprescindíveis desde o momento inicial do acordar – precipitadamente cedo pelo soar do alarme –, afinal há uma rotina, muitas vezes enfadonha, que precisa ser cumprida:

Os homens e mulheres pós-modernos realmente precisam do alquimista que possa, ou sustente que possa, transformar a incerteza de base em preciosa auto-segurança, e a autoridade da aprovação (em nome do conhecimento superior ou do acesso à sabedoria fechado aos outros) é a pedra filosofal que os alquimistas se gabam de construir. A pós-modernidade é a era dos especialistas em ‘identificar problemas’, dos restauradores da personalidade, dos guias de casamento, dos autores dos livros de ‘auto-afirmação’: é a era do ‘surto de aconselhamento’. (Grifos do autor).²⁶

Esta cessante carência pelo arrefecimento das angústias, e pelo preenchimento do vazio tem levado ao consumo cada vez maior também de drogas ilícitas, como a maconha, cocaína, ecstasy, crack e heroína. “Para milhões de pessoas hoje as drogas, assim como as religiões e a alta cultura ontem, servem para aplacar as dúvidas e as perplexidades sobre a condição humana, a vida, a morte, o além, o sentido ou a falta de sentido na existência.”²⁷

Até na cultura é possível perceber-se que aquela de ontem pretendia transcender o tempo, permanecer por gerações, ter algum valor duradouro. Proust escreve a obra de uma vida, influenciando gerações, em 7 volumes, mas não só ele, também Tolstoi, Thomas Mann, Joyce e Faulkner escreveram obras que pretendiam derrotar a morte. Havia um ideal a ser alcançado. Contemporaneamente, sejam as telenovelas brasileiras, os filmes de Hollywood ou os shows de *popstars* como Madonna ou Shakira, não pretendem durar mais que o tempo do espetáculo: o propósito é somente o de gerar distração para afastar momentaneamente os dissabores da vida.²⁸

No modelo moderno e pesado, as leis eram ditadas. Havia, como na fábrica fordista, uma sociedade organizada em torno de modelos e funções a serem seguidas. Orwell²⁹ não poderia conceber uma sociedade sem administradores, sem torres de controles, sem metas devidamente traçadas, sem que alguns escrevessem o roteiro da vida de outros. Homens eram dirigidos na busca por fins determinados, era o mundo das autoridades, de líderes que sabiam mais e de professores que ensinavam o caminho correto.³⁰

²⁶ BAUMAN, 1997, p. 221.

²⁷ LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 36.

²⁸ Ibid.

²⁹ ORWELL, 2005.

³⁰ BAUMAN, 2000.

O mundo pós-moderno seria, ao contrário, cheio de possibilidades, como a metáfora de uma mesa de bufê, ou dos restaurantes *self-services* da vida urbana, onde há diversos pratos deliciosos, onde ninguém seria capaz de provar de todos. Ainda assim se tenta encher o prato com o máximo de opções, por mais que se abandone parte delas em algum momento, e sejam descartadas, sempre agindo como consumidores, e constantemente em dúvida sobre haver feito as escolhas corretas. *Será que utilizei os meios à minha disposição da melhor maneira possível?*, é a pergunta constante. A infelicidade parece derivar agora do excesso de escolhas e não de qualquer falta delas.³¹

Anthony Guiddens³² expressa, da mesma forma como o faz Bauman, a perplexidade gerada por esta modernidade, concordando que provoca uma espécie de desvencilhamento dos tipos que denomina de *tradicionais de ordem social*, gerando mudanças mais profundas que momentos históricos anteriores. Em termos de um *plano extensional* tais mudanças provocariam o estabelecimento de novas formas de interações social globais, e em *termos intencionais* alterariam algumas das mais íntimas e pessoais características da existência cotidiana.

Questiona-se, assim, aquele autor, de que forma deveriam ser identificadas estas descontinuidades da ordem social tradicional, para propor um contraponto à ideia de um progredir para uma modernidade desregulada, ou totalmente desorganizada, inconciliável com alguma forma de progresso. Aduz a existência de certa lógica dialética neste processo, um permanente deslocamento, o qual, porém, é seguido por reencaixes, ou seja, o mundo moderno, propõe ele a metáfora, seria uma espécie de carro, uma máquina em constante movimento, e de enorme potência, que esmaga os que resistem a ela, e, por vezes, ameaça escapar ao controle humano, mas cuja viagem não é inteiramente desagradável ou sem recompensas, podendo ser frequentemente estimulante de novas ideias, novas construções e do desenvolvimento das instituições³³:

O correlativo do deslocamento é o reencaixe. Os mecanismos de desencaixe tiram as relações sociais e as trocas de informação de contextos espaço-temporais específicos, mas ao mesmo tempo propiciam novas oportunidades para sua reinserção. Esta é uma outra razão pela qual é um equívoco ver o mundo moderno como um mundo onde grandes sistemas impessoais engolem crescentemente a maior parte da vida pessoal. O mesmíssimo processo que leva à destruição das vizinhanças mais antigas da cidade e à sua substituição por enormes edifícios de escritórios e arranha-ceús, permite com frequência o enobrecimento de outras áreas e a re-criação da localidade. Embora a imagem de feixes de prédios altos e impessoais no centro da cidade seja frequentemente apresentada como o epítome da paisagem da modernidade, isto é um equívoco. Igualmente característica é a re-criação de lugares de relativa pequenez e a

³¹ BAUMAN, 2000.

³² GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 10.

³³ Ibid.

informalidade. O próprio significado do transporte que ajuda a dissolver a conexão entre a localidade e parentesco, fornece a possibilidade para o reencaixe, tornando fácil visitar parentes “próximos” que estão bem longe. (Grifo do autor).³⁴

De toda forma, parece não haver mais espaço, nem lugar, no imaginário deste século, para a metáfora do Panóptico, construção intelectual de Jeremy Bentham, redescoberta por Michel Foucault na década de 70, que consiste em um modelo arquitetural inspirado na Escola Militar de Paris de 1751, onde, sendo envidraçados os dormitórios do prédio, permitiriam o controle dos alunos até mesmo no período noturno, de forma a evitar qualquer contato ou comportamento indesejado entre colegas:

O Panóptico é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível.³⁵

Referida construção não dá mais conta de compreender o modelo da sociedade pós-moderna, não há mais a autoridade central, os modelos foram depostos, de tal forma, que temos hoje um modelo diverso, onde o poder disciplinador abre espaço para um espetáculo de exposições. Agora todos estão expostos e todos observam. Neste novo modelo de sociedade sinóptica, os indivíduos envolvidos nesta necessidade constante de autoidentificação, ao mesmo tempo não podem deixar de se expor, assim como não podem deixar de observar a exposição alheia³⁶:

O conceito é composto pelas palavras gregas ‘syn’, que remete à expressão ‘junto’ ou ao mesmo tempo, e ‘opticon’, que, novamente, relaciona-se com o ‘visual’. Pode ser usado para representar a situação em que muitos focam algo comum que se encontra condensado. Em outras palavras, pode representar o oposto da situação em que poucos vigiam muitos. Assim, em todos os sentidos da palavra, pode-se dizer que vivemos em uma sociedade expectadora.³⁷

Nessa nova realidade têm grande papel as redes sociais, como vitrines perfeitas da vida cotidiana, e fontes permanentes de contato frenético com todas as notícias do dia – sejam verdadeiras ou falsas – são gratuitas e permitem o rápido contato. São endereços na rede

³⁴ GUIDDENS, 1991, p. 126.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 19. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 166.

³⁶ BAUMAN, 2000.

³⁷ MATHIESEN, 1998 apud VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. 2006. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 29 out. 2013. p. 51.

mundial de computadores, perfis individuais ou coletivos, construídos dentro daquela plataforma do *software*, disponíveis vinte quatro horas por dia e sete dias por semana. Sequer a noite passa a ser um empecilho para a contínua vigilância – o dispositivo móvel, geralmente um aparelho celular, permanece ligado, ao lado da cama, diante da possibilidade de algum imprevisto, da postagem de informações ou visualização de contatos no meio da madrugada, por mais banais que sejam.

Dossiês sobre os indivíduos não estão mais em uma gaveta de algum órgão secreto de pretensões duvidosas, eles são autobiográficos, postados para o mundo inteiro, quando muitas vezes sequer a intenção é promover divulgação tão ampla daquela informação da vida:

Como coloca Gelman, “dossiês digitais...não são dossiês compilados por espões encobertos, que se escondem em cantos escuros, com câmeras no formato de canetas, ou agentes governamentais obtendo arquivos de grandes bancos de dados.” Eles são autobiográficos. Retornando, ela pergunta, “Por que as pessoas postam conteúdos em meio disponível para o mundo inteiro quando a exposição desse conteúdo não é intencionada para o mundo inteiro?” (Grifos do autor) (Tradução nossa).³⁸

O *Facebook*³⁹ enquanto uma das redes sociais mais amplamente difundidas conta hoje com mais de um trilhão de visualizações de perfis por mês, e tem mais usuários que a população inteira da Europa e da Rússia. Este verdadeiro *Truman Show* permanente – referência a filme norte-americano estrelado por Jim Carrey, onde a vida de homem é transmitida vinte e quatro horas por dia, em canal aberto de televisão – tem permitido a construção de um mundo sem segredos pessoais, onde todos podem investigar e fornecem enormes quantidades de dados:

O que foi uma vez apenas um meio de distribuição de dados impessoais, a Internet é agora uma rede de corporações e tecnologias projetadas em torno de produtos sociais, plataformas e serviços – transformando-a de um banco de dados impessoal em um cérebro digital global que transmite nossas relações, nossas intenções e nossas predileções. (Tradução nossa).⁴⁰

Tão grande a revolução social que o conhecido mecanismo virtual de buscas *Google*⁴¹ precisou modernizar-se e introduzir em sua realidade um mecanismo de buscas social, o *Google +1*, acrescentando a seu endereço eletrônico na Internet⁴², ou rede mundial de

³⁸ SARAT, Austin. Whiter privacy?: an introduction. In: _____ et al. **A world without privacy: what law can and should do?** New York: Cambridge University Press, 2015. p. 16.

³⁹ KEEN, Andrew. **Digital vertigo: how today's online social revolution is dividing, diminishing and disorienting us.** New York: St Martin's Press, 2012.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Conforme ensina Gois Jr.: “[...] a Internet é um aglomerado de redes menores e de computadores individuais interligados de maneira liberal e redundante, ou seja, cada ponto da rede se interliga sempre a mais de um ponto. Esse modelo de rede com sua estrutura de comunicação foi criado nos Estados Unidos pela ARPANET (*Advanced Research Agency Network*) com objetivos estritamente militares.” Continua o autor: “Assim, no sistema atual da rede temos, basicamente, milhões de computadores o lares e empresas, ligados a computadores servidores maiores, em geral instalados em empresas que fornecem acesso, chamadas comumente de provedores de acesso à Internet. Os provedores inscrevem as máquinas de menor porte como suas próprias usuárias e tornam disponíveis serviços para essas máquinas, que passam a ter acesso à grande rede por meio

computadores, uma camada social que permite o processamento de informações oriundas das recomendações de usuários relacionados no ambiente virtual, o denominado ciberespaço.⁴³

A reconstrução dessa identidade, perdida pela falta de modelos, parece perpassar agora o compartilhamento de intimidades, o espaço público passa a ser nada mais que uma tela gigante na qual as aflições privadas são projetadas constantemente na busca por algum conforto pela identificação com o outro:

Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas ou adquirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam de suas excursões diárias ao espaço “público” reforçados em sua individualidade *de jure* e tranquilizados de que o modo solitário como levam sua vida é o mesmo de todos os outros “indivíduos como eles”, enquanto – também como eles – dão seus próprios tropeços e sofrem suas (talvez transitórias) derrotas no processo.⁴⁴

Essa constante divulgação de dados e conteúdos, aliada à existência de mecanismos de busca e as redes sociais – onde facilmente se localiza qualquer dado sobre qualquer indivíduo – permite que nessa sociedade sinóptica e líquida os indivíduos permaneçam constantemente monitorados. Entidades privadas ou governos, em busca de dados pessoais para a construção de bancos de dados, voltados à identificação de tendências de consumo em massa ou alguma espécie de fiscalização (identificação de fatos geradores de tributação, investigação criminal, controle pelo empregador das rotinas do empregado, etc.) dispõem de diversas ferramentas facilmente utilizáveis.

Nesse contexto se desenvolve a comunidade global, que comumente é denominada de sociedade de informação. Indivíduos estão permanentemente interligados, o fluxo de informações de toda natureza não obedece mais aos limites nacionais, regionais ou mesmo intercontinentais. Por meio da rede mundial de computadores permite-se a construção de uma realidade há poucos anos indescritível. Os indivíduos passam a ter agora uma identidade na rede ou *online*, referente ao espaço que ocupam naquele mundo virtual (cadastros em sites da

dos seus computadores. Por sua vez, os servidores das empresas provedoras são ligados a grandes estruturas de comunicação chamadas *backbones* que escoam pelo mundo afora o imenso tráfego de informação proveniente dos provedores de acesso mediante canais de satélite ou cabos submarinos.” (GOIS JÚNIOR, José Caldas. **O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 48-49).

⁴³ Importante se observar que não há confusão entre o conceito de Internet e de ciberespaço, este é exatamente “[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores.” (LÉVY, 1999 apud BERNARDES, Mariele Berger. **Democracia na sociedade informacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41), ou seja, espaço de diálogo e transmissão de dados aberto mais acentuadamente pela formação da rede mundial de computadores (MATHIESEN, 1998 apud VIANNA, 2006), mas que com ela não se confunde, por abranger igualmente o espaço de diálogo proporcionado por outras redes como telefônica ou de radiotransmissão.

⁴⁴ BAUMAN, 2000, p. 54.

rede, redes sociais, lojas virtuais, etc.) e uma identidade fora da rede, ou *offline*, esta sim documentada em seus países de origem.

Não há uma autoridade global que centralize a regulamentação desta sociedade de informação, a gestão deste ambiente é dividida entre agentes governamentais e privados, assim como fóruns de discussão. Organismos nacionais e transnacionais interagem construindo uma lógica diferente da de fronteiras, e cuja regulamentação é extremamente difícil e complicada.

Ainda assim, restam francamente mitigadas as fronteiras geográficas, agora capital e dados podem ser livremente transmitidos, em segundos, para qualquer local no globo, ou mesmo ofensas e ataques delinquentes podem ser iniciados a partir de uma base física em qualquer país, sob qualquer jurisdição. A conexão entre referidos computadores e outros equipamentos é construída por padrões ou protocolos desenvolvidos para viabilizar a transferência rápida de dados, e se organiza a partir de endereços, ou *Internet Protocols* (IP).⁴⁵

Como salienta Lessig⁴⁶, tornando a sistemática ainda mais complexa, a Internet sofre ainda nos dias atuais do que ele chama de três imperfeições básicas em sua estrutura. A primeira diz respeito à informação sobre usuários, ou seja, qual a identidade daquele usuário que está usando a Internet, já que o protocolo da Internet não requer esse dado, não requerer qualquer forma de credenciamento, somente a identificação do seu local de acesso. A segunda guarda relação com a geografia, onde está aquele sujeito que usa a Internet naquele momento, uma vez que os endereços são lógicos, e não estão atrelados, a princípio, a qualquer forma de localização geográfica. A terceira imperfeição diz respeito aos dados transmitidos, uma vez que não se exige qualquer espécie de rótulo ao pacote de dados que está sendo enviado pela rede, não havendo como antecipadamente identificar sua natureza.⁴⁷

Para Tatiana Malta Vieira, “[...] a expressão sociedade da informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações.”⁴⁸ Ressalta essa autora, no que parece concordar com o argumento deste estudo, como segunda mudança da modernidade líquida, que esta sociedade da informação contribui no tocante à dinamização do modo de produção capitalista, uma vez que a própria informação assume maior relevância para a geração de riquezas.⁴⁹ Ela não está sozinha nesta

⁴⁵ SALDAN, Eliane. **Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético**. 2012. Tese (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2012.

⁴⁶ LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace, version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ VIEIRA, Tatiana. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. p. 156.

⁴⁹ VIEIRA, 2007.

observação, outros autores apontam para esta dinamização do modo capitalista de geração de riquezas, que se difunde mais eficientemente e desreguladamente:

A era digital também traz a lume a tensão entre proteção da privacidade e eficiência de Mercado. Como Richard Warner notou, “Em geral, economias de mercado dependem de um fluxo de informações”. Wagner afirma que a tecnologia melhorou imensamente a eficiência, criando a possibilidade de propagandas direcionadas, as quais, em sua visão, beneficiam ambos negociantes e clientes.” (Grifos do autor) (Tradução nossa)⁵⁰

Tendo em vista tais fatores, mormente da ausência de barreiras ao fluxo de dados e de capital, parece sofrer a noção tradicional de soberania um grave processo de erosão ou de transmutação para algo diverso. Não é mais possível conceber-se a soberania estatal nos mesmos moldes de outrora, apesar de constitucionalistas de renome já visualizarem há anos o enfraquecimento da noção de soberania, em virtude de outros fenômenos, como a integração interestatal e a globalização, “[...] este modelo, assente, basicamente, na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.”⁵¹

Pode-se acrescentar a esses fatores a velocidade de movimento e a capacidade de evasão e fuga. A facilidade com que se pode viajar de um país ao outro, ou mesmo, mudar uma fábrica de lugar, demitir e recontratar funcionários em qualquer lugar longínquo, em busca de maiores incentivos econômico-financeiros, abrir contas e sociedades empresárias em paraísos fiscais, comprar pelos mais diversos endereços eletrônicos. Tudo isto contratado e pago em segundos mediante o uso de um cartão de crédito e um endereço eletrônico localizado na Internet:

Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga; a redistribuição pela violação do novo estatuto global é rápida e impiedosa.⁵²

Estejam ou não agindo de boa-fé, em busca de informações ou testando qualquer outro produto ou aplicativo, lícito ou ilícito no seu local físico de origem, a violenta expansão da Internet vem construindo ambiente caótico para a legislação, especialmente quanto à proteção da propriedade intelectual. “O fato é que as fronteiras políticas dos países (várias delas

⁵⁰ SARAT, 2015, p. 18.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 90.

⁵² BAUMAN, 2000, p. 231.

estabelecidas em guerras sangrentas) hoje estão sendo derrubadas pelos navegadores do ciberespaço.”⁵³

Essa modernidade líquida, ou pós-modernidade, segue permitindo a identificação de certas peculiaridades que a distinguem de um momento anterior, denominado simplesmente de modernidade. Destaca-se para a finalidade deste estudo aquela característica relativa à constante necessidade de autoexposição, a crescente dependência do ser humano contemporâneo em permanecer vinculado a instrumentos tecnológicos, que permitem, em geral por meio da Internet, a transmissão massiva de dados e a permanente interconexão entre indivíduos, corporações ou governos.

Todo esse movimento parece ser impulsionado por certo mal-estar criado por esta ausência de referenciais, e de insegurança no futuro. Existe um estado de insegurança que parece ser ontológico, que não permite controlar esta ansiedade, de tal forma, que os compêndios médicos passam a diagnosticar e a sugerir tratamento. A utilização compulsiva de instrumentos tecnológicos, os *gadgets* – termo anglo-saxão que se refere a toda espécie de parafernália eletrônica, passa a ser patológica.

Surgiu, em 2010, o termo *namophobia* ou namofobia, da necessidade de se criar “[...] um nome que pudesse identificar determinados comportamentos, sentimentos e sensações provenientes dessa interatividade. Esse novos comportamentos que foram se desenvolvendo paralelamente à evolução tecnológica [...]”.⁵⁴ Trata-se do uso abusivo das tecnologias, seu estudo e classificação de forma a se poder desenvolver tratamentos terapêuticos ou medicamentosos.

Começa-se a compreender a necessidade de se lidar com este mundo virtual e suas peculiaridades, especialmente quanto ao reflexo na formação do sujeito enquanto membro desta comunidade global e os efeitos desta exposição mútua:

O mundo virtual é um mundo de deslumbramento e as redes sociais são palcos para que possamos nos apresentar para uma plateia de espectadores assíduos por atender à necessidade de compartilhamento. Nas redes sociais nos sentimos poderosos, acolhidos, participantes e com a autoestima elevada. Assim como num *show*, tudo o que se apresenta é um espetáculo, mas devemos lembrar que a vida é bem diferente. Entre a realidade exposta nas redes sociais e a realidade da vida real existe o infinito. Com isso, pessoas com determinado tipo de personalidade (inseguras, exigentes consigo mesmas e com baixa autoestima) têm a possibilidade de desenvolver sentimentos de angústia, tristeza, desânimo e exclusão. Essa sensação que muitos têm de não estarem inseridos em nenhum contexto e de que têm uma vida sem graça e sem

⁵³ GALDEMAN, H. **De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 185.

⁵⁴ KING, et al., 2010 apud KING, Anna Lucia Spear; NARDI, Antonio Egidio. As novas tecnologias e os impactos clínicos, cognitivo-comportamentais, sociais e ambientais no cotidiano dos indivíduos. In: _____; _____; CARDOSO, Adriana. **Nomofobia: dependência do computador, internet, redes sociais? dependência do telefone celular?** São Paulo: Atheneu, 2014. p. 17.

glamour, comparada às de seus amigos virtuais, pode gerar sentimentos indevidos de inadequação. Por isso, temos o dever de orientar e esclarecer a sociedade e as pessoas menos preparadas sobre a cultura da fantasia virtual para que ela não seja privilegiada em detrimento do aprendizado dos valores reais.⁵⁵

A sociedade de informações distingue entre duas realidades que se agregam e se sobrepõem. A primeira *online* ou virtual, que conjuga endereços IP, *cookies*⁵⁶, *click-stream data*⁵⁷ (registro das trajetórias de cliques de um usuário de modo a captar seus interesses) e *deep packet inspection*⁵⁸ (uma espécie de processamento de dados que analisa detalhadamente o conteúdo dos dados que estão sendo enviados e pode ser usada para diferentes finalidades, desde se certificar da inexistência de vírus de computador até a prática de espionagem), ferramentas as quais tornam possível a construção de um perfil a partir das características de comportamento de cada usuário.

Na realidade *offline*, por sua vez, agências de controle de crédito e outros agentes agregadores de dados adquirem esses dados a partir de fornecedores públicos e privados, os manipulam, selecionam e combinam, de forma a construir ricos dossiês de informação de consumo. São históricos de créditos, de registros de saúde, preferências individuais, padrões de compras, os quais são posteriormente vendidos e retornam aos setores público e privado, ou seja, governos e corporações. Está consolidada uma sociedade controlada pelo fluxo de dados e focada no consumo desses dados, os quais aparecem como o bem mais procurado e valioso.⁵⁹

⁵⁵ KING; NARDI, 2014, p. 34.

⁵⁶ TEIXEIRA, 2013, p. 39.

⁵⁷ “Advancement in technology and growing use of the internet has opened up different study areas for statisticians. Every time users visit websites clicks are saved that can be used for extracting useful patterns. Clickstream data could be considered as a very rich source of information, because they contain behavioral information of the web site visitor.” (SUKHWANI, S; GARLA, S.; CHAKRABORTY, G. Analysis of Clickstream Data Using SAS. In: SAS GLOBAL FORUM, 2012, Oklahoma. **Annals...** Oklahoma: State University, 2012. p. 1. Disponível em: <<http://support.sas.com/resources/papers/proceedings12/100-2012.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015).

⁵⁸ “In a nutshell, deep packet inspection is a type of data processing that looks in detail at the contents of the data being sent, and re-routes it accordingly. It can be used for perfectly innocuous reasons, like making sure that a feed of data is supplying content in the right format, or is free of viruses. Or it can be used for more nefarious motives, like eavesdropping and censorship.” (GEERE, D. How deep packet inspection works. **Wired.Co.Uk**, London, 2012. Disponível em: <<http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-04/27/how-deep-packet-inspection-works>>. Acesso em: 9 jun. 2015).

⁵⁹ ACQUISTI, Alessandro. The economics of personal data and privacy: 30 years after the OECD privacy guidelines. In: WORKING PARTY FOR INFORMATION SECURITY AND PRIVACY; WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY, 2010, Pittsburgh. **Annals...** Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 2010. p. 8. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

2.3 Os dados pessoais e sua vulnerabilidade na sociedade de informação

A formação de bancos de dados não é atividade recente. Na Idade Média a Igreja organizava registros de batismos, casamentos e óbitos de fiéis. A Inquisição e os Tribunais Seculares mantinham registros detalhados dos interrogatórios dos suspeitos de heresia, com dados como idade, local de nascimento, ocupação e crenças, e mesmo descrições das sessões de tortura.⁶⁰

Os censos populacionais que originavam a formação de rudimentares bancos de dados eram comuns tanto no Ocidente quanto no Oriente, e não raramente suas realizações encontraram obstáculos na opinião popular, que via neles instrumento usado pelos governantes na cobrança de impostos e para o recrutamento ao serviço militar obrigatório:

Houve oposição manifesta ao censo em Parma, em 1550, em Nápoles, na década de 1590, e na França, em 1663, quando se afirmava que ‘contar famílias e gado é escravizar o povo’ (*faire le dénombrement de familles et du bétail, c’est mettre le peuple dans une grande servitude*). Tais objeções ainda podiam ser ouvidas na Inglaterra no século XVIII. Não surpreende pois que uma das primeiras ações dos primeiros rebeldes fosse queimar os registros oficiais.⁶¹

Enquanto a construção da máquina de *Hollerith*⁶² fora a tecnologia precursora na automatização do processamento de dados no início do século passado, o desenvolvimento do comércio e de atividades econômicas contribuiu significativamente para a construção de bancos de dados nas décadas de 50 e 60, em razão da massificação de crediários, para a finalidade de permitir vendas a prazo, surgindo inclusive nos anos 70 o primeiro serviço de proteção ao crédito brasileiro, da união de 27 empresários de Porto Alegre.⁶³

⁶⁰ VIANNA, 2006.

⁶¹ BURKE, 2003 apud VIANNA, 2006, p. 60.

⁶² Construído pelo jovem engenheiro norte-americano Herman Hollerith, que trabalhava no *U.S. Census Bureau*, espécie de órgão do governo norte-americano responsável pela realização dos censos naquele país: “A idéia de Hollerith era um cartão com orifícios padronizados, cada orifício significando um traço diferente: sexo, nacionalidade, ocupação e assim por diante. Os cartões seriam introduzidos numa ‘leitora’. Por meio de mecanismos de mola facilmente ajustáveis e mediante a rápida varredura elétrica da superfície perfurada para detecção dos orifícios, seria possível ‘ler’ os cartões à medida que passassem por um alimentador mecânico. Em seguida, os cartões processados seriam classificados em pilhas, com base numa série especificadas de orifícios. Milhões de cartões podiam ser classificados e reclassificados. Qualquer traço almejado – genérico ou específico – podia ser isolado, por meio da simples classificação e reclassificação dos orifícios referentes a tais dados. A máquina seria capaz de produzir o retrato de toda uma população – ou de selecionar qualquer grupo dentro de certa população. Na verdade, seria possível identificar uma única pessoa dentre milhões, caso houvesse condições de perfurar quantidade suficiente de orifícios no cartão e efetuar quantas classificações fossem necessárias. Cada cartão perfurado se convertia em depósito de informações, limitado apenas pelo número de orifícios. Era nada menos que o código de barras do século XIX para seres humanos. Em 1884, desenvolveu-se um protótipo da máquina. Depois de conseguir uns poucos milhares de dólares com um amigo alemão, Hollerith patenteou e construiu o modelo.” (BLACK, 2001 apud VIANNA, 2006, p. 62).

⁶³ ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

No setor público fora famoso, nessa mesma década, o banco de dados produzido pelo Serviço Nacional de Inteligência (SNI), para o monitoramento de pessoas e grupos com interesses possivelmente contrários ao regime militar da época.⁶⁴ Hodiernamente o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) detém enorme banco de dados sobre os cidadãos brasileiros, com perfis de eleições, eleitorado e dados particulares de milhões de brasileiros desde o ano de 1945, estando parte desses dados, aquela relativa a pleitos eleitorais, disponível para acesso público e gratuito, e outra parte, de dados pessoais, acessíveis mediante determinação judicial.⁶⁵

Dados são quaisquer informações sobre o sujeito, pessoa física ou jurídica que permitem identificá-lo naquele momento ou posteriormente.⁶⁶ Por sua vez, reputam-se dados sensíveis “[...] aqueles referentes à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical ou associativa, bem como os relativos à saúde ou sexualidade.”⁶⁷, os quais permitem uma mais intuitiva compreensão das razões pelas quais sua captação, e seu uso indiscriminado, possam significar uma ofensa à privacidade do sujeito titular desses dados.

Isto ocorre porque se compreende, em geral, que dados sensíveis, em razão de seu caráter mais íntimo ao sujeito, podem torná-lo mais vulnerável a lesões, como preconceito ou discriminação de qualquer índole. Todavia, não são somente estes os dados pessoais mencionados neste estudo como suscetíveis de proteção.

Isto se dá porque não há uma relação necessária entre o grau de intimidade de uma informação e os danos possivelmente causados por sua arbitrária captação e divulgação. Como elucidada Leonardi, “[...] por meio da agregação de dados isolados e fragmentados de informação aparentemente irrelevantes, é possível montar perfis completos de sua personalidade, sem que se tenha coletado quaisquer informações íntimas de seu exclusivo conhecimento.”⁶⁸

Acredita-se que, quanto aos dados pessoais e a rapidez de sua coleta e armazenamento na sociedade da informação, se mostra totalmente inadequada a compreensão da privacidade a partir da teoria das esferas, oriunda de obra do autor alemão Hubmann, em obra denominada de *Das Persönlichkeitsrecht* (Dos Direitos Gerais da Personalidade)⁶⁹. O

⁶⁴ ZANON, 2014.

⁶⁵ Repositório de Dados Eleitorais (Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-dados-eleitorais>>. Acesso em 11 de jul. 2015).

⁶⁶ LIMBERGER, Têmis. Direito e Informática: O desafio de proteger os direitos dos cidadãos. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

⁶⁷ LIMBERGER, Têmis. **O Direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 218.

⁶⁸ LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na internet**. Editora Saraiva: São Paulo, 2012. p. 60.

⁶⁹ Tradução nossa.

autor concebe a privacidade como uma esfera, onde haveria uma camada interior, nuclear, mais íntima, a qual poderia ser mantida em total segredo diante da coletividade, em grau absoluto. Em seguida, em direção à superfície da esfera, uma camada intermediária de dados, que apesar de íntima, seria conhecida por aquelas pessoas que fazem parte da vida cotidiana do sujeito, como familiares e amigos próximos. Por último, na camada final haveria aqueles dados, que apesar de particulares, estariam indisponíveis somente aos sujeitos que nada teriam a ver com a vida daquele indivíduo.⁷⁰

Aparenta ser mais coerente com o momento histórico, diante do avanço tecnológico e da evolução comportamental dos usuários, a compreensão da privacidade dos dados pessoais enquanto um mosaico, conforme proposta de Fulgêncio Madrid Conesa, “[...] justamente em virtude da insuficiência da teoria das esferas para fazer frente a formas novas e sofisticadas de ataque à privacidade, como a criação ilegítima de bancos de dados, conforme adiante se verá.”⁷¹

Dados aparentemente irrelevantes sobre o prisma de proteção da privacidade, quando em associação a outros dados, também a priori sem maior valor, poderão servir para tornar completamente transparente a personalidade de um cidadão, invadindo-a e ofendendo-a de diversas formas. Igual ao que ocorre com as pequenas pedras que formam um mosaico, que em si não dizem nada, mas que reunidas formam conjuntos plenos de significado.⁷²

Por vários motivos: o desenvolvimento do comércio, do setor industrial, das organizações públicas e privadas, tornou-se a sociedade atual a mais avançada no sentido de formação rápida, complexa e ampla de bancos de dados pessoais. Há registros sobre todos os eventos mais importantes da vida, como nascimentos e óbitos, dados de censos urbanos ou rurais, registros militares, dados sobre receitas, empregados, registros telefônicos, som ou imagem, de tal forma que facilmente é possível a construção dos mais diversos perfis do sujeito, que livremente dispostos podem resultar em posturas ofensivas a todos esses traços de sua personalidade:

A importância da tutela jurídica dos dados reside no fato de que esses dados, assim como as demais informações extraídas a partir deles, podem se constituir em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade. Os organismos sociais, tanto estatais quanto privados, conhecem os indivíduos por meio de uma sequência de códigos e números computadorizados, situação que poderia se adequar à afirmação de Vladimir Medem, de que atualizada, segundo a qual ‘um indivíduo na Rússia era composto por três partes: corpo, alma e passaporte’. Tal afirmação ajuda a demonstrar como os dados pessoais passam a ser constituintes da própria personalidade do

⁷⁰ MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: PUC MINAS, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_bh.html>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁷¹ *Ibid.*, p. 458.

⁷² BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

indivíduo, dada a sua importância para a representação das pessoas na sociedade complexa contemporânea.⁷³

Nesse contexto, a decisão sobre a disponibilização de dados pessoais é sempre uma decisão complexa. Não é possível antever-se a amplitude do fluxo e a variedade de utilizações dos dados na sociedade de informações. Usuários geralmente detêm menos informações sobre a finalidade da captação desses dados, e a forma de sua utilização, que os sujeitos públicos ou privados que captam esses dados. Além disto, mesmo dispondo, em certos momentos, da informação completa, e de condições de compreender essas informações, indivíduos tendem a distorcer essas decisões em razão de limitações ao comportamento voluntário humano.⁷⁴

Um dos apontados enigmas do comportamento relativos à privacidade de dados pessoais é o fato de que, apesar de haver pesquisas demonstrando preocupação pública sobre a progressiva erosão da privacidade, poucas atitudes são tomadas a este respeito. Mesmo tecnologias pensadas e testadas ainda não se mostraram úteis diante dos comportamentos de mercado, onde recompensas mínimas são o suficiente para persuadir usuários a se inscreverem em programas de fidelização de farmácias e outras lojas, por exemplo, dispondo constantemente de dados sobre sua pessoa e seus perfis de compra, e logo, pondo seus dados em situação de risco.⁷⁵

Outros estudos recentes têm expresso uma crescente dicotomia, paradoxal, entre um aumento da preocupação com a proteção dos dados pessoais, e por outro lado, o fato de que há uma grande facilidade no convencimento desses sujeitos para a troca de dados por pequenos favores econômicos ou pequenas recompensas.⁷⁶

Há diversas razões possíveis para explicar esta contradição comportamental, a primeira seria a de que as pessoas poderiam estar sendo enganadas pelos termos das transações, e a incapacidade de real compreensão das mesmas. Outro possível argumento é a baixa capacidade de conhecimento dos riscos de compartilhamentos de dados aparentemente simplórios, mormente quando diante das vantagens econômicas oferecidas. Podem igualmente consumidores e usuários estar sendo compelidos a aceitar a divulgação de dados por interfaces com modelos persuasivos de convencimento. Ainda, é possível que por mais que valorizem sua

⁷³ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal da sociedade de consumo**. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. p. 69.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ ODLYZKO, Andrew. **Privacy, economics, and price discrimination on the internet**. [S. l.], [20--?]. Disponível em: <www.dtc.umn.edu/~odlyzko>. Acesso em: 27 jul. 2003.

⁷⁶ ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and rationality in individual decision making. **Ieee Security & Privacy**, Pittsburgh, v. 3, n. 1, p. 26-33, fev. 2005.

privacidade, na correria do dia-a-dia, o grande entrave de avaliar todos esses riscos seja simplesmente demais, cedendo o indivíduo ao risco de prováveis, apesar de indesejáveis ofensas.⁷⁷

Consumidores frequentemente se sentirão sobrecarregados pela tarefa de identificar possíveis resultados oriundos das ameaças à privacidade e os meios adequados para evitá-las. Informações são providas a todo tempo por entidades diversas, aumentando o nível de complexidade dessas escolhas, e esbarrando nos limites da compreensão. Sendo assim, ainda que disponível o completo acesso a avaliações quanto aos riscos de violação à privacidade e meios de proteção, esses dados muito possivelmente não serão adequadamente utilizados:

É lugar comum notar que consumidores tipicamente não gastam seu tempo lendo cláusulas de privacidade em contratos ou políticas de privacidade. Julgando-se pelo comportamento no ambiente de mercado, a maioria dos consumidores tem coisas melhores para fazer com seu tempo, do que ler notas relativas à privacidade. Compreender esses avisos sobre privacidade é um custo que a maioria dos consumidores aparentemente não acha que vale o trabalho. Os benefícios percebidos são simplesmente baixos demais. Há boas razões para consumidores adotarem esta attitude. Para começar, ler e compreender uma nota relativa à privacidade requer ler e compreender uma considerável quantidade de informações, parte da quais está versada em *juridiquês*. (Tradução nossa)⁷⁸

Podem-se citar como exemplo os termos de uso do *software* Adobe Reader, um editor de arquivos, o qual requer, para a compreensão de suas políticas de privacidade, a leitura de seu termo de privacidade, de três páginas, vinte e um parágrafos de aceitação de seus termos de uso, e cinco páginas de seu termo de acordo de licenciamento. Não bastasse o número de páginas, a compreensão das últimas requer conhecimento sobre legislação de contratos e propriedade intelectual. Ou seja: a completa leitura e compreensão, além de difícil e custosa, requer capacidades específicas que são restritas a pequena parcela de usuários com formação legal e nesses ramos específicos, ainda mais diante da referência à legislação norte-americana, o que torna ainda mais complexa a análise.⁷⁹ Há estudos demonstrando que a mera leitura de todas as políticas de privacidade que um indivíduo comum encontra diariamente na Internet levaria cerca de 44 dias.⁸⁰

Acquisti observou, em pesquisa conduzida na Universidade de Carnegie Mellow, que mesmo indivíduos que afirmam terem muita preocupação sobre sua privacidade, não necessariamente tomarão os passos para terem ciência dos riscos à privacidade de seus dados

⁷⁷ RICHARDS, Neil M. et al. Four Privacy Myths. In: SARAT, Austin. **A world without privacy: what law can and should do?** New York: Cambridge University Press, 2015.

⁷⁸ WARNER, Richard. **Undermined norms: the corrosive effect of information processing technology on informational privacy.** Saint Louis University Law Journal, Saint Louis, v. 55, p. 1084, 2011.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ MCDONALDS, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The cost of reading privacy policies. **I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, Columbus, v. 4, p. 543-568, 2008.

personais, ainda quando esta informação está disponível.⁸¹ Observou-se, por exemplo, a existência de discrepâncias ao comparar-se o número de sujeitos que haviam procurado obter informações sobre a política de monitoramento de atividades de funcionários e estudantes naquela instituição, com o grau de preocupação informado sobre tais dados.

Em outro estudo, apenas 46% dos indivíduos com grande preocupação sobre a privacidade dos dados se preocuparam em conhecer eventual política de monitoramento de dados, enquanto isto, 41% desses sujeitos admitiram que raramente leem políticas de privacidade, como essas estampadas *online* em parcela dos *sites* que coletam e manipulam dados pessoais.⁸²

Estudo mais amplo, conduzido pela Universidade da Pensilvânia, com mais de 1200 adultos norte-americanos, alcançou dados ainda mais preocupantes, e coerentes com as conclusões anteriores, demonstrando enorme incompreensão dos sujeitos sobre o funcionamento estrutural da rede mundial de computadores, e a confiança em fatores absolutamente irrealistas sobre a proteção de sua privacidade de dados.

As estatísticas são alarmantes: 57% dos adultos americanos que usam a Internet em casa acreditam incorretamente que se um *website* detém uma política de privacidade, ele não compartilhará dados pessoais com outros *websites* ou corporações; 47% dizem que a política de privacidade dos *websites* é de fácil compreensão, mas 66% desses sujeitos que são confiantes sobre a compreensão correta dessa política acreditam incorretamente que *websites* com políticas de privacidade não compartilharão seus dados; 59% sabem que *websites* coletam seus dados ainda que eles não se registrem, porém, 85% deles não tinham conhecimento de como *websites* coletam e unem dados na tentativa de ganhar dinheiro por meio de propaganda; apesar de relatarem forte preocupação sobre a privacidade de dados, 64% desses adultos disseram nunca haver procurado informações sobre como proteger seus dados *online*. Ao final, 40% dos entrevistados responderam não saber quase nada sobre proteção de dados pessoais, 26% apenas alguma coisa e 9% disseram saber o bastante.⁸³

Constata-se por esses dados o quanto a população de usuários da rede mundial de computadores acredita equivocadamente que leis já existentes forçariam e impediriam a violação da privacidade pela coleta de dados, com uma espécie totalmente fictícia de

⁸¹ ACQUISTI, 2010.

⁸² WARNER, 2011.

⁸³ TUROW, Joseph. **Americans & online privacy: the system is Broken**. Philadelphia: Annenberg Public Policy Center, 2003. Disponível em: <http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=asc_papers>. Acesso em: 14 jul. 2015.

padronização das políticas de *websites* (na mesma pesquisa um total de 86% informaram acreditar que leis que forcem políticas de *websites* a seguir um padrão seriam eficientes em auxiliá-los a proteger sua privacidade de dados). O panorama, infelizmente, é muito mais desolador, só atestando a incompreensão do problema e do grau de violação à privacidade e outros direitos oriundos da personalidade.

Sociedades empresárias estão em constante busca por informação pessoal por já terem compreendido os significativos benefícios de saberem quem são os consumidores de seus produtos ou serviços. Ricos registros de hábitos de consumo podem melhorar sensivelmente as estratégias de *marketing* e aumentar a capacidade de direcionamento dessas estratégias a certos nichos de consumidores, com isso diminuindo seus gastos com propaganda e aumentando receitas por meio de ofertas melhor direcionadas.⁸⁴

Outra possibilidade lucrativa para corporações ou governos é o acúmulo de dados para a venda a terceiros, muito frequente quando se trata de empresas detentoras de direitos sobre redes sociais, para tais corporações os dados pessoais são o insumo primário, e seus clientes são todos aqueles interessados na construção desses bancos de dados que permitirão as vantagens do controle de dados sobre usuários de alguma seara específica do mundo *offline*.⁸⁵

A captação e o processamento de informações ocorrem por meio da mineração de dados (*data mining*), atividade ou processo de descobrir informações relevantes, como padrões, associações, mudanças, anomalias e estruturas, a partir de grandes quantidades de dados armazenados, captados e reunidos, o que se torna possível devido à disponibilidade de enormes quantias de dados em meio digital.⁸⁶ A mineração de dados, seja realizada por governos seja por corporações, é assim um processo de identificação de novos, válidos, potencialmente úteis e compreensíveis padrões em dados pessoais.⁸⁷

Quando se navega em *sites* como a *Amazon.com*, gigante livraria *online*, a constatação do retorno de usuário anteriormente cadastrado permite desde logo o oferecimento de recomendações e sugestões de livros e outros produtos, com base em compras anteriores do próprio usuário ou de sujeitos que compraram os navegaram em busca de informações sobre os mesmos produtos.

Logo que se perpassa as páginas do *Facebook.com* surgem a todo momento propagandas sobre os últimos produtos pesquisados no *Google.com*. A mineração de dados

⁸⁴ ACQUISTI, 2010.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**: the false tradeoff between privacy and security. New Haven: Yale University Press, 2011.

⁸⁷ TIEN, Lee. **Privacy, technology and data mining**. *ONU Law Review*, Ohio, v. 30, p. 389-416, 2004.

envolve a criação desses perfis de usuários pela reunião de dados pessoais e a análise dessas informações, de modo a permitir este tipo de interação e a criação de um maior número de incentivos para a ampliação do consumo.⁸⁸

A mineração de dados com a identificação dos hábitos de consumo de usuários tem permitido ainda a estratégia comercial perniciosa denominada de discriminação de preços (*price discrimination* ou *dynamic pricing*), por meio da qual são oferecidos os mesmos produtos com preços diferentes a certos consumidores, segundo seus perfis, e suas aptidões para a aquisição dos referidos bens e serviços. A *Dell Computadores*, por exemplo, listava computadores com diferentes preços dependendo do perfil do usuário, mais caros quando oferecidos a pequenos empresários, e mais baratos quando a venda era relacionada a empresas do ramo da prestação de serviços de saúde (três por cento de diferença), mais baratos ainda (dez por cento de diferença) quando vendidos para entes públicos.⁸⁹

Pesquisas empíricas vêm demonstrando que diversos *sites* relacionados à busca por hospedagem em hotéis, como *Cheaptickets.com*, *Orbitz.com* e *Hotels.com*, adotam política de diferenciação de preços, de acordo com a identificação do usuário, a partir de seu perfil, alcançando estas diferenças, por vezes, centenas de dólares pelo mesmo serviço.⁹⁰

Instituições governamentais têm igualmente constatado os benefícios para seus interesses da compilação e tratamento desses dados, e exemplo frequente é a utilização no auxílio a atividades relacionadas à investigação policial. Acreditam que, se a mineração de dados pode auxiliar corporações em suas atividades, funcionará no auxílio a previsões sobre possíveis fraudes ou sobre a prática de outros crimes como a sonegação fiscal e o terrorismo. Esta postura de garantidor do respeito a direitos positivamente consolidados pelo setor privado, e de protagonista de violações à privacidade, põe os governos em situação de grave ambiguidade:

Governos geralmente têm contra si a expectativa e a pressão de que devam agir no sentido da preservação da privacidade. Por óbvio que governos estão entre os principais violadores da privacidade, seja na persecução de sonegadores ou criminosos. Ainda assim, esses incentivos são bem compreendidos, e ao menos em sociedades democráticas podem ser controlados pelo público. Logo, ainda há ampla esperança de que o governo possa ser convencido a limitar as intrusões à privacidade pelo setor privado. Todavia, o papel governamental nessa área tem sido e provavelmente continuará ambíguo. (Tradução nossa)⁹¹

⁸⁸ SOLOVE, 2011.

⁸⁹ ODLYZKO, [20--?].

⁹⁰ HANNAK, Aniko et al. Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites. **ICM'14**, Vancouver, 2014. Pesquisa realizada por equipe de professores da Northeastern University na cidade de Boston, MA. Disponível em: <http://personalization.ccs.neu.edu/papers/price_discrimination.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

⁹¹ ODLYZKO, [20--?], p. 5.

Recentemente fora divulgada ao mundo, pela colaboração de um ex-funcionário da agência de segurança norte-americana, a *National Security Agency* (NSA), de nome Edward Snowden, a existência de um programa desenvolvido por esta, por meio do qual são interceptadas massivamente comunicações entre indivíduos em solo americano e mesmo entre indivíduos no exterior, sem ordem judicial. A justificativa do governo estaria na necessidade de desenvolvimento de estratégias de proteção contra ameaças terroristas, mas é apontada como irreal e desvinculada de qualquer evidência fática, alvejando significativa parcela da população global, sem qualquer correlação com ameaças terroristas concretas ou resultados constatáveis.⁹²

As recentes decisões do congresso norte-americano, e de cortes federais daquele país, de considerarem ilegal o programa, e determinarem sua interrupção, estão sendo apontadas como insuficientes para o controle das constantes e crescentes invasões de privacidade promovidas pelo governo norte-americano, diante da manutenção de outro programa, da mesma agência, reputado como ainda mais eficiente e intrusivo na coleta massiva de dados pessoais, sem autorização judicial ou justificação prévia, denominado de *XKEYSCORE*, e primeiro revelado pelo jornal *The Guardian* e pelo mesmo informante.⁹³

Este sistema da NSA teria a capacidade de captar e processar o conteúdo de inúmeras buscas *online* por meio do *Google.com* e outros sites de pesquisa, e-mails, arquivos armazenados em bancos de dados particulares ou públicos, e mantidos na Internet (as denominadas nuvens de dados), são nomes de usuários, senhas e outras comunicações privadas. Referido instrumento de mineração de dados seria alimentado por um constante fluxo da rede mundial de computadores, a partir de cabos de fibra ótica que compõem a espinha dorsal desta rede de comunicações (denominados *backbones*), dentre outras fontes:

XKeyscore foi um dos programas de maior alcance revelados pelos vazamentos de Snowden. O programa do XKeyscore compila os muitos formatos de conteúdo e metadados coletados pela NSA, permitindo que um dossiê completo de qualquer indivíduo possa ser acessado com o clique de um botão. (Tradução nossa)⁹⁴

Os avanços tecnológicos têm permitido ainda o desenvolvimento de tecnologias das mais diversas, que permitem a rápida e massiva captação de imagens pessoais, gerando grave incerteza quanto a seus fins e a sua utilização, como exemplo a utilizada em 28 de janeiro de

⁹² WONG, Katherine. The NSA Terrorist Surveillance Program. **Harvard Journal on Legislation**, Cambridge, MA, v. 43, n. 2, p. 517-534, 2006.

⁹³ GREEWALD, Gleen. XKeyscore: NSA tool collects 'nearly everything a user does on the internet'. **The Guardian**, Londres, 31 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁹⁴ BLASS, Megan. The new data marketplace: protecting personal data, electronic communications, and individual privacy in the age of mass surveillance through a return to a property-based approach to the fourth amendment. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, San Francisco, v. 42, p. 581, 2015.

2001, em uma partida de futebol americano do famoso campeonato norte-americano *Super Bowl*, onde câmeras escondidas permitiram que fossem fotografados todos os cem mil espectadores e trabalhadores que adentraram o Estádio Raymond James, em Tampa, Flórida. Em menos de um segundo cada foto fora tirada, digitalizada e processada, com o uso de tecnologia de reconhecimento facial, para então ser comparada com a imagem de criminosos, anteriormente registradas em bancos de dados da polícia da Flórida, e do *Federal Bureau of Investigation*, tudo com a finalidade de identificar um cambista, que posteriormente desaparecera na multidão.⁹⁵

Quanto às demais 99.999 fotos, não se tem qualquer notícia de onde foram armazenadas, por quem serão utilizadas, quem terá acesso a elas, e quando serão inutilizadas ou de que forma será protegida a privacidade desses indivíduos.

Da mesma forma, o residente normal da cidade de Londres é filmado 300 vezes por dia em qualquer lugar da metrópole. São 4,2 milhões de câmeras de vigilância no país, uma para cada 15 pessoas, o que o torna o mais vigiado por sistemas de câmera do mundo, sejam esses sistemas públicos ou câmeras particulares, submetendo indivíduos a todo tipo de exposição, uma vez que sequer têm condições de avaliar em que momentos estão sendo submetidos a esta vigilância e onde serão armazenados e de que forma serão utilizados tais dados.⁹⁶

O *Google Street View* é um projeto desenvolvido mundialmente pela *Google.com* que pretende fornecer um olhar panorâmico de ruas, lançado nos Estados Unidos em 2007, e que tomou as cidades de todo o mundo. Há diversas acusações de que a maneira pela qual as imagens são capturadas compromete a privacidade, uma vez que são coletadas automaticamente a partir de uma câmera montada sobre um carro, o qual se move por ruas e avenidas, não permitindo qualquer tipo de discricção pelo fotógrafo ou proteção pelo indivíduo, o qual é submetido inadvertidamente à captação de sua imagem, permitindo assim que diversas hipóteses de momentos inapropriados e particulares sejam fotografadas, na rua ou sobre cercas e muretas de proteção aos olhos de terceiros, mas que diante do veículo, e da potência dos instrumentos, se tornaram suscetíveis de invasão e coleta.⁹⁷

⁹⁵ ARONOV, Rita F. Privacy in a public setting: the constitutionality of street surveillance. **Queensland Law Reporter**, Brisbane, v. 22, p. 769-810, 2004.

⁹⁶ SURVEILLANCE STUDIES NETWORK. Information Commissioner. **A report on the Surveillance Society: full report.** London, 2006. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/02_11_06_surveillance.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁹⁷ GEISSLER, Roger C. Private eyes watching you: google street view and the right to an inviolate personality. **Hastings Law Journal**, San Francisco, v. 63, p. 897-926, 2012.

Recentemente noticiou a imprensa internacional, como se se tratasse de grande avanço tecnológico, e sem preocupações quanto à ofensa a possíveis direitos da personalidade, a implantação em funcionários de empresas, de uma tecnologia denominada de RFID (*radio-frequency identification*), um sistema de identificação de funcionários que funcionaria substituindo crachás ou identidades, mediante a implantação de chips subcutâneos. A justificativa seria a facilidade e a desnecessidade da utilização de cartões ou crachás, mas são patentes os riscos de utilização de referida tecnologia para geolocalização e quanto ao armazenamento de dados pessoais.⁹⁸

Anunciou a Universidade de Harvard a construção de um drone, espécie de pequena aeronave não tripulada, de aproximadamente 3 centímetros, que teria dentre as possíveis atribuições práticas a vigilância civil ou militar, o *Robee*, como fora denominado, projetado para se movimentar rapidamente no ar, praticamente invisível aos olhos humanos. Mais um exemplo de ferramenta tecnológica que poderá brevemente estar disponível à utilização no espaço aéreo das mais diversas cidades, e sob qualquer justificativa.⁹⁹ Heidi Boghosian, ao tratar sobre o tema, alerta para o fato de que:

Avanços de design específicos sugerem fortemente que drones estão sendo desenvolvidos com vistas para a espionagem doméstica. Engenheiros da Johns Hopkins University, com financiamento concedido para Investigação Científica pelo Instituto da Força Aérea dos EUA e pela National Science Foundation, estão estudando borboletas em uma tentativa de criar micro-veículos aéreos (MVAs) para reconhecimento. MVAs são ideais para se infiltrar em áreas densamente povoadas como centros urbanos, onde drones maiores não podem navegar de forma segura.¹⁰⁰

Constata-se assim, o diuturno aumento do número de mecanismos tecnológicos aptos a capturar, com ou sem o consentimento do sujeito, toda espécie de dados pessoais. Isto se alia à anteriormente explorada necessidade moderna de constante autoexposição, em números exponencialmente crescentes, provocando progressiva erosão da privacidade de indivíduos, seja no exercício de atividades profissionais, domésticas, públicas ou privadas, e mais que isso, a constante e grave desregulamentação que este avanço tem provocado no controle dessas informações tão amplamente armazenadas, e disponível muitas vezes mediante o simples e livre acesso à Internet:

A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina no valor econômico que os dados possuem, ou seja, pela possibilidade de sua comercialização. Diante das novas tecnologias da informática, a intimidade adquire outro conteúdo: visa-se a resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Um arquivo

⁹⁸ CELLAN-JONES, R. Office puts chips under staff's skin. **BBC News**, [S. l.], 2015. Disponível em <http://www.bbc.com/news/technology-31042477>. Acesso em 19 de jul 2015.

⁹⁹ HARVARD UNIVERSITY. **Robobees**: a convergence of Body, brain and colony. Cambridge, MA, [20--?]. Disponível em: <<http://robobees.seas.harvard.edu/>>. Acesso em: 14 de jul. 2015.

¹⁰⁰ BOGHOSIAN, Heidi. **Spying on Democracy**: government surveillance, corporate power, and public resistance. City Light Books: San Francisco, 2013. p. 42.

informatizado pode guardar um número quase ilimitado de informações. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado. As novas tecnologias convertem a informação em uma riqueza fundamental da sociedade. A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada a personalidade, garantindo que o indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos.¹⁰¹

A preocupação, em breve e conclusiva síntese, está na compreensão, de que diante da valorização não somente econômica, mas também quanto ao controle de certo poder sobre o paradeiro, as atitudes e a vida cotidiana em geral do indivíduo, nesta sociedade de informação, seja por entidades públicas ou privadas, possam os cidadãos ser convertidos em arquivos pessoais, quantificáveis, alteráveis e livremente utilizáveis, mediante qualquer propósito, moral ou imoral, lícito ou ilícito, sem qualquer consentimento, ou mediante qualquer filtro mínimo de possíveis lesões a direitos pessoais. Urge assim a definição de direitos, principalmente um direito fundamental à proteção desses dados, como expressão da própria personalidade, da inviolabilidade da privacidade e da proteção da dignidade da pessoa humana.

¹⁰¹ LIMBERGER, 2007a, p. 217.

3 AS ORIGENS E FUNDAMENTOS DO DIREITO À PRIVACIDADE E SUA DEFINIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

3.1 Breves considerações iniciais

Neste capítulo prossegue-se discutindo o direito à proteção da privacidade, partindo-se da experiência histórica, em especial a norte-americana e a alemã, em razão de sua extensão, e relevância paradigmática no contexto ocidental, apontando-se as dificuldades para a construção de uma noção ímpar, que alcance todas as suas dimensões.

Propõe-se a compreensão da privacidade a partir de um olhar taxonômico ou multinuclear, ou seja, da sua divisão em diversas categorias, que devem ser dogmaticamente exploradas, à luz da Constituição de 1988, para que se possa corretamente delimitar todo seu âmbito de proteção.

Refuta-se uma compreensão econômica da privacidade, e apoia-se uma compreensão do direito enquanto pressuposto democrático, em especial no que tange ao avanço das novas tecnologias, as quais permitem o controle e a manipulação em massa de dados pessoais.

Por fim, explora-se a experiência brasileira, para se demonstrar a compreensão doutrinária, e as orientações oriundas de julgados do STF, ao apontarem para diferentes esferas de proteção e limitações não uniformes à sua inviolabilidade.

3.2 O direito à privacidade: origens, evolução e definição

No direito anglo-saxão inglês, ainda em 1789, o jurista William Blackstone definiu o ato de espionar como “[...] escutar através de muros ou janelas, ou os beirais de uma casa, escutar o discurso e então divulgar palavras difamatórias ou maliciosas.”¹⁰² É exatamente a Inglaterra o país apontado na literatura como o nascedouro da concepção liberal de privacidade, quando John Stuart Mill, em 1848, em seu livro *Principles of Political Economy*, concebeu esta como:

[...] um círculo em torno de todo ser humano, cujos limites nenhum governo, de um, de alguns ou da maioria, deve ter permissão de entrar: existe uma parte da vida de toda pessoa que já haja alcançado certa maturidade, na qual a individualidade deve

¹⁰² SOLOVE, 2011, p. 4.

reinar sem o controle de outro indivíduo ou do público considerado enquanto uma coletividade.¹⁰³

Em outra obra, *On Liberty*, em 1859, esse mesmo autor, ao justificar a sua noção de Liberalismo, afirmava que este consiste em nada mais que assegurar-se a existência de um necessário contraste entre a liberdade individual, como algo particular, e as normas morais ou jurídicas de uma esfera pública, uma separação entre “[...] a parcela da conduta do indivíduo que concerne apenas a ele próprio e a aquela outra parte da conduta de um indivíduo que interessa a outrem.” (Tradução nossa).¹⁰⁴

O escrito mais influente na história da privacidade enquanto direito, surge, porém, em 1890, quando fora publicado na *Harvard Law Review*, incipiente artigo, redigido por dois juristas, Warren e Brandeis, sobre a existência de um direito à privacidade que emergiria da constituição norte-americana.¹⁰⁵ Preocupavam-se à época com a invasão excessiva da mídia sobre atividades particulares, perpetrada por colunas de fofocas e outras publicações da chamada *imprensa amarela*, algo que se tornaria comum em tempos modernos.

Asseveram os autores ser possível a definição de um direito à privacidade como um direito de ser deixado só (*right to be left alone*). Pretendiam um ajuste, a partir de precedentes do direito anglo-saxão, que permitisse alcançar as necessidades de uma sociedade que mudava rapidamente, um direito corolário de um princípio mais genérico, que denominavam de um direito geral à imunidade da pessoa (*general right to the immunity of person*), o qual, por sua vez, seria um direito proveniente da personalidade (*the right to one`s personality*):

A intensidade e complexidade da vida, no caminhar do avanço civilizatório, tornou necessário algum recuo do mundo, e o homem, sob a influência marcante da cultura, se tornou mais sensível à publicidade, de tal forma que solitude e privacidade têm se tornado mais essenciais ao indivíduo; mas empreendimentos modernos e invenções, têm, por meio de invasões à sua privacidade, sujeitado-lhe à dor e estresse mentais, muito mais gravosos do que poderiam ser infligidos pela mera lesão corporal. (Tradução nossa)¹⁰⁶

O artigo, porém, surtiu mínimo efeito na comunidade jurídica norte-americana. O primeiro precedente fundamentado em um direito à privacidade de que se tem notícia nos Estados Unidos adviria de uma decisão de uma corte do Estado de Nova Iorque, em *Manola v. Stevens*, onde uma atriz, em postura extremamente escandalosa para aquela época, aparecera

¹⁰³ MILL, John Stuart. **Principles of political economy**. Ontario: University Of Toronto Press, 1965. p. 938. (Cf.: ROSSLER, Beate. **The value of privacy**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2001).

¹⁰⁴ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 15.

¹⁰⁵ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 4, n. 5, dez. 1890. Não paginado. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

¹⁰⁶ WARREN; BRANDEIS, 1890.

em palco vestindo somente meia-calça, e obtivera em juízo o direito a não ver publicada foto tirada sem seu consentimento.¹⁰⁷

A este se seguiram três outros precedentes em Nova Iorque e um em uma corte federal em Massachusets, Estado onde fora publicado o famoso artigo, todos tendentes ao reconhecimento de um direito à privacidade, e voltados a proteger o uso do nome de um médico na propaganda de um medicamento¹⁰⁸, proibir a inserção não autorizada do nome de um ator em um concurso de popularidades realizado por um jornal¹⁰⁹, proibir a construção não autorizada de estátua (julgamento que tivera seu pedido negado somente em razão de haver falecido o titular do direito à imagem de quem seria construída a estátua),¹¹⁰ e reconhecer o direito de um indivíduo de não ver seu retrato publicado, exceto se for personalidade pública, o que terminou por resultar no indeferimento do pedido, esclarecendo, porém, o direito.¹¹¹

Alguns autores afirmam que tais decisões, no entanto, foram contrapostas por precedente da corte do Estado de Michigan¹¹², que rejeitou a possibilidade de se proibir a atribuição do nome de uma pessoa famosa e já falecida, a uma marca de charutos, havendo argumentos no sentido contrário, de que o direito somente haveria sido negado em razão da morte de seu titular.¹¹³

Em 1902 a discussão sobre o direito à privacidade alcançou uma corte de apelação de Nova Iorque, no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*¹¹⁴. A estória refere que no qual o réu usara a foto de uma bela jovem, sem o seu consentimento, para fazer propaganda de uma marca de farinha de trigo. A corte, todavia, rejeitou a existência de um direito à privacidade, sob vários fundamentos, como a falta de precedentes, a natureza puramente psicológica da ofensa, a dificuldade de definição de uma linha limítrofe entre figuras privadas e públicas, e o temor de se impor indevidas limitações à liberdade de imprensa.

O resultado imediato ao julgamento do caso *Roberson* fora uma imensa desaprovação pública, o que permitiu a aprovação no Estado de Nova Iorque de lei proibindo o uso do nome ou foto de qualquer pessoa para fins comerciais. Três anos depois, a Suprema Corte do Estado da Georgia, discutindo as mesmas questões, em um precedente denominado

¹⁰⁷ Cf.: *Manola v. Stevens* (N.Y. Sup. Ct. 1890), em N.Y. Times, June 15, 18, 21, 1890 apud PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 48, n. 3, p. 383-422, 1960.

¹⁰⁸ Cf.: *Mackenzie v. Soden Mineral Springs Co.*, 27 Abb. N. Cas. 402, 18 N.Y.S. 240 (Sup. Ct.1891) apud PROSSER, 1960.

¹⁰⁹ Cf.: *Marks v. Jaffa*, 6 Misc. 290, 26 N.Y.S. 908 (Super. Ct. N.Y. City 1893) apud PROSSER, 1960.

¹¹⁰ Cf.: *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 42 N.E. 22 (1895) apud PROSSER, 1960.

¹¹¹ Cf.: *Corliss v. E. W. Walker Co.*, 64 Fed. 280 (D. Mass. 1894) apud PROSSER, 1960.

¹¹² Cf.: *Atkinson v. John E. Doherty & Co.*, 121 Mich. 372, 80 N.W. 285 (1899) apud PROSSER, 1960.

¹¹³ PROSSER (1960) e no sentido oposto CLEMON, L. S. The right of privacy in relation to the publication of photographs. **Marquette Law Review**, Wisconsin, v. 14, n. 4, p. 193-198, 1930.

¹¹⁴ Cf.: *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902) apud PROSSER, 1960.

de *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*¹¹⁵, onde o réu utilizara, para fazer propaganda de sua atividade comercial relacionada a seguros, a foto e um testemunho alegadamente falso do demandante. Mesmo diante do precedente em *Roberson*, a corte aceitou os argumentos de Warren e Brandeis, e reconheceu a existência de um distinto direito à privacidade, no que viria a se tornar um importante precedente no direito norte-americano.¹¹⁶

Pelos próximos 30 anos as cortes de todo o país divergiriam em torno da observância de um ou de outro precedente, uma vez que trilharam caminhos opostos. Em 1939, com a publicação pelo *American Law Institute*¹¹⁷, da influente coletânea denominada de *Restatement of Torts*, e a forte aceitação em seu bojo do direito à privacidade enquanto direito autônomo, as decisões contrárias começariam a ser superadas, e *Pavesich* seguiria como o principal precedente a ser respeitado.

Warren e Brandeis estavam preocupados com os males da imprensa, sua elaboração teórica não estava voltada à proteção de questões ainda mais íntimas.¹¹⁸ Apenas em 1965 a Suprema Corte Norte-Americana considerou inconstitucional lei que banuiu o uso familiar de contraceptivos. A corte reconheceu um direito à privacidade oriundo de diversas emendas à constituição norte-americana, admitindo como inarredável o direito à privacidade no casamento. Nas palavras do Justice Douglas no caso *Griswold v. Connecticut*:

Nós lidamos com um direito à privacidade mais antigo que a Carta de Direitos – mais velho que nossos partidos políticos, que nosso Sistema educacional. Casamento é uma união, nos bons e maus momentos, esperançosamente duradoura, e íntima ao nível do sacramento. É uma associação que promove um meio de vida, não causas; uma harmonia em vida, não crenças políticas; uma lealdade bilateral, não projetos comerciais ou sociais. Ademais, é uma associação das mais nobres. (Tradução nossa)¹¹⁹

Por sua vez *Eisenstadt v. Baird* (1972) estendeu a proteção de *Griswold* para solteiros, uma mudança na lógica da decisão anterior que sedimentou as bases para diversos outros precedentes subsequentes, como *Row v. Wade*, que reconheceu a inconstitucionalidade nas legislações estaduais que proibiam o aborto, e *Lawrence v. Texas*, onde a invalidade recairia agora sobre a criminalização de relacionamentos homossexuais.¹²⁰

Prosseguindo-se quanto à evolução da noção de um direito à privacidade nos Estados Unidos da América, o escândalo de Watergate, que culminou na renúncia do presidente Nixon, após denúncias de que este teria conhecimento de atividades ilegais relacionadas à

¹¹⁵ Cf.: *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905) apud PROSSER, 1960.

¹¹⁶ WARREN; BRANDEIS, 1890.

¹¹⁷ PROSSER, op. cit.

¹¹⁸ WARREN; BRANDEIS, op. cit.

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1965 apud SARAT, 2015, p. 6.

¹²⁰ SARAT, 2015.

instalação de aparelhos de escuta no escritório do Partido Democrata, dentre outros acontecimentos, fortaleceu o Congresso no sentido de aprovar, em 1974, um estatuto de proteção à privacidade, denominado de *Privacy Act*, que protegeria indivíduos contra a divulgação de dados por agências governamentais. Em 1978 fora aprovado, por sua vez, o *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA), que teria como objetivo erigir parâmetros para a condução de investigações relacionadas à espionagem ou terrorismo, especialmente quanto a ameaças estrangeiras.

Aduz a doutrina norte-americana que referida legislação não solucionou o problema, uma vez que a definição dos atos que caracterizariam a divulgação (*disclosure*) de informação permaneceria ambígua, ainda mais com o passar dos anos e diante do desenvolvimento tecnológico, gerando mesmo divergências entre decisões de cortes federais, uma vez que “In the end, the absence of a definition of disclosure in the Privacy Act has led to unnecessary confusion and even conflict among federal courts applying the Act, especially where electronic disclosure is involved.”¹²¹

A proteção à privacidade fora mais deteriorada após o ataque terrorista às Torres Gêmeas, em Nova Iorque, no evento que ficou conhecido como o *11 de setembro*, e ocorrera nesta data, no ano de 2001. O Congresso aprovaria alterações à legislação anterior, mediante o *USA Patriot Act* do mesmo ano, dando ao governo maior poder para conduzir vigilâncias de todas as ordens, especialmente por meios eletrônicos. Sob o argumento de proteção à segurança nacional a amplitude dos poderes outorgados ao executivo, inclusive quanto à coleta massiva de dados, deu à literatura especializada agora um tom depressivo, por engajar a mudança grave erosão à proteção de direitos arduamente construídos:

Durante o século passado, enquanto entrávamos na Era da Informação, o governo expandiu seu arsenal de técnicas para garantir a segurança. A atuação policial no passado envolvia principalmente as buscas em casas, pessoas e documentos. Agora o governo usa a tecnologia para acumular registros e dados, engajar-se em vigilâncias visual e de áudio, bem como rastreamentos. Muito da atividade policial com implicações para a privacidade envolve “acúmulo de informações”. Eu usarei este termo amplamente para englobar a ampla variedade de formas que o governo encontra para descobrir o que as pessoas estão fazendo, pensando ou planejando. Em adição ao acúmulo de informações, o governo também as registra, usa, analisa, combina, e às vezes a expõe. Todas essas atividades podem ameaçar a privacidade.¹²² (Grifos do autor) (Tradução nossa)

¹²¹ BOND, Jonathan C. Defining disclosure in a digital age: updating the privacy act for the twenty-first century. *The George Washington Law Review*, Washington, DC, v. 76, n. 5, p. 1235, 2008.

¹²² SOLOVE, 2011, p. 5.

Essas preocupações relacionadas à segurança igualmente não são recentes na história dos Estados Unidos da América, assim como seus atritos com questões relativas à violação da privacidade.

O *Federal Bureau of Investigation* (FBI) surgiu no começo do século XX, a partir da proposta do Advogado Geral da União, Charles Bonaparte, que solicitou por duas vezes ao Congresso a criação desta instituição como um braço do Departamento de Justiça, sem sucesso diante de observações à época sobre possíveis invasões desnecessárias à esfera privada. Em 1908, o então presidente Theodore Roosevelt expediu uma ordem executiva autorizando a criação do órgão, que passou a ser comandado por J. Edgar Hoover. De denominado de FBI, em 1935, cresceu drasticamente nos anos subsequentes.¹²³

Paralelamente à discussão engajada nos precedentes acima citados, no ano de 1928, em *Olmstead v. United States*, a Suprema Corte decidiu que a Quarta Emenda¹²⁴ à Constituição não se aplicava a grampos telefônicos, uma vez que esta prática não era realizada mediante a entrada física nas residências dos cidadãos. Tal decisão não fora unânime e tivera forte oposição, capitaneada pelo agora Ministro Louis Brandeis, o qual arguira a necessidade de se repensar, diante das novas tecnologias, as antigas noções concernentes à Quarta Emenda:

Meios de invasão à privacidade, mais sutis e de maior alcance se tornaram disponíveis ao governo. Descobertas e invenções tornaram isto possível ao governo, através de meios muito mais efetivos que antigos balcões de tortura, na obtenção e divulgação em cortes do que é sussurrado nos quartos.¹²⁵

Em 1934 o Congresso aprovou lei proibindo interceptações telefônicas, mas ela era interpretada no sentido de somente proibir a apresentação dessas evidências perante a justiça, podendo o governo executar os grampos livremente. Durante a segunda guerra mundial centenas de pessoas foram grampeadas, dentre eles ministros da própria Suprema Corte, professores, celebridades, escritores, etc. Entre os documentos do FBI foram encontrados posteriormente dossiês sobre Ernest Hemingway, Charlie Chaplin, Marlon Brando, Muhammad Ali, Albert Einsteins, membros do Congresso e presidentes.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ A Quarta emenda faz parte da *Bill of Rights*, ou carta de direitos norte-americana, nome dado às dez primeiras emendas àquela constituição, em vigor a partir de 15 de dezembro de 1791, após sua ratificação por três quartos dos Estados. Protege em seus textos: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.” (UNITED STATES. Congress. **Constitution:** Amendments to the Constitution. Washington, D.C., 1791. Amendment 4 - Search and Seizure and Amendment 14 - Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection. Tradução nossa. Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 2 set. 2015).

¹²⁵ SOLOVE, 2011, p. 5, tradução nossa. No original: “[...] means of invading privacy have become available to the government. Discovery and invention have made it possible for the government, by means far more effective than stretching upon the rack, to obtain disclosure in court of what is whispered in the closet.”

Durante os anos de 1940 a 1950 os temores da Guerra Fria aumentaram ainda mais a busca do governo por meios de espionagem. Em 1947 foi criada a *Central Intelligence Agency* (CIA), ou agência central de inteligência, para lidar exatamente com a criptografia e permitir que todos os dados captados fossem compreendidos. Não havia lei que proibisse efetivamente a captação de dados particulares, o que fez a Suprema Corte começar a preencher esse vazio, com base na *Bill of Rights*, quando em 1967, no caso *United States v. Katz*, declarou que interceptações eram sim proibidas pela Quarta Emenda, superando o precedente anterior em *Olmstead v. United States*. Em 1968, apenas um ano depois, o Congresso edita lei regulando a vigilância eletrônica e estabelecendo meios de estrito controle dessa atividade.¹²⁶⁻¹²⁷

Marcel Leonardi¹²⁸ enfatiza que desde os apontados primórdios da evolução do direito à privacidade na jurisprudência norte-americana, e no artigo de Warren e Brandeis¹²⁹, não há uma definição exata do que seja a privacidade, isto é, apenas afirmam estes que haveria um direito a ser deixado só, um direito de determinar em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções serão comunicados a outros. Concepção esta que influenciou tanto os Estados Unidos quanto o resto do mundo, especialmente os países da Europa Ocidental, onde a privacidade passa a ser vista como um dever negativo, de abstenção.¹³⁰

Ocorre que esta máxima do *deixe-me tranquilo* não indica com precisão em quais circunstâncias o indivíduo deverá ser deixado só. Sendo vaga e imprecisa, isto ensejou que autores como Danilo Doneda, afirmassem que este conceito negativo de privacidade

[...] não nos permite determinar parâmetros para julgar o que ela representa em um mundo no qual o fluxo de informações aumenta incessantemente, assim como aumenta o número de oportunidades de realizarmos escolhas que podem interferir na definição da nossa esfera de privacidade.¹³¹

Na Alemanha os fatores que ensejaram um caminhar no sentido das tentativas de construção de um direito à privacidade são aparentemente similares aos Estados Unidos, e a outros países europeus. Apesar de haver na literatura referências desde o século XIX¹³², a noção era tão vaga quanto a norte-americana, não existindo proteção constitucional ou legal explícita. Cinco anos após a publicação do artigo de Warren e Brandeis¹³³, um escritor alemão de nome

¹²⁶ SOLOVE, 2011.

¹²⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **United States V. Katz nº 35**. Washigton, D.C., 1967. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/389/347#writing-USSC_CR_0389_0347_ZO>. Acesso em: 7 set. 2015.

¹²⁸ LEONARDI, 2012.

¹²⁹ WARREN; BRANDEIS, 1890.

¹³⁰ LEONARDI, 2012.

¹³¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

¹³² BENNET, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. Londres: Cornel University Press, 1991.

¹³³ WARREN; BRANDEIS, 1890.

Otto Friedrich von Gierke, conclamava a comunidade jurídica para a necessidade do reconhecimento pela lei alemã de um direito geral de proteção da personalidade, que consistiria em “[...] um direito geral, garantido pelo ordenamento jurídico, de ser considerado enquanto pessoa.” (Tradução nossa)¹³⁴⁻¹³⁵

Defendia o autor a existência de um direito universal e fundamental que estaria na base de todos os demais direitos subjetivos, se estendendo a todos os ramos legais. Enquanto a existência de um direito à privacidade era esporadicamente refutado por cortes e autores alemães, o direito geral à proteção da personalidade não ganhara ainda aceitação jurisprudencial, mas já era defendido e reconhecido em diversas obras literárias. Sua não incorporação ao Código Civil Alemão de 1900 remonta a associações com o Direito Romano e com anteriores cláusulas genéricas semelhantes, que terminaram por justificar abusos e excessos, até serem desacreditadas e abandonadas em partes da Alemanha e revogada em outras. Sua inclusão no BGB chegara a ser cogitada na redação original, preferiu-se a delimitação de direitos individuais e circunstanciais.

Acredita-se ser importante a elucidação, neste ponto, para a adequada compreensão de um direito universal da personalidade naquele país - com a brevidade que os limites deste trabalho permitem - de uma noção desenvolvida e percebida de forma singular na Alemanha, a qual guarda direta relação com as proposições de Otto Friedrich von Gierke, e que é fundamento para a compreensão de todo o sistema constitucional, qual seja: a denominada doutrina do comunitarismo, que vem sendo enfatizada em diversas decisões da Corte Constitucional Federal, como caracterizada por

[...] uma visão do homem, na Lei Fundamental, que não é a de um homem isolado, indivíduo soberano; ao invés, a Lei Fundamental decidiu em favor de uma relação entre o indivíduo e a comunidade no sentido da necessária dependência e compromisso daquele a esta, sem que haja qualquer ofensa ao valor individual da pessoa.¹³⁶

Na concepção germânica, a Sociedade e o Estado devem ser desenvolvidos com ênfase na consecução das necessidades básicas humanas relacionadas à construção de comunidades. Estas, por sua vez, são grupos que “[...] cuidam dos seus membros e os apoiam. Cidadãos são ativos em suas comunidades, e lutam contra racismo e ódio. A vida em

¹³⁴ LEHMAN, John A. The right of privacy in Germany. *NYU: Journal of International Law and Politics*, New York, v. 1, 1968. p. 108,

¹³⁵ *Ibid.*, p. 108.

¹³⁶ 4 BVerfGE 7, 15; A Corte adota a mesma posição em: 12 BVerfGE 45, 51; 28 BVerfGE 175, 189; 30 BVerfGE 1, 20; 30 BVerfGE 173, 193; 32 BVerfGE 98, 107; 33 BVerfGE 1, 10 apud BRUGGER, Winfried. Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution. *I.CON*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 436, 2004.

comunidade promete integração, reconhecimento, e suporte emocional.” (Tradução nossa).¹³⁷ Esta noção é para os alemães verdadeiro tabu, que não pode ser desconsiderada para a compreensão de qualquer valor constitucional desde a Segunda Guerra Mundial.

Em resumo: o comunitarismo medeia o indivíduo, apenas preocupado consigo, e a autoridade central do Estado, discute a relação triádica entre os elementos variáveis da sociedade, desde as associações privadas, passando pelo livre mercado, até o Estado.¹³⁸ Logo, surgem implicações ao jurista, uma vez que esta doutrina sugere que o Estado está autorizado a reforçar estes princípios e recomendações, quanto à importância das comunidades de indivíduos que se protegem e incentivam mutuamente, e que com este propósito até mesmo a coerção poderá ser eventualmente utilizada, mas especificamente para a proteção contra agressões individuais ou entre grupos. Nas palavras de Otto von Gierke, a tarefa do Estado é essencialmente “[...] to understand, organize, and forge the legal codes necessary for external and internal community life as an expression of the physical and mental unity of the societal organism.”¹³⁹

O indivíduo, e os direitos decorrentes da personalidade, devem ser vistos, e construídos a partir da Lei Fundamental, de 1949 partindo-se desta concepção do homem enquanto membro necessário de uma comunidade que o acolhe, e o Estado como incentivador, e mesmo defensor desta comunidade e de seus fins solidários. O comunitarismo não deve ser mal compreendido como uma

[...] tentativa nostálgica de reconstruir uma totalmente envolvente e primordial noção de consenso moral, nem como um retorno a comunidades tradicionais. Ao contrário: é uma tentativa de reformulação do ideal democrático em uma sociedade moderna, altamente diferenciada, mas não necessariamente fragmentada. (Tradução nossa).¹⁴⁰

A Lei Fundamental de 1949 não possui em seu texto menção à privacidade, mas dois direitos relacionados foram incluídos em seu bojo. O artigo primeiro declarava que a dignidade de uma pessoa seria inviolável e que o Estado estaria obrigado a respeitar e proteger este direito, enquanto o artigo segundo declarava que cada pessoa tem o direito a livremente desenvolver sua personalidade, enquanto não lesione direitos alheios, viole a constituição ou leis morais.¹⁴¹

Em 1954, um advogado escreveu uma carta, em nome de seu cliente, conhecido banqueiro nazista, Sr. Hajalmar Schacht, solicitando a um jornal a correção de artigo que

¹³⁷ Ibid., p. 431.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ BRUGGER, 2004, p. 435.

¹⁴⁰ JOAS, Hans. **Communitarianism: a german perspective**. Bloomington: Indiana University; Institute For Advanced Study, 1995. (Distinguished Lecturer Series, 6). p. 13.

¹⁴¹ BENNET, 1991.

guardava relação com o seu constituinte. O jornal não respondeu à solicitação, e publicou a carta do advogado em conjunto com outras opiniões de leitores sobre o mesmo artigo, omitindo a parcela da correspondência onde havia a solicitação de retificação, ou seja, dando a entender que o causídico em vez de protestar pela retificação, estava somente expressando sua opinião pessoal em favor de Schacht, sendo que este, em seguida, processou o jornal, demandando uma retratação.¹⁴²

Após ser exitoso no primeiro julgamento, a corte recursal o revertera em favor do jornal, e o processo alcançou a Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*), a qual, baseando-se na previsão constitucional da dignidade da pessoa humana e no direito de livre desenvolvimento da personalidade, decidiu em favor do reclamante, reconhecendo assim um direito geral à proteção da personalidade. Primeiro, em razão da divulgação não autorizada de informação particular, e segundo porque as deliberadas omissões na retirada de parcela do conteúdo da correspondência teriam transmitido falsa impressão sobre sua personalidade.¹⁴³

Com apoio na jurisprudência da mencionada Corte Suprema, Henrich Henkel e Heinrich Hubmann constroem na Alemanha a já mencionada teoria das esferas da privacidade, por meio da qual se compreenderia que na esfera interior estariam aqueles direitos invioláveis, o âmbito mais íntimo. Na esfera intermediária as informações somente acessíveis aos mais próximos, como a família. O terceiro círculo, a esfera social, que incluiria o restante dos aspectos da vida do sujeito, agora sim acessíveis a todos. A construção por demais imprecisa não soluciona o problema¹⁴⁴:

Dentro da categoria individual, Hubmann propõe uma subdivisão daquilo que integra a individualidade da pessoa, apresentando três esferas desta individualidade: a individual, a privada e a secreta. O círculo externo seria abrangido pela esfera individual, que define o homem socialmente, com sua unicidade e no seu modo de ser próprio, nomeadamente a identificação pessoal, o nome, a imagem, a honra, a palavra escrita e falada. A esfera privada, também denominada esfera da confiança, seria aquela em que somente poucas pessoas estariam autorizadas a participar, geralmente representadas por laços de parentesco ou amizade; na esfera privada, a pessoa salvaguardaria os seus aspectos íntimos e privados do conhecimento público, embora possam ser conhecidos por um número limitado de pessoas. No menor dos círculos estaria a esfera secreta, com o objetivo especial de preservar a mais íntima camada do indivíduo, garantida pela reserva mental de cada pessoa. Segundo Hubmann, abarcaria ações, expressões e pensamentos de que ninguém deve tomar conhecimento, a não ser, quando muito, de um círculo mais limitado de parentes, e relativamente aos quais persiste um interesse de guardar segredo.¹⁴⁵

Percebe-se assim, que na Alemanha o desenvolvimento de um direito geral à proteção da personalidade guarda um paralelo com o direito à privacidade norte-americano.

¹⁴² LEHMAN, 1968.

¹⁴³ LEHMAN, 1968.

¹⁴⁴ LEONARDI, 2012.

¹⁴⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 145.

Ambos iniciam em bases teóricas semelhantes, encontram resistências que foram eventualmente superadas, e foram de igual modo desenvolvidos pela jurisprudência. Seu conteúdo é muito similar, embora o direito à proteção geral da personalidade seja mais amplo e abranja não apenas violações à privacidade, mas também difamações e ofensas contra a honra em geral.

Distinguem-se igualmente porque, na experiência europeia, especialmente a alemã, a proteção à privacidade é uma forma de proteção a um direito ao respeito e à dignidade, que abrange a imagem, o nome e a reputação. São direitos que protegem o indivíduo contra a sua exposição pública, para que estejam protegidos e sejam poupados de constrangimentos e humilhações. Nos Estados Unidos há certo contraste, estando a privacidade mais relacionada aos valores da liberdade e especialmente liberdade contra o Estado, uma proteção à inviolabilidade do santuário que é o lar.¹⁴⁶

Ambos, todavia, encontram serias dificuldades quanto a sua definição, exatamente pela imprecisão de seus conteúdos, e a incerteza quanto a seus limites e mesmo quanto a seus meios de proteção, precisando as cortes em certos momentos se contorcerem, em grande esforço argumentativo, para adequar o conceito ou estabelecer limitações, diante das dificuldades comumente encontradas:

De particular significância é a forma criativa por meio da qual a Corte Alemã assegurou ambas flexibilidade e previsibilidade, por meio do reconhecimento de um direito da personalidade geral e amplo, conceito abstrato o qual permite infinita expansão da proteção a interesses da personalidade, ao mesmo tempo que derivado da estrutura legal existente, com suas proteções e limitações. A sagacidade desta abordagem está ilustrada no amplamente criticado esforço da própria Corte para derivar um remédio para a violação do direito à privacidade a partir de previsões constitucionais, sem referências às previsões legais existentes. O resultado de referida ação é que a corte teve que passar por caminhos sinuosos em suas tentativas de fornecer compensação por lesões não-pecuniárias.¹⁴⁷

Como salientou a Ministra Carmen Lúcia, em voto de sua relatória, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815/DF, de 26 de junho de 2015¹⁴⁸, precedente que ficou conhecido como das bibliografias não-autorizadas, a Corte Europeia de Direitos Humanos tentou desenvolver, também, por sua vez, uma noção que servisse de fundamento para um direito à privacidade, em dois julgamentos distintos, envolvendo a mesma parte autora, a Princesa de Mônaco Caroline von Hanover.

¹⁴⁶ WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 113, p. 1151-1221, 2004.

¹⁴⁷ LEHMAN, 1968, p. 126.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.815/DF, de 26 de junho de 2015. *Diário da União*, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

No primeiro caso, em 2004, *Von Hannover v. Germany*, houve alegações de violação ao art.8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em razão da divulgação de fotos da princesa em atividades cotidianas, com seus filhos, acompanhada ou sozinha. Concluiu a Corte que aquelas divulgações em nada contribuiriam para o interesse público, cuja proteção, ou ausência dele, fora eleito como critério para a aplicação do direito à privacidade, em detrimento da livre manifestação das imagens, a qual fora igualmente reconhecido como direito fundamental.¹⁴⁹

Em 2012, porém, a mesma princesa retornou àquela Corte, com alegação de violação à mesma disposição, sobre a suposta divulgação de novas fotos que retratavam a princesa em circunstâncias do dia-a-dia, especialmente em momentos de lazer, e a acusação de publicação de artigo que expunha sua relação com seu pai, Príncipe Rainier, e suposta falta de atenção e cuidados seus em momento de doença do genitor. A Corte desta vez negou o pedido, e entendeu, diferentemente, que as fotos, apesar de não representarem interesse público, por documentarem situações sem relevância, não tinham caráter ofensivo.

No tocante à publicação de artigo que discutia a falta de assistência da princesa em relação à doença do Príncipe Rainier, entendeu a Corte que este era fato público relevante a justificar a publicação. Consta-se, assim, que a Corte muda de opinião e agrega uma série de outros fatores e critérios à análise da existência ou não do direito à privacidade, e soma complexidade à tentativa de sua definição, tornando clara a dificuldade europeia, lembrada no voto da Min. Carmen Lúcia ao retratar a dificuldade também brasileira.¹⁵⁰

Na tentativa de delinear-se um fundamento para o direito à privacidade, e a forma como este deve ser fundamentadamente justificado, no tocante a tantos conceitos vagos e imprecisões semânticas e técnicas, resta importante retroceder-se, propositadamente, à década de 70, quando se observa o surgimento, em artigo do famoso jurista Richard A. Posner, da tentativa de se traçar uma teoria econômica da privacidade, e, portanto, melhor definir a noção desta enquanto um direito cuja necessidade de proteção diria respeito, em grande parte, a preocupações relativas à proteção de informação que revelaria razões para descrédito com o sujeito.¹⁵¹

¹⁴⁹ COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. **Case of von Hannover V. Germany**: application no. 59320/00. Strasbourg, 2004. Third section. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/arquivos/download/26>>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁵⁰ COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. **Case of von Hannover V. Germany**: applications nos. 40660/08 and 60641/08. Strasbourg, 2012. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029#{\"itemid\":\[\"001-109029\"\]}>](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029#{\)>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁵¹ POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. **Aei Journal On Government And Society**, Washington, p. 21. jun. 1978. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

Afirma o autor que estas informações protegidas pela privacidade seriam relativas a atividades ilícitas, ou imorais, em relação aos modelos de conduta moral professados pelo sujeito ou comunidade, razão pela qual preferiria este realizar uma forma de divulgação seletiva da informação, um verdadeiro direito à hipocrisia.¹⁵²

Posner simplesmente ignora todos os benefícios da privacidade ao pleno exercício da democracia, limitando-se a analisar a pertinência da divulgação ou não da mesma sob o ângulo econômico, ou da qualidade das informações protegidas para o processo econômico.¹⁵³ Não parecem relevantes, à análise do autor, igualmente, as possíveis implicações políticas do controle dos dados por governos ou corporações, concluindo sua teoria sobre um tripé.

Para ele, pensar a privacidade sob a lógica da repercussão econômica significa primeiro a proteção das informações relativas ao comércio e aos negócios através das quais conhecimentos superiores e técnicas comerciais são resguardados. Fatos pessoais normalmente não seriam protegidos, e, por último, espionagem seria permitida e outras formas de vigilância, na medida em que servissem para a descoberta de atividades ilegais.¹⁵⁴

Mais recentemente, em novembro de 2007, Posner repetiu suas ideias em entrevista disponibilizada pelo site *bigthink.com*, na qual afirmou que enquanto um bem social, a privacidade está sendo bastante superestimada, porque privacidade basicamente significa esconder os dados para enganar outras pessoas, seja para parecer mais saudável do que se é, mais inteligente ou mais sincero. A proteção à privacidade seria espada de dois lados cortantes.¹⁵⁵

Em nítida oposição a esta forma de considerar a privacidade, Solove sustenta que o valor de se proteger a privacidade é um valor social, já que a sociedade representa um grande nível de atritos e constantes colisões. Desta forma, a privacidade permitiria à sociedade ser um lugar apazível, impedindo a intrusão alheia excessiva, e dificultando a opressão social. A privacidade seria assim verdadeira tentativa da sociedade de promover a civilidade, implicando na ponderação de interesses sociais e individuais. Funcionaria como uma dimensão interna da sociedade, e não deveria ser compreendida como um direito individual contra o bem coletivo.

156

Aceitar a opinião de Posner, que aponta a privacidade como um direito que mereceria menor proteção, por simplesmente beneficiar o sujeito que tenta esconder dados que

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ POSNER, 2007.

¹⁵⁶ SOLOVE, 2011.

são reais, e dizem respeito a sua pessoa, uma vez que acredita que esses dados podem ser usados por outros, ou por querer construir na percepção do outro uma imagem diferente de si, parece excessivamente simplista e desconsidera os demais valores protegidos.¹⁵⁷

Na visão de Prossner¹⁵⁸, Leonardi¹⁵⁹ e Solove¹⁶⁰, que após discorrerem longamente sobre as limitações dos conceitos encontrados na literatura sobre a privacidade, seria mais adequada uma definição taxonômica, ou seja, uma definição por grupos de direitos que estão abrangidos pela proteção à privacidade, os quais estariam divididos em quatro gêneros e dezesseis espécies, quais sejam: **1)** coleta de informações: a) vigilância, b) interrogação; **2)** processamento de informações: a) agregação, b) identificação, c) insegurança, d) uso secundário, e) exclusão; **3)** disseminação de informações: a) quebra de confidencialidade, b) revelação, c) exposição, d) aumento de acessibilidade, e) chantagem, f) apropriação, g) distorção; **4)** invasão: a) intrusão, b) interferência em decisões. (Grifos nossos).¹⁶¹

O que intentam os autores é afirmar, por exemplo, que no tocante ao primeiro gênero, da proteção da coleta de informações, o direito fundamental à privacidade abrangeria o dever de vigilância desses dados, e a atividade de interrogação sobre estes dados; quanto ao segundo gênero, do processo de informações, a proteção abrangeria a agregação de dados, a

¹⁵⁷ POSNER, op. cit.

¹⁵⁸ PROSSER, 1960.

¹⁵⁹ LEONARDI, 2012.

¹⁶⁰ SOLOVE, Daniel. A taxonomy of privacy. **University Of Pennsylvania Law Review, Pennsylvania, Philadelphia, PA, v. 154, n. 3, p. 477-560, jan. 2006.** Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev>>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁶¹ No original, o qual se transcreve pela importância da citação: “The first group of activities that affect privacy involves information collection. Surveillance is the watching, listening to, or recording of an individual’s activities. Interrogation consists of various forms of questioning or probing for information. A second group of activities involves the way information is stored, manipulated, and used—what I refer to collectively as “information processing.” Aggregation involves the combination of various pieces of data about a person. Identification is linking information to particular individuals. In-security involves carelessness in protecting stored information from leaks and improper access. Secondary use is the use of information collected for one purpose for a different purpose without the data subject’s consent. Exclusion concerns the failure to allow the data subject to know about the data that others have about her and participate in its handling and use. These activities do not involve the gathering of data, since it has already been collected. Instead, these activities involve the way data is maintained and used. The third group of activities involves the dissemination of information. Breach of confidentiality is breaking a promise to keep a person’s information confidential. Disclosure involves the revelation of truthful information about a person that impacts the way others judge her character. Exposure involves revealing another’s nudity, grief, or bodily functions. Increased accessibility is amplifying the accessibility of information. Blackmail is the threat to disclose personal information. Appropriation involves the use of the data subject’s identity to serve the aims and interests of another. Distortion consists of the dissemination of false or misleading information about individuals. Information dissemination activities all involve the spreading or transfer of personal data or the threat to do so. The fourth and final group of activities involves invasions into people’s private affairs. Invasion, unlike the other groupings, need not involve personal information (although in numerous instances, it does). Intrusion concerns invasive acts that disturb one’s tranquility or solitude. Decisional interference involves the government’s incursion into the data subject’s decisions regarding her private affairs.” (SOLOVE, 2006, p. 490-491).

forma de identificação, a proteção contra a insegurança e contra o uso secundário (distinto da função primária por meio da qual fora obtido), e assim sucessivamente.

O objetivo é superar as noções que se apresentam ou excessivamente restritivas, excluindo atividades como o uso secundário do núcleo de proteção à privacidade, ou se mostram excessivamente genéricas, impedindo a definição da abrangência da proteção. Obviamente que a explicitação de todos estes gêneros e espécies de proteção requer ao mesmo tempo regulamentação legal e atividade interpretativa.

É a privacidade, através de seus núcleos de proteção que assegura ao indivíduo condições de expansão da personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias, incentivando a autodeterminação, a autonomia do cidadão, e criando espaços para o diálogo cívico, assim como um ambiente propício à proteção da liberdade de manifestação de pensamentos, facilitando ao indivíduo contemplar e discutir mudanças políticas, bem como desenvolver opiniões sem divulgá-las precipitadamente à sociedade, criando

[...] um espaço pessoal contra o exercício do poder antidemocrático e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).¹⁶²

Em outras palavras: é o direito à privacidade que protege o indivíduo desde o momento do surgimento da ideia, quando no âmbito ainda mais íntimo esta surge isoladamente - fruto de algum estímulo pessoal ou criação intelectual, prosseguindo, para proteger as primeiras divulgações - em âmbito menor, ainda privado, em um círculo restrito de pessoas - e segue, dando guarida à promoção desta ideia, e ao seu uso adequado, protegendo o autor intelectual da apropriação do pensamento por via da coleta indevida de dados, e assegurando o sigilo nos limites que necessários para o sujeito.

Constata-se, assim, que este direito tem nítida dimensão social, uma vez que em face das atribuições diárias dos tempos atuais, permite a promoção do bem-estar, diminuindo as tensões pessoais, e mais do que isso, encoraja o livre desenvolvimento da personalidade, distante do receio de se contrariar a opinião do Estado, da maioria, ou do socialmente aceitável em certo momento histórico.¹⁶³

Necessário lembrar que, em um futuro breve, a união dos avanços tecnológicos e da Internet possivelmente possibilitará repensar o conceito de democracia direta e representativa, na medida em que será provavelmente comum ao cidadão exercer grande parcela de seus deveres cívicos, com especial destaque ao voto, por intermédio da rede mundial

¹⁶² CANOTILHO apud LEONARDI, 2012, p. 115.

¹⁶³ LEONARDI, 2012.

de computadores, experiência esta já vivida hoje oficialmente na Estônia, e em fase de experimentação nos Estados Unidos, Inglaterra e Suíça.¹⁶⁴

Como adverte Schwartz, na ausência de regras fortes para a proteção da privacidade da informação haverá grave hesitação na prática de atividades pelo ciberespaço, incluindo estas que mais guardam relação com o exercício da democracia.¹⁶⁵

Resta ainda grave preocupação, que diante de fraca proteção à privacidade, ferramentas como o *data mining* ou coleta massiva de dados por meio de programas que rodam permanentemente em servidores de alta velocidade, sejam utilizadas por governos e corporações, como se tem notícia do uso pelo governo estadunidense, para a obtenção de informações privilegiadas e pessoais, que permitirão a criação de enormes bancos de dados.

A proteção à privacidade funciona novamente neste ponto como mecanismo de defesa da democracia. Age como mecanismo de salvaguarda das minorias, restringindo o acesso às informações que são da sua esfera mais íntima e cuja utilização desviada poderia permitir a sujeição dessas minorias a diferentes formas de segregação ou preconceito. Cuida-se da proteção a minorias de todas as espécies, a exemplo das étnicas, religiosas, ou mesmo políticas.

A partir das informações seria possível, por exemplo, a identificação de grupos tendo por base posições políticas minoritárias ou impopulares, preferências sexuais ou religiosas, permitindo segregação ou a imposição de limites de trânsito, como em voos, especialmente pela falta de transparência nas posturas nacionais sobre a aceitação ou a rejeição de estrangeiros.¹⁶⁶

Há quem afirme ainda a existência de verdadeira simbiose entre democracia e privacidade, de forma que a desregulamentação da proteção à privacidade implicaria em ofensa ao regime democrático de governo, citando-se, por exemplo, a utilização por governos autoritários, ou adeptos a mecanismos severos de monitoramento, deste artifício tecnológico para o controle de protestos ou para alvejar grupos sociais com outras tendências políticas.¹⁶⁷

Finalmente, cumpre enfatizar que a proteção à privacidade em uma sociedade da informação guarda também relação com a democracia, na medida em que sua proteção colabora

¹⁶⁴ ALVAREZ, R. Michael; HALL, Thad E.; TRECHSEL, Alexander H. Internet voting in comparative perspective: the case of estonia. **Political Science e Politics**, Washington, v. 42, n. 3, p. 497-505, jul. 2009. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=5877828>>. Acesso em: 29 out. 2013.

¹⁶⁵ SCHWARTZ, Paul M. Privacy and Democracy in Cyberspace. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 52, p. 1609 -1701, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.paulschwartz.net/pdf/VAND-SCHWARTZ.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

¹⁶⁶ SOLOVE, 2011

¹⁶⁷ RAAB, Charles D. Privacy, democracy, information. In: BENNETT, Colin John; RAAB, Charles D. **The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 30 out. 2013.

com o controle e a minimização do impacto provocado pela violência simbólica. A ausência de privacidade permitirá aos detentores das informações privilegiadas e coletadas em massa a sobreposição de seu discurso, impedindo a ruptura de modelos não democráticos.

Os organismos que tiverem o controle da coleta em massa de dados, facilitada pela fraca proteção ao direito fundamental à privacidade, serão capazes de selecionar e agregar informação em grande velocidade, de forma que conseguirão suprimi-la ou distorcê-la, antes mesmo que o autor dos fatos, o proprietário real da informação, tenha condições de fazer esta avaliação, sendo a deficiência de sua visão global carente dos mesmos recursos técnicos.

O detentor da informação somente divulga ou omite aquilo em que tem interesse, e no caso dos governos de vocação autoritária, ou grandes corporações mercantilistas, resta imposto grave risco à qualidade destas informações, em benefício da manutenção da dominação política e econômica, e em detrimento das minorias.

Qualquer um que controle o armazenamento de dados, e as ferramentas de coleta e exposição desses dados, diante de uma perspectiva de desregulamentação do controle à privacidade dos indivíduos, mormente dos usuários de uma fonte gigante e potencial de dados como a Internet, terá condições de usar estes dados de forma a controlar a opinião pública. A lógica é simples. O detentor das informações, e logo, do poder, poderá coordená-las para separar o conteúdo que não interessa e divulgar aquilo que intenta ver concretizado como verdade sobre pessoas ou grupos.

De igual maneira, concluiu Vianna, em uma sociedade de massas a monitoração eletrônica em espaços públicos poderá ensejar a violação à privacidade, com a filtragem em massa de indivíduos e a sua seleção, sendo a proteção à privacidade um direito público e fundamental ao Estado Democrático de Direito:

O exercício em grande escala do poder disciplinar possibilitado pela monitoração eletrônica lesa o direito fundamental à liberdade, especialmente no que diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento em locais públicos. Lado outro, o exercício do biopoder por esta mesma monitoração lesa o direito à igualdade ao proporcionar uma filtragem em massa de indivíduos por suas diversas características. A garantia do direito à privacidade reveste-se, pois, de interesse não só individual, mas também e principalmente de interesse público, na medida em que, nas sociedades de controle, converte-se em um dos fundamentos da liberdade e da igualdade e, consequentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.¹⁶⁸

Verifica-se, portanto, que o discurso dos defensores do direito à privacidade enquanto um direito meramente individual e economicamente considerável, pela sua visão atrofiada do tema, ou seja, limitada e limitadora, não pondera os seus efeitos positivos, basicamente de proteção à intervenção pública excessiva, e da permissão de uma vida livre de

¹⁶⁸ VIANNA, 2006, p. 167.

interferências permanentes do público no privado, de modo inclusive a incentivar o desenvolvimento tranquilo e profícuo das ideias, livre de perseguições políticas e sociais.

3.3 O direito fundamental à privacidade na Constituição Federal de 1988

Previsto no art.12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁶⁹ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no Pacto de São José da Costa Rica em 1969¹⁷⁰, também resta assegurado o direito fundamental à privacidade¹⁷¹ na Constituição Federal. Relacionou este direito fundamental conjuntamente com a intimidade, no inciso X do art.5º, sob o título *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, afirmando sua inviolabilidade, além de diversas outras disposições que se relacionam com a proteção da privacidade e de dados, proibindo-se a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas e de dados (art.5º, inciso XII), e dispondo-se sobre a vedação da invasão de domicílio (art.5º, inciso XI) e da violação de correspondência (art.5º, inciso XII) e a possibilidade de impetração de *Habeas Data* para o conhecimento de informações oriundas de registros ou bancos de dados públicos e sua retificação (art.5º, inciso LXXII).¹⁷²

No Brasil o problema é semelhante quanto às dificuldades de definição e delimitação de um direito genericamente considerado à privacidade, aumentando a relevância de estudos, como o presente, que pretendam definir aqueles direitos explícitos ou não explícitos na constituição, como o da proteção dos dados pessoais, corolários do direito fundamental à privacidade, segundo a concepção taxonômica, inclusive com a finalidade de assegurar sua plena validade, aplicação e posterior eficácia:

Não obstante a relevância do tema, **verificam-se hesitações quando se trata de definir o que seja exatamente o direito à privacidade. Mesmo os diplomas legais**

¹⁶⁹ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova York, 1948. art. 12. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 06 set.2015).

¹⁷⁰ “Art. 11, 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” (BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 set. 2015).

¹⁷¹ Considera-se com Paulo José da Costa Júnior, não haver razão para a distinção entre privacidade e intimidade, sendo aspectos do mesmo direito, razão pela qual se usa indiscriminadamente os dois termos, sabendo-se, todavia, que há autores que distinguem a intimidade enquanto parcela mais estreita ou reclusa do direito à vida privada, e a privacidade enquanto esfera maior, que teria por objeto os fatos e comportamentos atinentes ao mundo exterior (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4. ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

¹⁷² BRASIL, 1988.

ou as convenções internacionais não cuidam de precisar o conceito, que tampouco parece encontrar univocidade no acervo da jurisprudência do direito comparado. Tércio Sampaio Ferraz entende que esse direito 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 titular’.

O conceito é abrangente e, de fato, aponta ângulo útil para a identificação de casos compreendidos no âmbito de proteção do direito à vida privada. **Subsistem, de toda sorte, alguns pontos de polêmica quando nos confrontamos com situações concretas, que se candidatam a incluir-se no âmbito normativo do direito à privacidade.** (Grifos nossos).¹⁷³

No mesmo sentido Jose Afonso da Silva:

[...] o dispositivo põe logo uma questão: a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Toma-se, pois, a privacidade como ‘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’. **A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, 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.** (Grifos nossos).¹⁷⁴

Defende Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a privacidade no Brasil seria um direito que tem como conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito, e de resistir à violação do que lhe é próprio, ou seja, de situações vitais que dizem respeito somente ao sujeito, e que por tal razão deseja manter somente para si, e cujo objeto poderá ser uma coisa, não necessariamente física, ou um interesse, bem como a própria integridade moral.¹⁷⁵

Alexandre de Moraes, por sua vez, afirma que os direitos à intimidade e à própria imagem formariam a proteção constitucional à vida privada, resguardando um espaço íntimo e intransponível, tanto a pessoas físicas quanto jurídicas, residentes ou em passagem pelo país, que as protegeria contra interferências externas ilícitas, apontando para diversos núcleos de proteção à privacidade na Constituição de 1988, dividindo-os em:

a) a interferência na vida privada, familiar e doméstica; b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual ou moral; c) os ataques à sua honra e reputação; d) sua colocação em perspectiva falsa; e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; f) o uso do seu nome, identidade e retrato; g) a espionagem e espreita; h) a intervenção na correspondência;

¹⁷³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 281.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100.

¹⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 1, p. 141-154, 1992. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

i) a má utilização de informações escritas e orais; j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.¹⁷⁶

Dificultando ainda mais a solução do problema, quanto a se alcançar compreensão uniforme sobre os limites do direito fundamental à privacidade, é corrente no STF a compreensão de que seria este um direito fundamental não absoluto – aliás como todos os demais direitos fundamentais – o que levaria à necessidade de se realizar um raciocínio complexo de distinção de suas limitações quando o caso sob exame demandasse, ao menos potencialmente, e em contraposição, a aplicação de outro direito fundamental, como a transparência das contas públicas, ou mesmo o direito à liberdade de expressão, o que é observável nos precedentes do Mandado de Segurança (MS) n. 23.452/RJ, de 15 de fevereiro de 2000¹⁷⁷, Relator o Ministro Celso de Mello e do MS 33.340-DF, de 2 de dezembro de 2014¹⁷⁸, de relatoria do Min. Luiz Fux, ambos recentemente julgados.

Discussão ampla sobre os argumentos possíveis quanto à natureza dos direitos fundamentais e a possibilidade da construção ou não de um método que permitisse a solução de conflitos de casos difíceis¹⁷⁹ seria extrapolar absurdamente a finalidade do presente trabalho. O objetivo neste ponto é relevar o papel da exploração hermenêutica dos núcleos de proteção de cada direito fundamental, como a proteção dos dados pessoais, de modo a se permitir uma

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 60.

¹⁷⁷ “[...] **direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, (admitem) a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 23.452/RJ, de 15 de fevereiro de 2000. **Diário da União**, Brasília, DF, 2000. Grifos nossos. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015).

¹⁷⁸ “Partindo-se da premissa de que, nem mesmo, os direitos fundamentais são absolutos, a identificação do seu núcleo duro e intransponível pode ser feita por meio da teoria germânica da restrição das restrições (Schranken-Schranken). **A referida teoria enuncia que a limitação a um direito fundamental, como ao da preservação da intimidade, do sigilo bancário e empresarial, deve inserir-se dentro do que é proporcional. Deve haver, assim, uma limitação razoável do alcance do preceito que provoca a restrição ao direito fundamental. Quando um ato estatal limita a privacidade do cidadão por meio da publicidade de atos por ele realizados, há de se verificar se essa contenção, resultante da divulgação do ato, se amolda ao que é proporcional.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 33.340/DF, de 2 de dezembro de 2014. **Diário da União**, Brasília, DF, 2014d. Grifos nossos. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015).

¹⁷⁹ A literatura distingue casos fáceis de casos difíceis ou *easy cases* de *hard cases*. Naqueles seria possível a solução do problema jurídico somente a partir de um raciocínio lógico-dedutivo, a subsunção dos fatos à regra jurídica, enquanto nestes haveria a necessidade de maior argumentação, diante do enfrentamento de circunstâncias não diretamente previstas no ordenamento jurídico ou da necessidade da utilização de princípios, com sua grande carga valorativa. Acredita-se, porém, que tal distinção parte de uma premissa equivocada, de que haveria uma distinção ontológica entre ambos, quando, em verdade, a solução de casos, fáceis ou difíceis, não se dá por mero raciocínio dedutivo: “Há, pois, um equívoco em pensar que exista uma espécie de ‘institucionalização’ de casos fáceis e casos difíceis em si, já de antemão demarcados. O problema é saber em que momento ‘a suficiência ôntica’, que possibilita a resolução dos casos fáceis, exige o algo a mais, isto é, em que momento essa ‘falta de sentido’ permite que se esteja distante de um caso difícil.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111).

análise, inclusive judicial, que se distancie de subjetivismos desnecessários e arbitrariedades oriundas da incompreensão da extensão da eficácia desses direitos fundamentais.

Como aduz Tatiana Malta Vieira, apesar de seu caráter essencial e fundamental, o direito à privacidade, a partir da jurisprudência do STF, pode ser visto como de caráter relativo, no tocante a estar submetido a restrições que derivam, em verdade, da aplicação de outros direitos fundamentais, em determinadas circunstâncias, o que se verifica quando há aparente divergência de interesses de sujeitos titulares de direitos distintos, ou ao se excluir de determinadas categorias, em casos especiais, variáveis no tempo e no espaço, a proteção da esfera da privacidade.¹⁸⁰

Em recente voto, o Min. Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP salientou a dificuldade, afirmando a necessidade de grande esforço hermenêutico quando da definição do âmbito de proteção de certos direitos, mormente quando do imprescindível contraste entre o direito fundamental postulado e as suas possíveis restrições, *In Verbis*:

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.¹⁸¹

Ao decidir sobre o reconhecimento da união estável entre homossexuais, afirmou o STF ser o direito à privacidade um direito individual de enorme relevância constitucional, por dizer respeito à própria personalidade, e mais, ao modo de ser da pessoa natural, servindo igualmente de escudo protetor contra imperativos morais, autoaplicável, por independer sua validade de outra regulamentação infraconstitucional e de aplicação imediata, seja no âmbito mais íntimo, totalmente particular, seja na privacidade enquanto direito exercido perante uma comunidade. *In Verbis*:

E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 (sic)¹⁸² da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada,

¹⁸⁰ VIEIRA, 2007.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.659-SP, de 31 de agosto de 2015. **Diário da União**, Brasília, DF, 2015c. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁸² Referência equivocada, o correto seria a primeira parte do inciso X do art. 5º da CF.

a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. (Grifos do autor).¹⁸³

Prossegue o voto, apontando importante relação da privacidade com a laicidade estatal, no sentido de sua proteção advir da proibição de intromissão em esferas particulares, no que também implica respeito a outros direitos fundamentais, como da autodeterminação sexual ou religiosa:

As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.¹⁸⁴

Por outro lado, em recente precedente, onde se discutiu a constitucionalidade da exigência de autorização prévia para a publicação de biografias de personalidades famosas, a ADI nº 4815/DF/2015¹⁸⁵, destacou aquela Corte, que a privacidade deve ceder lugar à aplicação de outros imperativos constitucionais quando estiver sob análise: a) a situação particular de agente ou servidor público; b) profissional que promova suas atividades em público e para o público; c) aquele que retire dos cidadãos, pelo exercício de seu mister, seja ele de natureza particular ou pública, seu ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento. Perceptível a falta de exatidão da definição, apesar de buscar construir certos parâmetros para a identificação de circunstâncias onde seria possível a intromissão dos domínios da privacidade:

A segunda respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se segundo escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que a) componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, elas mesmas sujeitas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; b) promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; c) extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido.¹⁸⁶

Em outros momentos enfatizou a Corte certas limitações mais pontuais à privacidade, como na discussão sobre a publicação por município dos vencimentos de seus

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277-DF, de 14 de dezembro de 2011. **Diário da União**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 set. 2015.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ BRASIL, 2015a.

¹⁸⁶ Ibid.

servidores em sítio eletrônico, quando compreendeu merecer aplicação o Princípio Constitucional da Publicidade, como estampado no Art. 37 da Constituição Federal. *In Verbis*:

Presidente, o servidor público não pode pretender ter a mesma privacidade que tem o cidadão comum. É princípio básico da Administração Pública, no que visa a eficiência – outro princípio –, o da publicidade. O servidor público, o agente público, o agente político estão na vitrina. São, de início, um livro aberto. Entre o interesse individual e o coletivo, o público, prevalece o coletivo.¹⁸⁷

Alhures, considerou a Corte não ser a proteção à intimidade barreira à produção de prova que vise o reconhecimento de paternidade, e dos deveres inerentes à mesma, destacando-se os direitos da própria criança, e o interesse também do Estado, de ver reconhecida, se for o caso, a paternidade, privilegiando-se o estabelecimento de vínculos familiares, com atenção a direito fundamental elencado no art. 226 da Constituição, ao tratar do direito à filiação. *In Verbis*:

Por outro lado, tenho como de exagerado rigor e flagrante improcedência o argumento do recorrido de que a norma ordinária fere o princípio constitucional assegurado no inciso X do artigo 5º relativamente à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Tal preceito, como se sabe, deve ser entendido com temperamentos, sobretudo quando se trata de situação que põe em jogo a vida de menor, que merece de ação estatal o amparo indispensável. Essas questões adstritas à imagem das pessoas não ficam comprometidas, tanto mais que a própria lei criou mecanismos de salvaguarda para que sejam elas protegidas (Lei 8560/92, artigos 5º e 6º). O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. De qualquer sorte essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade.¹⁸⁸

Como se verifica, estamos diante de decisões que cuidam de controvérsias distintas, todas relacionadas à aplicação, ou aos limites de aplicação do direito fundamental à privacidade. Questões tão variadas que não merecem estudo idêntico, de modo, que se torna imprescindível a avaliação desses direitos fundamentais oriundos ou corolários da proteção à privacidade, explorando-se suas distinções e eficácia.

Concorda-se com João Carlos Zanon, ao salientar este a tendência de expansão do direito à privacidade no sentido de se incluir nele uma série de interesses de conteúdos díspares, destacando o autor, também, certos núcleos ou categorias de proteção, sobre os quais incumbiria o intérprete exercer rigorosa e cautelosa análise, de modo a decifrar e delinear os limites da aplicação da proteção à privacidade, seriam eles:

(a) O direito de estar só; (b) o direito de impedir a intromissão de terceiros nas esferas da intimidade e vida privada; (c) direito ao sigilo; (d) o direito de impedir a divulgação

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello no RE com Agravo n.652.777-SP, de 23 de abril de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2015d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁸⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

de aspectos privados; (d) o direito de controle sobre os dados pessoais (este em grande aspecto de conteúdo diametralmente oposto ao tradicional conceito de privacidade); (e) o direito de tutela geral da personalidade (aqui abrangidos direitos de mais variada ordem: direito à concepção ou à interrupção da gravidez, a ter aulas em língua estrangeira, direito sobre o próprio corpo, à liberdade de pensamento; à reputação, ao planejamento familiar, à eutanásia, entre outros).¹⁸⁹

A privacidade, como acentua Richards, é um fenômeno complexo em toda parte, e não seria diferente no Brasil. Mais útil e coerente que a considerar como algo inalcançável ou fictício, e suas garantias como destituídas de eficácia – diante do constante e significativo surgimento de novos meios de erosão, e da proteção constitucional presente na Carta de 1988 – é pensá-la em seus diferentes setores, diferentes núcleos, e logo, pensar em diferentes regras de proteção, e observar para isto onde estão os incentivos econômicos e de outras naturezas, que têm financiado tais lesões e contribuído para a construção desses mecanismos de ofensa ao direito em suas diferentes perspectivas:

De fato, esses exemplos mostram que a privacidade é um fenômeno complexo, e que deveríamos discutir o equilíbrio entre diferentes tipos de privacidade e diferentes regras para se administrarem os fluxos de informação, ao invés do seu falecimento. Quando vista a partir desta perspectiva, nem o Facebook ou a NSA rejeitam a privacidade; ao contrário, eles têm relações complicadas com a privacidade, protegendo (como tantas outras pessoas e instituições) sua privacidade mas oferecendo menos privacidade aos demais, especialmente quando há incentivos institucionais para fazer dinheiro ou proteger interesses governamentais. Posta assim, a questão real não é saber se a privacidade está morta, mas quando é apropriada, e quem se beneficia dessa alocação. (Tradução e grifos nossos)¹⁹⁰

Conclui-se este capítulo, após discutir-se o longo percurso histórico traçado no direito comparado para o reconhecimento de um direito à privacidade, e se demonstrar diversas dificuldades na construção do mesmo, destacando-se a necessidade de reconhecimento do valor social da privacidade, enquanto pressuposto democrático, e cuja proteção se encontra prevista em diversas disposições da Constituição de 1988. Direito de nítida dimensão social, que encoraja o livre desenvolvimento da personalidade, distante do receio de se contrariar a opinião do Estado, da maioria, ou do socialmente aceitável em certo momento histórico.

Ponderou-se, ao final, que deve ser utilizada uma forma de distinguir tais diferentes esferas do direito à privacidade baseada na exploração de seus diversos núcleos de proteção, uma vez que a tentativa de construção de um conceito único e irrefutável tem-se mostrado inviável, seja no Brasil seja na experiência estrangeira, tendo em vista a complexidade desse fenômeno humano, fato observado inclusive por análise da jurisprudência do STF e de outras Cortes, e a dificuldade da precisa definição do direito e suas dimensões.

¹⁸⁹ ZANON, 2014, p. 64.

¹⁹⁰ RICHARDS, 2015, p. 48.

4 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

4.1 Breves considerações iniciais

Pretende-se neste capítulo apontar inicialmente os fatores que implicaram na convergência ocidental (especialmente dos Estados Unidos, União Europeia e América Latina) quanto à preocupação sobre a proteção dos dados pessoais, e o desenvolvimento do conteúdo de um direito fundamental apto a protegê-los.

Prosegue-se, enfatizando as particularidades dessa construção no direito comparado e jurisdição constitucional dessas nações, com particular atenção para as similaridades com o ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição de 1988, antes de discorrer-se sobre a natureza dos direitos fundamentais e o processo hermenêutico de sua extração a partir da mesma, com integridade e coerência.

Em continuidade, delimita-se o sentido da proteção à dignidade da pessoa humana como premissa do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, em interpretação consentânea com a inviolabilidade da privacidade, e com a previsão constitucional do *Habeas Data* como marco auxiliar na compreensão do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e instrumento voltado a sua proteção.

Por fim, destacam-se os significados das dimensões subjetiva e objetiva de um direito fundamental, delineando-se, a partir da Constituição de 1988, o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais como concebido neste trabalho, com breve alusão, ao final, à Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet no Brasil, e propõe-se uma conceituação que seja abrangente o suficiente para definir os traços basilares deste direito.

4.2 Os fatores de convergência ocidental quanto à preocupação com a proteção dos dados pessoais, e as dimensões do problema

É possível apontar, como o faz Bennet, alguns fatores que contribuíram para a convergência no simultâneo despertar da preocupação e interesse ocidentais pelo problema da erosão da privacidade no tocante aos dados pessoais, e sua conseqüente necessidade de proteção

por meio da produção de disposições constitucionais, legais ou precedentes jurisprudenciais pertinentes.¹⁹¹

Desde a década de 60 o avanço da informática, com o surgimento dos computadores com grande capacidade de processamento, os *mainframes*¹⁹², e posteriormente, na década de 70, os computadores pessoais, tudo isto fez emergir nas agendas políticas mundiais o complexo problema de como lidar com esta nova tecnologia. O primeiro fator passou a ser exatamente este, o desenvolvimento tecnológico rápido nas décadas de 60 e 70 trouxe as primeiras preocupações sobre o armazenamento e a utilização desses dados, à medida que computadores passariam a ser usados por indivíduos, corporações e governos em todo o mundo, com a capacidade de armazenamento fácil, rápido e amplo de informações, algo nunca antes testemunhado pela humanidade.

O segundo fator de convergência do Ocidente fora a necessidade de emulação, ou seja, a postura natural de países e seus órgãos de governo de copiarem-se mutuamente, ou pelo menos a capacidade deste esforço de uns servir como incentivo a outros para a produção de normas que visem os mesmos objetivos. A convergência viria aqui como o resultado de uma pressão política e social para acompanhar os esforços voltados à solução desta situação de aparente fragilidade dos meios legais disponíveis. Uma vez que “[...] sem a oportunidade de aprenderem a partir de suas próprias experiências, havia uma tendência natural de olhar para o exterior, e verificar como outros estados haviam respondido, e para compartilhar ideias, trazendo evidências estrangeiras para uso doméstico.”¹⁹³ Aponta estudo da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sobre a proteção dos dados pessoais em diversos países, que

As abordagens para a proteção da privacidade e liberdades individuais adotadas por vários países têm muitas características comuns. Logo, é possível identificar certos interesses básicos e valores, os quais são comumente considerados como componentes elementares para a área de proteção.¹⁹⁴

¹⁹¹ BENNET, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. London: Corne University Press, 1992.

¹⁹² Na década de 60 grandes computadores, do tamanho de uma sala, ou mesmo um andar de um prédio, surgiram e se tornaram comuns em grandes indústrias e no serviço militar e espacial norte-americano, capitaneados pela empresa IBM, à época líder mundial da produção dessas máquinas, ainda suscetíveis de erros e de difícil utilização. Na década de 70, Steve Jobs e Steve Wozniac exibiram o primeiro computador pessoal, o Apple II, na Primeira Feira de Computadores da Costa Oeste, em São Francisco, Califórnia, que rodava sob a linguagem de programação denominada de BASIC, com gráficos coloridos, pelo custo de 1.298 dólares americanos, cujos programas poderiam ser gravados em conhecidas fitas-cassetes. Antes do término da feira Jobs e Wozniac já haviam recebido mais de 300 (trezentos) pedidos de compra (UNIVERSITY OF RHODE ISLAND. **History of Computers**. Kingston, RI, [20--?]. Disponível em: <<http://homepage.cs.uri.edu/faculty/wolfe/book/Readings/Reading03.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2015).

¹⁹³ BENNET, op cit., p. 5.

¹⁹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Paris, 2015. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Em terceiro surgiu o compartilhamento de problemas e a busca de solução por uma elite de intelectuais e cientistas, que, em contato, propunham-se discutir os mesmos avanços e seus dilemas, provocando certa uniformização no ocidente quanto às necessárias discussões enquanto membros de uma comunidade transnacional: “[...] o movimento mundial de proteção dos dados pessoais deve muito ao constante intercâmbio de ideias entre especialistas nacionais, que foram chamados para aconselhar governos e formular propostas legislativas.” (Tradução nossa).¹⁹⁵

O quarto fator, que pode ser dividido em duas frentes, guarda relação com um processo de harmonização e a necessidade de eliminação de discrepâncias, visto que as organizações nacionais desde logo constataram que o problema do fluir dos dados pessoais não poderia ser resolvido somente dentro dos cenários locais, dependendo da convergência de regimes internacionais, e que os benefícios desta uniformização superariam as vantagens da manutenção de isolamentos institucionais:

Grupos de reguladores, burocratas e juízes estão progressivamente se interligando e cooperando através das fronteiras. Pesquisa recente focou em como essas redes vêm suplementando ou suplantando formais tradicionais de governança internacional. Tais redes compartilham as melhores práticas ou entram em esforço colaborativo. (Tradução nossa).¹⁹⁶

Por último, surgiu a necessidade da comunhão dos altos custos para o desenvolvimento de mecanismos e técnicas capazes de permitir avanços quanto à regulação das questões oriundas do desenvolvimento da informática, diante da constatação da inviabilidade da construção de mecanismos nacionais suficientes ao controle deste fluxo de dados:

Por um razoável número de razões o problema do desenvolvimento de proteções aos indivíduos no que diz respeito ao manejo de dados pessoais não pode ser resolvido exclusivamente em um nível nacional. O tremendo aumento no fluxo de dados para além das fronteiras nacionais, e a criação de bancos de dados internacionais (coleta de dados com o propósito de *backup* de segurança e outros propósitos) têm enfatizado a necessidade de planejada ação nacional e ao mesmo tempo reforça os argumentos favoráveis ao livre fluir de informações, o qual deve frequentemente ser equilibrado com exigências para a proteção de dados e para restrições em sua coleta, processamento e disseminação. (Tradução e grifos nossos).¹⁹⁷

A preocupação tornara-se universal, como salienta James N. Danziger, no início da década de 80, quando irrompeu um grave paradoxo da sociedade de informação, o qual indicou que, apesar de mais dados serem disponibilizados, armazenados e transmitidos, menos pessoas teriam condições de saber a origem desses dados, a sua autenticidade e a forma com que foram obtidos, uma vez que poderiam fluir como nunca antes, com o auxílio dos computadores, e

¹⁹⁵ Ibid., p. 5.

¹⁹⁶ NEWMAN, 2008, p. 149.

¹⁹⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit.

dados que sempre poderão ser manipulados, combinados e correlacionados em diferentes formas e com inúmeros objetivos, legítimos ou não.¹⁹⁸

O problema da necessidade do desenvolvimento de mecanismos jurídicos de proteção dos dados pessoais assumiu, assim, concretamente, ao menos três dimensões. A primeira diz respeito à noção essencial de que a proteção desses dados teria uma finalidade humanista, de promover a dignidade, a integridade e a esfera privada da personalidade de cada indivíduo que fosse titular desses dados e que estivesse, assim, imerso nesse inevitável universo cibernético.

Em 86 fora publicado pela Seção Britânica de Comissão Internacional de Juristas, um estudo denominado de *Privacy and the Law*, onde restou nítida a preocupação com a preservação da identidade e da integridade humanas, o que guardaria estreita relação com a manutenção de uma esfera particular, reservada a sentimentos, crenças, dúvidas, esperanças, planos, medos e fantasias, as quais deveriam, sob o controle individual, serem disponibilizadas tão somente na medida de tempo e conteúdo desejável pelo sujeito.¹⁹⁹

Anos antes, nos Estados Unidos, a mesma preocupação fora exposta por Alan F. Westin, em marcante ensaio, denominado de *Privacy and Freedom*, onde assevera, que apesar da natureza social do homem, ainda o mais gregário dos seres humanos precisa de tempo e oportunidade para estar só, para ter suas próprias ideias, remoer seus próprios sentimentos, planos e sonhos.²⁰⁰ Destaca que a própria contingência do crescimento populacional já colocaria a civilização humana moderna em situação de proximidade quase caótica, nos obrigando com frequência a fugir dos olhos e sentidos alheios, quando talvez, o maior desafio estivesse no controle da tecnologia, citando polígrafos, interceptações telefônicas, telescópios de longo alcance, e todos esses avanços somente possíveis tudo em vista a capacidade de armazenamento e transferência de vasta quantidade de dados pessoais.²⁰¹

A segunda dimensão, ou o segundo nível de preocupação com a proteção dos dados pessoais, é política, e funda-se na possível utilização da tecnologia da informação como ferramenta de tirania, uma vez que seu domínio possivelmente permitiria a coleta e manipulação de vastas quantidades de dados, ampliando insidiosamente a longa mão estatal para limites além do desejável. O poder do conhecimento proporcionado pelos computadores permitiria, ao

¹⁹⁸ DANZIGER, et al., 1982 apud BENNET, 1992, p. 29.

¹⁹⁹ BENNET, 1992, p. 24.

²⁰⁰ WESTIN, Alan F. **Privacy and freedom**. Nova Iorque: Atheneum, 1967. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40708684?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 19 nov. 2015.

²⁰¹ WESTIN, op. cit., p. 487.

menos em tese, em breve, uma espécie de onisciência governamental, que poderia servir de combustível inesgotável para atitudes autoritárias.

Tais temores eram reforçados na Europa continental do pós-guerra com base na recente experiência do nazi-fascismo, e as lembranças da Gestapo – a polícia secreta da Alemanha nazista – e do quanto estaria fortalecida se dispusesse de tais recursos tecnológicos. De tal forma que, em 1984, o resumo final da Conferência de Belagio sobre os atuais e futuros problemas relativos à proteção dos dados pessoais salientou que “[...] um dos principais motivos para a criação de legislação sobre a proteção dos dados pessoais no continente europeu é a prevenção à repetição de experiências como as das décadas de 30 e 40 proporcionados por regimes nazistas e fascistas.”²⁰²

A terceira dimensão da preocupação com a proteção dos dados pessoais guarda relação com a natureza instrumental que também detém a proteção desses dados. Se estiverem precisos, e adequadamente utilizados, dentro da esfera adequada de armazenamento, poderão facilitar o alcance de outros direitos, e promover a implementação de objetivos da sociedade contemporânea, em uma perspectiva do constitucionalmente desejável. Diferentemente, quando desorganizados tenderão a servir de empecilho à consecução de direitos e de anteparo a práticas ilícitas, por má-fé ou por mera desorganização e incapacidade de lidar com esses dados pessoais.

Dois relatos verídicos, ocorridos nos Estados Unidos e na Inglaterra, na década de 70, ajudam a esclarecer essa dimensão instrumental. A primeira aconteceu em 1977, quando um cidadão de nome Leonard Smith, funcionário aposentado dos correios, fora preso nos arredores de sua casa em Los Angeles, sob a acusação de embriaguez. Ele declarou-se inocente e o juiz ordenou a sua liberação. Todavia, fora mantido preso por mais seis dias, em razão do sistema computadorizado indicar a existência de um outro mandado de prisão para sujeito homônimo, que houvera violado sua liberdade condicional vinte e sete anos antes. Ao final, restou provado que tudo não passou de equívoco, que custou grave restrição à sua liberdade, oriundo do equivocado armazenamento de dados pessoais antigos, incompletos e obsoletos.²⁰³

O segundo relato é o de Jan Martin, funcionária de uma produtora independente de cinema que fora convidada para produzir vídeos de relações públicas para um empreiteiro, denominado Taylor Woodrow. Posteriormente, tivera sua contratação inviabilizada sob o argumento de que teria relações com uma organização criminosa denominada de *Baader-*

²⁰² FLAHERTY, 1984 apud BENNET, 1992, p. 24.

²⁰³ BENNET, 1992.

Meinhof, o que a tornaria uma espécie de risco de segurança, inaceitável naquela empresa da construção civil.

Felizmente o genitor de Martin era um ex-agente da *Scotland Yard*, serviço secreto britânico, o qual obtivera acesso ao relatório original. Este indicou que aparentemente Martin e seu marido teriam viajado à Holanda pouco tempo após um ataque do grupo criminoso, e a foto de seu marido teria sido reconhecida, equivocadamente, como a de um dos membros da organização criminosa, devido a certa similaridade nas feições físicas dos dois. Alguém em seguida obtivera o número do registro do carro que Martin dirigia e o enviou à *Scotland Yard*, que mantivera o registro, sem, todavia, checar a autenticidade da informação, a qual fora anexada a um registro policial com seu nome e dados, e seu número da seguridade social permitiu o acesso pelo seu possível empregador, provocando enorme prejuízo e ofensa a sua imagem.²⁰⁴

4.3 O direito fundamental à proteção dos dados pessoais no direito comparado

Constata-se a partir de análise de direito comparado, que diversos países regulamentam a proteção aos dados pessoais em diferentes formatos. Destacam-se aqueles onde há previsão expressa a um direito fundamental, ou seja, detém suas constituições previsões explícitas, podendo-se citar na Europa a Constituição Portuguesa de 1976²⁰⁵ e a Espanhola de 1978²⁰⁶.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ “Artigo 35.º (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 expreso 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.” (PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 nov. 2015).

²⁰⁶ O art. 18.4 da Constituição Espanhola garante o direito à privacidade pessoal, nesse contexto segue abaixo, *in verbis*: “A lei limita o uso da tecnologia da informação para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar

A União Europeia tem longo histórico tendente à construção de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais que remonta à Convenção de Estrasburgo em 1981, ao afirmar que

A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, **o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito («protecção dos dados»).** (Grifo nosso).²⁰⁷

Posteriormente, no início da década de 80, como salienta Doneda, a Organização para a Cooperação Econômica Europeia, composta por trinta e quatro países, elaborou em suas *guidelines*, recomendação de ao menos cinco princípios que deveriam estar cristalizados na legislação interna daqueles Estados-membros, e que dizem respeito à desejada extensão da proteção dos dados pessoais:

1 – Princípio da publicidade (ou da transparência), pelo qual a existência de um banco de dados com dados pessoais deve ser de conhecimento público, seja através da exigência de autorização prévia para funcionar, da notificação à uma autoridade sobre sua existência; ou do envio de relatórios periódicos. **2 – Princípio da exatidão:** Os dados armazenados devem ser fieis à realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade. **3 – Princípio da finalidade,** pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que pode-se, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade). **4 – Princípio do livre acesso,** pelo qual o indivíduo tem acesso ao banco de dados onde suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias destes registros, com a conseqüente possibilidade de controle destes dados; após este acesso e de acordo com o princípio da exatidão, as informações incorretas poderão ser corrigidas e aquelas obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas, ou mesmo pode-se proceder a eventuais acréscimos. **5 – Princípio da segurança física e lógica,** pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.²⁰⁸

Hodiernamente, a Diretiva 95/46/CE/1995 da União Europeia assumiu posição de destaque neste plano comunitário, ao asseverar, logo em seu artigo primeiro, que “Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente diretiva, a proteção das liberdades e

dos cidadãos e o exercício pleno dos seus direitos.” (ESPAÑA. Gobierno. **Constituição Española.** Madrid, 1978. Art. 18º, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 20 nov. 2015).

²⁰⁷ FRANÇA. **Convenção de Estrasburgo, em 28 de janeiro de 1981.** Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal. Estrasburgo, 1981. Cap. 1, art 1º. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MEG_MA_5900.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²⁰⁸ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como direito fundamental no direito brasileiro. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.rlpdp.com/2012/07/223/>>. Acesso em 20 nov. 2015.

dos direitos fundamentais das pessoas singulares, notadamente o direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.²⁰⁹

Importante destacar-se, para a compreensão do ordenamento jurídico europeu, que podem ser assinaladas duas fontes de direitos e obrigações: as primárias, que dizem respeito à constituição, leis e atos normativos de cada Estado-membro; e as secundárias, relativas às recomendações e diretivas, que apesar de seu poder vinculante, guardam certa margem de flexibilidade, permitindo aos Estados-membros regulamentarem as matérias conforme suas particularidades locais, atendidas as recomendações comunitárias.²¹⁰

Em seguida foram editadas três diretivas complementares à 95/66, a 97/66 (relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações) e a 2002/58 (visando à regulamentação da proteção de dados pessoais no âmbito da comunicação eletrônica). Por último, a Diretiva 2006/24 dispôs sobre a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.²¹¹

Como destaca Zanon, a proteção desses dados na Europa não significa a inviabilização de sua utilização. Pretende-se certo equilíbrio, fomentando-se a utilização desses dados de forma controlada, de modo a proteger-se a privacidade e a veracidade dessas informações, e ao mesmo tempo a proibição de circulação de um núcleo inviolável de dados que por dizerem respeito a informações extremamente sensíveis (leia-se que podem facilmente incentivar posturas discriminatórias, como dados sobre raça, crença religiosa, etc.) devem ser protegidos de forma mais rigorosa, atendendo-se a padrões mínimos de segurança.²¹²

Em Portugal, fomentado pela existência de expressa disposição constitucional, já ganha contornos este direito à autodeterminação informativa, como afirma Canotilho, fazendo referência às convenções internacionais e ao direito constitucional brasileiro:

Contraopondo-se à ideia em *arcana praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral a autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais (cfr. CRP, artigo 35.º, e Leis 10/91, de 29-A, e 28/94, de 29-8, reguladoras da proteção dos dados pessoais face à informática). Esse direito de autodeterminação pode exigir a criação de meios de defesa jurisdicionais, e, nesse sentido, apontam já hoje convenções

²⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. L281, p. 31-50, 1995. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015. art. 1º.

²¹⁰ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O Direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 11, abr./jun. 2010. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Nacional_1.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²¹¹ RUARO; RODRIGUES, 2010.

²¹² ZANON, 2014.

internacionais e o direito de Habeas Data consagrado na Constituição Brasileira de 1988 (cfr. Ac. TC n.º182/89, in DR, I, n.º 51, de 2/3/89).²¹³

No Acórdão n.º 355/97, o Tribunal Constitucional Português se pronunciou quanto à inconstitucionalidade orgânica das normas de um Decreto do Governo referente à criação de arquivos informatizados de registos oncológicos. Em sua fundamentação, salientou que “[...] considera-se que o tratamento automatizado de dados relativos a doenças oncológicas integra-se na esfera de privacidade dos doentes, interferindo, nessa medida, na definição do conteúdo de vida privada, matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias.”²¹⁴ Cuidou assim, aquela Corte, de proteger um específico campo, particularmente sensível, em que a informatização dos respectivos dados de saúde “[...] não deve converter-se em mero armazenamento de informação relativa às coisas do homem, mas constituir informação relativa ao próprio homem.”²¹⁵

Na lição de José Luis Piñar Mañas, a sistemática espanhola de proteção dos dados pessoais segue igualmente a orientação comunitária, conduzindo o hermeneuta a princípios nucleares quanto à proteção dos dados pessoais, que seriam: “[...] o consentimento, informação, finalidade, qualidade dos dados, com especial referência à proporcionalidade e segurança.”²¹⁶

Em outros países, que não dispõem de disposições constitucionais expressas, a compreensão da existência desse direito à proteção dos dados pessoais, encorajada ou não por convenções internacionais, é oriunda da aplicação de outros direitos ou garantias constitucionais, especialmente a proteção à dignidade, à privacidade e o *writ* do *Habeas Data*, que lidos em conjunto, e a partir da compreensão da unidade constitucional, justificam a proteção a esses dados, um esforço que em grande parte é oriundo de atividade da jurisdição constitucional de países como os Estados Unidos e Alemanha, o que naturalmente proporciona certa diferença na avaliação das dimensões deste direito.

Como enfatiza Limberger, na Alemanha a proteção aos dados pessoais tem base constitucional não expressa, proveniente da interpretação jurisprudencial do livre desenvolvimento da pessoa humana e sua dignidade, como previsto nos artigos 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental de Bonn, que possuem *status* constitucional, e dispõem, respectivamente, que: “A dignidade do ser humano é inviolável, e é obrigação de todos os poderes estatais respeitá-la e protegê-la.” e “Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não lesem os direitos alheios e não contravenham a ordem constitucional ou os bons costumes.”²¹⁷

²¹³ CANOTILHO, J. J. G. et al. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 508.

²¹⁴ RUARO; RODRIGUES, op. cit., p. 172.

²¹⁵ RUARO; RODRIGUES, loc. cit.

²¹⁶ MAÑAS, José Luis P. El derecho fundamental a la protección de datos personales. In: _____. **Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 10.

²¹⁷ LIMBERGER, 2007b, p. 86.

A discussão sobre essa aplicação, quanto aos dados pessoais exsurge inicialmente de famoso precedente da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), quando em 1983 o governo federal alemão pretendeu conduzir um censo geral da população do país, e do surgimento de grande ressentimento diante do temor de vigilância e do sentimento público de que da forma que estava sendo conduzido resultaria em ilegítima invasão de privacidade.

O questionário aprovado pela Lei do Censo, como é conhecida, previa mais de 160 perguntas, e ainda continha códigos individuais de identificação que poderiam ser mantidos por longo período de tempo, e permitiriam a identificação das famílias que teriam fornecido os dados, e o seu tratamento por métodos comparativos. Logo, não haveria qualquer limitação explícita sobre limites à utilização desses dados, e ficara em aberto a potencialidade lesiva da utilização dessas informações pessoais e sensíveis para fins constitucionalmente ilegítimos e que afetariam a dignidade ou a autodeterminação dos cidadãos alemães.

A Corte julgou inconstitucional parcialmente a referida lei, entendendo que o programa de coleta de dados estabelecido não contemplava um mecanismo de registro e armazenamento desses dados compatível com a dignidade do homem, e tampouco responderia aos imperativos de clareza e proporcionalidade, fazendo falta, também, precauções complementares de direito processual para assegurar a autodeterminação.²¹⁸

Em sua fundamentação a decisão da Corte se baseou nos trabalhos do sociólogo alemão Niklas Luhmann, ao expor este que tais direitos fundamentais têm a função de proteger a diferenciação da sociedade em sub-sistemas. O papel da privacidade, em particular, seria o de proteger a consistência da individualidade, e de garantir a auto-expressão. Privacidade e autodeterminação informacional – enquanto o direito de ter controle sobre seus dados, inclusive quanto aos fins da coleta e os limites de sua utilização – funcionariam como direitos que preveniriam informação sensível da proliferação em outros contextos, condição indispensável para o desenvolvimento individual. Ao mesmo tempo, a autodeterminação seria pré-condição para uma ordem democrática, uma vez que se cidadãos não pudessem antever e controlar o tipo de informação pessoal que estaria livremente disponível, isto possivelmente os inibiria da utilização de suas próprias liberdades.²¹⁹

²¹⁸ LIMBERGER, 2007b.

²¹⁹ “Important parts of the reasoning of the Bundesverfassungsgericht are based on ideas from the sociological systems theory, particularly the works of the late German sociologist Niklas Luhmann. In his works on fundamental rights, Luhmann explains that such rights have the function of guarding the differentiation of society into sub-systems. The role of privacy, in particular, is to protect the consistency of the individuality of the individual, and consistent self-expressions rely heavily on the separation of societal sub-systems. Privacy and informational self-determination guard these separation lines, as they prevent sensitive information from one context (e.g. the working world, medical treatment, family life, etc.) from proliferating into other ones. The protection of personal data is essential for a free and self-determined development of the individual. At

Por sua vez, o modelo estadunidense de proteção dos dados pessoais é focado em vedações a práticas abusivas, com fundamento em um direito à privacidade, mas considerado este em um sentido genérico, como um direito geral da personalidade com ampla margem de aplicação. Não há previsão constitucional explícita, porém, surgem diversos precedentes de jurisdição constitucional protegendo dados pessoais²²⁰ com apoio na 4ª e 14ª emendas constitucionais²²¹, que protegem respectivamente, a inviolabilidade de pessoas, casas, papéis e haveres, contra busca e apreensão arbitrária, e no caso da última emenda, a existência de uma proibição à privação de vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal.

A dispersão norte-americana, fruto também de sua estrutura do *common law*, onde se relacionam diversas fontes normativas estaduais e federais, com precedentes vinculantes, e uma aparente diferenciação cultural estadunidense quanto aos limites da privacidade, parece interferir no aprimoramento sistemático da proteção aos dados pessoais:

Evidentemente, Americanos e Europeus Continentais concebem a privacidade de forma diferente. Defensores da privacidade tentam às vezes minimizar essa diferença. A necessidade sentida por privacidade, eles insistem, é de fato universal, e a única diferença real é que proteções Americanas são o produto de legislação esparsa, menos sistematicamente desenvolvida do que a Europeia, mas que está se desenvolvendo no mesmo sentido. Há certamente alguma verdade nisto: Existem, realmente, importantes similaridades entre os sistemas em cada lado do Atlântico. Qualquer estudo comparativo de legislação sobre privacidade terá que explicar muitas similaridades, mas também diferenças. (Tradução e grifo nossos)²²²

É possível, porém, distinguir as decisões da Suprema Corte Norte-Americana em dois grandes blocos. O primeiro de *privacy of disclosure* (privacidade de divulgação de dados) e o segundo de *privacy of autonomy* (privacidade de autonomia ou autodeterminação). As primeiras baseiam-se na anteriormente mencionada 4ª emenda à constituição, e asseguram a proteção da pessoa, casa e âmbito familiar, tendo por precedente inaugural o caso *Boyd v.*

the same time, the self-determined development of the individual is a precondition for a free and democratic communication order. **If citizens cannot oversee and control which or even what kind of information about them is openly accessible in their social environment, and if they cannot even appraise the knowledge of possible communication partners, they may be inhibited in making use of their freedom.**” (Grifos nossos). HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law And Security Review**, Alemanha, v. 25, n. 1, p. 84-88, 2009.

²²⁰ ZANON, 2014.

²²¹ “Emenda IV: O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas; Emenda XIV: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (UNITED STATES, 1791).

²²² WHITMAN, 2004, p. 1159.

United States, onde fora considerado inconstitucional ato do governo, ainda que amparado por ordem judicial, de adentrar zona de privacidade da pessoa, seja compelindo-a a produzir prova testemunhal contra si, seja intimando-a a apresentar livros e registros negociais particulares.²²³

No precedente em destaque o governo norte-americano acusou o reclamante de haver sonegado o pagamento de impostos quanto à importação de trinta e cinco caixas de vidro, a pena seria o confisco do material. A carga fora apreendida e foram iniciados os procedimentos de desapropriação, durante os quais o governo obteve ordem judicial para determinar a produção de documentos auto-incriminatórios, sob a ameaça da não produção gerar presunção de culpa. Boyd obedeceu a ordem, argumentando, no entanto, a sua inconstitucionalidade.²²⁴

A Corte reconheceu a inconstitucionalidade da determinação, e prosseguiu além, considerando que não seria o rompimento de obstáculos, ou o vasculhamento de gavetas a única forma de ofensa qualificável como *unreasonable search* (busca irrazoável), a essência da proibição estaria na lesão a seus invioláveis direitos à segurança pessoal, liberdade pessoal e propriedade particular.

A *privacy of autonomy*, por sua vez, “[...] garante uma série de liberdades fundamentais, com relação à manifestação de opiniões e associação política. É um direito de resguardo na esfera pessoal, configurando um âmbito negativo, mas também assegura um aspecto positivo em seu exercício.”²²⁵ Os precedentes mais destacados são *Galella v. Onassis* (proveniente da Corte de Apelação do Segundo Circuito), onde se discutia a liberdade de imprensa e a intrusão imoderada por um *paparazzo* na vida da ex-esposa do Presidente John F. Kennedy. Decidira, então, a Corte, em favor da segunda, impondo certas proibições ao fotógrafo quanto a aproximações, obstrução de sua passagem em lugares públicos e qualquer outra atitude que pudesse colocar em risco a integridade física da viúva ou que pudesse provocar algum tipo de constrangimento ou embaraço.²²⁶

Os demais precedentes, já mencionados em capítulo anterior deste trabalho²²⁷, são *Griswold v. Connecticut* e *Row v. Wade*, onde no primeiro a Corte Suprema julgou inconstitucional uma lei que proibia a prescrição e o uso de contraceptivos, reconhecendo um direito à privacidade, especialmente no âmbito do casamento. E no segundo, quando reconheceu a inconstitucionalidade nas legislações estaduais que proibiam o aborto.

²²³ LIMBERGER, 2007b.

²²⁴ KATZ, Stanley N. et al. The Life and Times of Boyd v. United States (1886-1976). **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 76, n. 1, p. 184-212, nov. 1977.

²²⁵ LIMBERGER, 2007b, p. 84.

²²⁶ DOMINO, Jenny Jean; RAZON, Arvin Kristopher A. Open book: an analysis of the celebrity's right to privacy. **Philippine Law Journal**, Quezon, v. 87, n. 4, p. 900-984, set. 2013.

²²⁷ Ver o Capítulo 3.

Merece destaque ainda o esforço conjunto, europeu e norte-americano, para o estabelecimento de uma política uniforme quanto à proteção dos dados pessoais, fomentada por interesses econômicos, que resultou na elaboração pelo Grupo de Trabalho da Comunidade Europeia e pelo Departamento de Comércio norte-americano de uma carta de princípios, semelhante às *guidelines* da OCDE, denominada de *Safe Harbour Privacy Principles*, em 21 de julho de 2000.

Apesar dos esforços comuns, em 6 de outubro de 2015 a Corte de Justiça da União Europeia considerou inválido o referido documento, quando do julgamento do precedente *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, onde um cidadão austríaco apresentou uma reclamação à Comissão de Irlandesa de Proteção de Dados (órgão responsável naquele país pela supervisão da obediência à legislação local e comunitária sobre a proteção dos dados pessoais), em razão das revelações trazidas à tona por Edward Snowden²²⁸ quanto às atividades do serviço de inteligência norte-americano, de que a legislação e as práticas estadunidenses não proporcionariam proteção real contra vigilância ilegal praticada por aquele país, especialmente no tocante aos dados pessoais transferidos e armazenados para os servidores lá localizados.²²⁹

A autoridade irlandesa indeferiu a reclamação, considerando que o *safe harbour* ofereceria proteção razoável, sem examinar as particularidades do caso em discussão, que envolvia dados transferidos pelo sítio de relacionamentos *Facebook.com* para servidores nos Estados Unidos. A Corte entendeu que o mero reconhecimento da existência de um pacto de proteção não poderia eliminar a necessidade de deter a Comissão, segundo a legislação europeia, em especial a Diretiva 95/46/CE/1995, poderes para examinar, com completa independência, se a transferência de dados pessoais para um outro país se adequa às determinações da Diretiva.

Verificou-se, ainda, quando do julgamento, que o *safe harbour* permitiria interferências por autoridades norte-americanas em afronta a direitos fundamentais já

²²⁸ Como relatado no Capítulo 2: “Recentemente fora divulgado ao mundo, pela colaboração de um ex-funcionário da agência de segurança norte-americana, a *National Security Agency* (NSA), de nome Edward Snowden, a existência de um programa desenvolvido por esta, por meio do qual são interceptadas massivamente comunicações entre indivíduos em solo americano e mesmo entre indivíduos no exterior, sem ordem judicial. A justificativa do governo estaria na necessidade de desenvolvimento de estratégias de proteção contra ameaças terroristas, mas é apontada como irreal e desvinculada de qualquer evidência fática, alvejando significativa parcela da população global, sem qualquer correlação com ameaças terroristas concretas ou resultados constatáveis”.

²²⁹ EUROPEAN UNION. Court Of Justice Of The European Union. The court of justice declares that the Commission’s US Safe Harbour Decision is invalid. **Press Release**, Luxemburgo, n. 117/15, 2015. Judgment in Case C-362/14 - Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner. Disponível em:<<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

reconhecidos na União Europeia, inclusive quanto ao acesso generalizado a dados pessoais, o que não seria tolerável diante dos padrões europeus, dificultando e impondo obstáculos ao indivíduo que desejasse se utilizar de remédios legais previstos para a obtenção e retificação desses dados, e geraria obstáculos, igualmente, às próprias autoridades europeias independentes, as quais teriam exatamente a missão de zelar por tal proteção. Por fim, considerou inválido e ilegal o compromisso comum, e determinou à Comissão o exame detalhado das solicitações do requerente.²³⁰

Em um olhar breve e panorâmico sobre os demais países das Américas, interessante quadro produzido por estudo comparativo da Organização dos Estados Americanos²³¹ pontua que, de dezessete países (incluídos os Estados Unidos), todos possuem previsões expressas em suas constituições sobre a proteção à privacidade, 11 (onze) deles possuem previsão do *Habeas Data* como instrumento constitucional que permite o acesso a dados e sua retificação, e 5 (cinco) deles possuem previsões expressas sobre a proteção de dados pessoais (Quadro 1):

[...] diversos países latinos dispõem de mecanismos de proteção aos dados baseados no *Habeas Data*, o qual é um direito constitucional que permite aos indivíduos terem acesso aos seus próprios dados pessoais e o direito de corrigir qualquer informação errada. Diversos países latinos ainda adotaram recentemente legislação específica sobre privacidade/proteção de dados.²³²

Quadro 1 - A proteção dos dados nas américas²³³

Country	Privacy	Habeas Data	Data Protection
Argentina	Yes art. 18	Yes art. 43	No
Brazil	Yes art. 5	Yes art. 5	No
Canada	Yes section 7 & 8	No	No
Chile	Yes art. 19	No	No
Colombia	Yes art. 15	Yes art. 15	No
Costa Rica	Yes art. 24	No	No
Dominic Republic	Yes art. 44	Yes art. 70	Yes art. 44
Ecuador	Yes art 66	Yes art. 94	Yes art. 66
El Salvador	Yes art. 2	No	No
Guatemala	Yes art. 25	Yes art. 31	No
Mexico	Yes art. 6	Yes art. 16	Yes art. 16
Panama	Yes art. 29, 17, 37	Yes art. 44	No
Paraguay	Yes art. 30	Yes art. 135	No
Peru	Yes art. 2	Yes art. 200	Yes art. 2
United States	Yes 4th amendment	No	No
Uruguay	Yes art. 7	No	No
Venezuela	Yes art. 60	Yes art. 281	Yes art. 28

²³⁰ EUROPEAN UNION, 2015.

²³¹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs. **Comparative study:** data protection in the Americas - different existing legal regimes, policies and enforcement mechanisms for the protection of personal data, including domestic legislation, regulation, and self-regulation. Washington, D.C., 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

²³² Ibid.

²³³ Ibid.

Ressalta a literatura que na América Latina já se observa o reconhecimento constitucional da proteção dos dados pessoais, não somente por meio da proteção à privacidade, mas diante de previsões do *Habeas Data*, como instrumento de proteção aos dados pessoais, sendo papel das cortes especificarem as dimensões desses direitos, quando surgem distorções que precisam ser elucidadas, o que, todavia, tem contribuído para o reconhecimento inclusive de um direito autônomo, sendo citada como exemplo decisão da Corte Constitucional Chilena, que reconheceu expressamente a existência deste direito fundamental:

Na América Latina o direito à proteção dos dados pessoais também é constitucionalmente reconhecido. Em geral, as constituições dos países dessa região não apenas reconhecem o direito à privacidade, como dispõem do chamado *habeas data*, o qual visa proteger o direito. O direito existe, com algumas variações, nas constituições da Argentina, Brasil, Colômbia, México, Peru e Venezuela. Mas mesmo nesses países, onde a vagueza conceitual ainda persiste nos textos constitucionais, fora superada pelas cortes constitucionais, no sentido de reconhecerem o direito ao controle da informação pessoal; esse é o caso, por exemplo, de recente decisão do Tribunal Constitucional Chileno que reconheceu expressamente o direito à autodeterminação informacional, mesmo quando não expressa na constituição, ao declarar a inconstitucionalidade de lei que determinou aos cibercafés que armazenassem os dados pessoais de seus usuários para questões de reforço ao combate ao crime. **Comparativamente, o constitucionalismo latino americano tem sido mais eficiente na salvaguarda do direito à proteção dos dados pessoais. Primeiro, por reconhece-lo como autônomo. Segundo, por proporcionar remédios constitucionais para sua proteção [...]** (Tradução e grifos nossos)²³⁴

Acredita-se, assim, que a adequada interpretação constitucional permite no Brasil a extração de direito fundamental semelhante a partir de disposições da Constituição de 1988, mediante procedimento hermenêutico-argumentativo, com o auxílio de precedentes judiciais já existentes, da forma que será em seguida demonstrado, com a clara definição de suas dimensões subjetiva e objetiva ao final.

4.4 A natureza dos direitos fundamentais e o processo hermenêutico de sua construção a partir da Constituição Federal de 1988

Como pressuposto lógico à tentativa de definição de um direito fundamental, cumpre esclarecer o que se concebe seja um direito desta natureza. Como afirma Ney de Barros Bello Filho, é tarefa da dogmática jurídica aplicada aos direitos fundamentais defini-los, de

²³⁴ SILVA, Alberto J. Cerda. Personal Data Protection and Online Services in Latin America. In: FREEDOM OF SPEECH AND INTERNET: ISSUES ON REGULATION IN LATIN AMERICA, 2011, Buenos Aires. **Proceedings**. Buenos Aires: Center For Studies On Freedom Of Expression And Access To Information Of The University Of Palermo Law School, 2011. p. 3. Disponível em: <www.palermo.edu>. Acesso em: 15 nov. 2015.

modo a permitir-se a solução de casos que apresentem diante do jurista para solução e tomada de decisões:

A função de constituir-se em uma técnica científica dos direitos fundamentais é outra função da dogmática jurídica aplicada aos direitos fundamentais. Enquanto sistematização do conhecimento jurídico que possui a função de torná-lo seguro e previsível, a dogmática constitui-se em uma tecnologia apta a ser demonstrada de ensinada como conhecimento individualizável. A praticidade da dogmática, sempre voltada a solução de casos dados, gera esta função técnica que também pode ser descrita como uma vertente pedagógica.²³⁵

Parece acertada a opinião de Sarlet, ao afirmar que a resposta mais adequada a esta indagação – sobre o que seriam direitos fundamentais – deva ser constitucionalmente orientada, uma vez que a própria Constituição de 1988, seguindo o que já havia feito, por exemplo, a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, adere a esta denominação na epígrafe do seu Título II, atribuindo esta valoração àqueles direitos nela relacionados.²³⁶ Por conseguinte, fundamentais seriam os direitos constitucionalmente reconhecidos pelo direito constitucional positivo, delimitados espacial e temporalmente, sendo direitos humanos aqueles direitos reconhecidos na esfera do direito internacional positivo.

Merece consideração, todavia, a denominada cláusula de abertura, presente no parágrafo 2º do Art. 5º da Constituição de 1988, ao determinar que “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²³⁷

A partir desta norma constitucional é possível concluir não haver na Constituição um sistema fechado, onde direitos fundamentais sejam apenas aqueles ali expressos, amalgamando-se, igualmente, pelo menos outras duas categorias de direitos, quais sejam, aqueles oriundos do regime e dos princípios por ela adotados, e os demais frutos de tratados internacionais que a República Federativa haja firmado. Nesse sentido Ingo Sarlet afirma a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, aqueles expressamente positivados e aqueles não expressamente positivados:

Que o conceito de direitos fundamentais da CF não se limita a um conceito formal, abraçando uma dimensão material, também já foi devidamente sinalizado nas colunas anteriores. Uma das faces de tal dimensão material é precisamente representada pela assim chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais, consagrada expressamente pelo artigo 5º, § 2º, da CF, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República

²³⁵ BELLO FILHO, 2006, p. 223.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-46, abr. 2001.

²³⁷ BRASIL, 1988.

Federativa do Brasil seja parte”. Corretamente batizado de uma cláusula inclusiva, que repudia a ideia de uma exaustividade (ou taxatividade) do catálogo constitucional de direitos, o referido dispositivo constitucional segue desafiando doutrina e jurisprudência, especialmente quanto a sua real abrangência e significado. Numa primeira mirada, mantendo aqui o entendimento que de há muito advogamos (ver o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed., Livraria do Advogado Editora), percebe-se que, na perspectiva da mencionada cláusula de abertura, **existem dois grandes “grupos” de direitos fundamentais na ordem constitucional interna brasileira, os direitos expressamente positivados e os direitos implicitamente positivados, como tais considerados os que não encontram referência direta no texto constitucional, de tal sorte que também o conceito material de direitos fundamentais é um conceito de direito constitucional positivo.** (Grifos nossos).²³⁸

Em seguida, enfatiza que o primeiro grupo, de direitos expressamente positivados, se subdivide em três subgrupos, sendo aqueles previstos no Título II da Constituição, aqueles dispersos ao longo do texto constitucional, e os últimos relacionados em tratados internacionais:

Para assegurar um mínimo de clareza convém distinguir, na seara dos direitos “expressamente positivados”, três situações: a) os direitos previstos no Título II da CF, em relação aos quais o constituinte desde logo assegurou a condição de direitos fundamentais; b) os direitos dispersos ao longo do texto constitucional, como poderia ser o caso da garantia prevista no citado artigo 228; c) os direitos expressamente enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. (Grifo do autor).²³⁹

Inolvidável, neste ponto, a disposição constitucional expressa do Art.5º, § 3º, ao afirmar a necessidade de que os tratados de direitos humanos sejam integrados ao ordenamento jurídico nacional por meio de procedimento semelhante ao de emenda constitucional, sob pena de não gozarem de *status* constitucional, mas somente *supralegal*²⁴⁰, o que não os outorgará a

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros direitos fundamentais? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 13 mar. 2015. (Cf: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

²³⁹ SARLET, 2015.

²⁴⁰ Decidiu o STF, ao julgar o RE 466343, que os tratados internacionais em geral, ou seja, excluídos aqueles aprovados nos termos do parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, gozam de hierarquia *supralegal*, revogando assim, com sua aprovação e incorporação ao ordenamento jurídico pátrio outras disposições infraconstitucionais contrárias, o que os faz permanecerem insuscetíveis de revogação por meio de lei infraconstitucional: "Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. [...] Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

condição de direitos fundamentais: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”²⁴¹

Quanto aos direitos não expressos, são eles aqueles que decorrem das demais disposições constitucionais, podendo ser deduzidos de um ou mais direitos, bem como de princípios, por meio de esforço hermenêutico e argumentativo:

[...] abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não direta e explicitamente consagradas pelo texto constitucional, mas que podem ser deduzidos de um ou mais direitos (e mesmo princípios) expressamente consagrados, em geral mediante a reconstrução (ampliação) hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito, como é o caso, entre outros, do sigilo fiscal e bancário, que tem sido deduzido do direito à privacidade.²⁴²

A compreensão da existência e dos limites desses direitos não expressos deve ser realizada pela técnica argumentativa, segundo a busca pelo que Dworkin denomina de integridade, onde o raciocínio do jurista deve atender a um mínimo de duas condições essenciais. Para explicar esse processo, criou o filósofo a metáfora do romance em cadeia. O jurista quando do ato decisório deve-se considerar coautor de uma espécie de romance em cadeia, o autor de um capítulo, entrelaçado aos anteriores, no quais busca significados primários para somente então prosseguir.

Não poderia assim, dentro de um primeiro requisito da adequação, adotar interpretação, por mais complexa que seja, que contrarie totalmente o que qualquer outro autor escreveria na continuação daquela história, ou seja, a dimensão inicial de significados precisa ser mantida, sob pena de total desvirtuamento da interpretação. Isto não significa dizer que sua interpretação deva ser exatamente precisa, podendo apontar erros de raciocínio dos capítulos anteriores, ou tropeços acidentais. A interpretação deve, porém, fluir, no sentido da *ambição literária*, da trama que se descortina, compreendendo todos os aspectos estruturais, e jamais ser fruto de mera discricionariedade ou subjetivismo do julgador ou intérprete:

Pata tanto Dworkin compara o Direito e a literatura. Exemplifica que se cada ator de um romance for responsável por redigir um capítulo, o seguinte deverá retomar a

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...] Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466343, 3 de janeiro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 5 jun. 2009. Relator: Ministro Gilmar Mendes).

²⁴¹ BRASIL, 2009.

²⁴² SARLET, 2015.

história do ponto em que parou o anterior e desenvolvê-la de forma que, ao final, tenha-se um todo harmônico, íntegro, coerente, “como se fosse obra de um único autor, e não como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”. Por isso, cada autor deverá interpretar tudo aquilo que o precede e, a partir de então, contribuir (ampliando, refinando, aparando ou rejeitando o projeto literário) para impelir o romance para esta ou aquela direção. Nesta interpretação, contudo, não há espaços para que a história fique subordinada à intenção de cada autor “porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”. (Grifos do autor).²⁴³

Como ensina Streck, o intérprete deverá evitar uma simples atribuição arbitrária de sentidos ao texto, pois não é possível um método estritamente analítico que obtenha resultados prontos, já que o ponto de partida no texto serve de marco e progride em busca de unidade conceitual, de coerência interna:

Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explícito em meu Verdade e Consenso desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A applicatio evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico.²⁴⁴

A segunda dimensão do raciocínio do jurista exige qual das leituras possível é melhor para a solução do caso em análise, admitindo-se uma unidade oriunda da compreensão de que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios. Neste percurso deverá ser metódico, avaliar todas as possibilidades, tomando suas decisões com base em princípios e não mera política (em um sentido de aquilo que possa ser considerado como melhor em alguma dimensão moral distanciada dos princípios do regime jurídico e constitucional).

É imprescindível, para o ideal interpretativo da integridade, tentar encontrar um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres, e a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade, distinguindo os diferentes aspectos e núcleos protetivos do direito em discussão:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis **tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.** Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. **Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional.** (Grifo nossos).²⁴⁵

²⁴³ LUIZ, Fernando Viera. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 174.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luis. Aplicar "a letra da Lei" é uma atitude positivista? **Revista Nej - Eletrônica**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 159, abr. 2010.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305.

Como destacam Abboud, Carnio e Oliveira, nesse sentido deverá procurar o jurista reconstruir a história jurídica da comunidade.²⁴⁶ Ainda que haja critérios contraditórios para a solução dos problemas, deve-se encontrar uma explicação para tais contradições e demandar que as distinções e determinações produzidas para o caso não se deem ao acaso, mas que se baseiem em razões públicas e justificadas (e grifa-se, constitucionalmente orientadas), de modo que toda resposta do Estado-juiz, na árdua tarefa interpretativa, deve atender a uma lógica coerente de princípios, onde eventuais rompimentos somente poderão ser feitos de forma extremamente delicada, com um enorme ônus argumentativo e de atenção à integridade sistêmica.

Na lição de Barroso, citando Dworkin dentre outros, o processo argumentativo deverá atender ao menos a três etapas bem definidas, de forma a atingir interpretação constitucionalmente adequada, devendo localizar fundamentos normativos em primeiro lugar, em segundo lugar preservar a integridade do sistema e, por último, a interpretação não pode permitir que o intérprete se distancie totalmente no mundo jurídico, distanciando-se dos reflexos de sua conduta no mundo fático e fenomênico, sem significar isto qualquer postura hermenêutica pautada exclusivamente em consequências práticas:

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que lhe dêem sustentação. O intérprete deve respeito às normas jurídicas – i.e., às deliberações majoritárias positivas em um texto normativo –, a dogmática jurídica –i.e., aos conceitos e categorias compartilhados na doutrina e pela jurisprudência, que, mesmo não sendo unívocos, têm sentidos mínimos – e deve abster-se de voluntarismos. Não basta, portanto, o senso comum e o sentido pessoal de justiça: é necessário que juízes e tribunais apresentem elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão. Em suma: a argumentação jurídica deve preservar exatamente o seu caráter jurídico – não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente lógica moral ou política.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema. Isso significa que o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica. Suas decisões, portanto, não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas universalizáveis a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias, bem como inspiradas em razão pública. Além disso, o intérprete deve procurar observar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento. [...]

Em terceiro lugar, o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo). Por certo, juízes e tribunais não podem lançar mão de m argumentação jurídica inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. Pelo

²⁴⁶ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

contrário, devem ser fiéis, acima de tudo, aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar.²⁴⁷

Verifica-se, com salutar destaque, a relevância para uma interpretação constitucional íntegra, do princípio interpretativo da unidade da constituição, o qual define a necessidade de serem vistas as normas constitucionais não de forma isolada, mas como um todo, integradas em um sistema unitário e coerente, dando o todo sentido às partes e vice-versa. Deste princípio, por sua vez, resulta a exigência de concordância prática, ou seja, a determinação ao intérprete, que ao deparar-se com situações de concorrência entre a proteção a bens jurídicos diversos, adote a solução que otimiza a proteção e plena realização de ambos:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas ao como normas isoladas, mas como preceitos integrados no sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. [...]

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimiza a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.²⁴⁸

Feitas essas considerações, deve-se prosseguir, destacando algumas das características intrínsecas dos direitos fundamentais, e que definem seu traço e natureza de fundamentalidade, novamente retornando-se à Constituição de 1988, ao definir, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”²⁴⁹

Tal norma pretende reforçar a compreensão de que os direitos e garantias fundamentais não devem depender de regulamentação infraconstitucional, e que gozam de aplicabilidade imediata, sendo autoexecutáveis; logo, prontos para plena aplicação no resguardo a qualquer situação jurídica. Este dispositivo parece deixar clara a opção do legislador constituinte, de que tais direitos não sejam condicionados à atuação política do legislador infraconstitucional.

Aparentemente, deste comando decorrem ao menos duas consequências inarredáveis: a primeira de que tais direitos não são meros programas para o futuro, ou metas a

²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 344.

²⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

²⁴⁹ BRASIL, 1988.

serem realizáveis quando possível; a segunda, de que a proteção a direitos fundamentais não deve depender de legislação posterior:

Uma das mais significativas inovações trazidas pela Constituição de 1988 é a determinação expressa de que "as normas definidoras dos direitos e [das] garantias fundamentais têm aplicação imediata" (CB, art. 5º, § 1º). O enunciado é conciso, direto e aparentemente de baixa dificuldade para a compreensão. Contudo, o seu significado e alcance normativos, passadas duas décadas de vigência do texto constitucional, ainda são objetos de discussão. Por ora, há consenso em torno de dois pontos. Com esse dispositivo, a Constituição impõe que os direitos e as garantias fundamentais sejam respeitados, protegidos e realizados "aqui e agora". Não são meras recomendações políticas ou morais cujo respeito, proteção e realização podem ocorrer em algum momento futuro conforme os critérios de conveniência e oportunidade dos Poderes Públicos.[36] O segundo ponto de consenso é este: o respeito, a proteção e a realização do conjunto dos direitos e das garantias fundamentais não estão necessariamente condicionados à existência de lei que regulamente as hipóteses e condições de exercício e a intensidade e abrangência dos efeitos desses direitos e dessas garantias. (Grifo do autor).²⁵⁰

A aplicabilidade imediata desses direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, não significa dizer que seu âmbito de aplicação não seja mais ou menos limitado, de acordo com sua forma de positivação, seu objeto e sua função, porém, o preceito determina, na visão de Ingo Sarlet, a obrigação dos poderes públicos de dar máxima aplicação, isto é, sempre atuarem, em qualquer nível, sejam em políticas (Executivo), leis e atos normativos (Legislativo) sejam em interpretações (Judiciário) no sentido de aplicar da forma mais ampla e universalizável possível tais direitos e garantias constitucionalmente previstas:

[...] os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado [...], não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.²⁵¹

Por último, cumpre destacar-se que os direitos fundamentais estão protegidos contra supressões pelo Art.60, parágrafo quarto, inciso IV da Constituição de 1988, sendo dotados de rigidez privilegiada, não sendo possível, mesmo por processo de emenda constitucional, a sua revogação. Ou seja, representam limitação expressa ao poder de reforma constitucional, e ocupam o ponto máximo de rigidez e hierarquia constitucionais:

O fato de o Constituinte ter guindado os direitos fundamentais (pelo menos parte deles para os que advogam uma interpretação restritiva) à condição de limite material expresso à reforma constitucional pode ser considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal das normas que os consagram. Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de "cláusula pétrea", aliada a

²⁵⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: UFC, 2010. p. 4491. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3105.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

²⁵¹ SARLET, 2012, p. 245.

postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art.5º, §1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria. (Grifo do autor).²⁵²

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais surge, igualmente, marca distintiva, que contribui para a compreensão da natureza de tais preceitos. Inicialmente esses direitos implicam em obrigação negativa voltada ao próprio Poder Legislativo, o qual se encontra proibido de legislar em sentido a impor limitações não autorizadas pela própria norma constitucional ou qualquer ato normativo que viole o âmbito de validade do direito. Existe ainda um viés positivo, o qual obriga o legislador a atuar em conformidade com essas normas constitucionais, inclusive no sentido de aperfeiçoar e regulamentar a plena aplicação:

Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição de edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativa. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.²⁵³

Um segundo aspecto da eficácia dos direitos fundamentais diz respeito ao seu efeito vinculante aos poderes públicos, que alcança não somente as pessoas jurídicas de direito público, abrangendo ainda as pessoas jurídicas de direito privado que nas suas relações com particulares dispõem de atribuições de natureza pública, podendo-se citar como exemplo as universidades privadas.²⁵⁴

A vinculação abrange os poderes públicos e os poderes constituídos, próximos aos públicos, por exercerem uma função de natureza pública. Segundo Canotilho, pode-se afirmar que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias.²⁵⁵ As formas de atuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os atos normativos típicos (leis, regulamentos), às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções no mundo fenomênico, nenhum ato das entidades públicas é livre dos direitos fundamentais.

Em terceiro, conforme afirma Novelino²⁵⁶, os direitos fundamentais foram concebidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se às relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado. Esta relação jurídica seria “hierarquizada, de subordinação”, por

²⁵² SARLET, 2012, p. 431.

²⁵³ Ibid., p. 376.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ CANOTILHO, 2003.

²⁵⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

isso denominada de “[...] eficácia vertical dos direitos fundamentais.”²⁵⁷ Assim, o Estado era originariamente o destinatário único das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Todavia, a evolução histórica da sociedade fez com que as ameaças aos direitos fundamentais partissem não somente do poder estatal, mas também de múltiplos atores privados, presentes nas mais diversas áreas, tais como o mercado, as corporações, etc.²⁵⁸

Essas violações reiteradas aos direitos fundamentais por outros atores que não o Estado, fizeram com que a incidência desses direitos fosse direcionada também ao âmbito das relações entre particulares. Passaram a merecer, assim, os direitos fundamentais, aplicação direta em relação a estes, a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que os coloca em situação de igual vinculação e dever de obediência²⁵⁹:

Assim, considerando a moldura axiológica da Constituição de 1988, não vislumbramos nenhuma razão objetiva para excluir a eficácia direta e imediata dos direitos em questão nas relações privadas. Na nossa opinião, os particulares também estão vinculados a estes direitos, como ocorre tanto com o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado (art.225), como com o direito à promoção e proteção do patrimônio cultural (art.215).²⁶⁰

Aduz Sarmiento²⁶¹, todavia, que no tocante aos particulares, o regime de vinculação deve ser diferenciado, uma vez que os particulares não detém poder de polícia²⁶², cujo monopólio pertence ao Estado, não podendo, assim, ser atribuído aos particulares, o dever, por exemplo, de defender bens transindividuais, ou seja, de titularidade coletiva, apesar de ser possível admitir-se um dever de cooperação com o poder público.²⁶³

Como salienta Martins, a tese vigente sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais guarda intrínseca relação, no direito alemão, seu nascedouro, com a proteção da dignidade da pessoa humana, partindo do dever de observá-la e protege-la diante de ofensas praticadas por particulares, com o ajuizamento de ações, e preventivamente, por meio da aprovação de legislação protetiva:

A tese (vigente no direito constitucional alemão), que liga o dever estatal de tutela baseado nos direitos fundamentais à eficácia horizontal direta, parte do princípio de que o Estado é o obrigado, segundo o Art. 1 I 2 GG, a “observar” e a “proteger” a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana tem caráter geral e

²⁵⁷ Ibid, p. 231.

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁵⁹ KLOSTER, Ângelo Márcio. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Virtual da AGU**, ano X, n. 98, p. 1-21, mar. 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²⁶⁰ SARMENTO, op. cit., p. 319.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Na definição de Carvalho Filho: “O Poder de Polícia pode ser conceituado como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.” (CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011).

²⁶³ SARMENTO, op. cit.

absoluto. Uma parte dos autores alemães vêem nos direitos fundamentais, catalogados a partir do Art. 2 GG, desdobramentos da dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado teria, para com cada direito fundamental, os deveres de “observar” e de “proteger”. A observância refere-se à abstenção de comportamento lesivo próprio (pelo Estado, por seus órgãos), ou seja, refere-se à obrigação de não intervenção nas esferas individuais protegidas. A proteção refere-se, ao contrário, à ação a ser impetrada pelo Estado para a proteção ativa dos direitos fundamentais, em face das possíveis inobservâncias por particulares. O Estado é obrigado, pelo dever de tutela, derivado dos direitos fundamentais, a forçar a observância, a forçar a omissão de ação ameaçadora aos respectivos direitos fundamentais, proveniente de particulares. Ele o faz, sobretudo de forma preventiva, por meio do Poder Legislativo.²⁶⁴

4.5 As proteções à dignidade da pessoa humana e à privacidade como premissas do direito fundamental à proteção dos dados pessoais na Constituição de 1988

Após a 2ª Guerra Mundial e seus horrores foi inserida na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de 1948, a dignidade, logo em seu artigo primeiro, ao dispor que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”²⁶⁵

Em seguida, diversas constituições adotaram a mesma fórmula, podendo ser citadas as Constituições da Alemanha (Art.1º, inciso I), Espanha (preâmbulo e Art.10.1), Grécia (Art.2º inciso I), Irlanda (preâmbulo), Portugal (Art.1º); Paraguai (preâmbulo), Cuba (Art.8º), Venezuela (preâmbulo) e Brasil (Art.1º, inciso III). Todas essas Constituições, entretanto, estabeleceram um conceito impreciso e vago, o que já fora objetivo de acentuada crítica, e de esforços no sentido de uma correta delimitação do significado desta disposição constitucional, sob pena de somente servir a dignidade como justificativa para decisões discricionárias, caso sirva indiscriminadamente como fundamento retórico para as mais distintas decisões:

A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões as mais diversas (a substituição, no exercício do direito geral de liberdade, viola a dignidade humana?). A própria questão da colisão intraprincípios em face da pluralidade de compreensão da dignidade da pessoa humana, no contexto de controvérsias constitucionais concretas, torna um modelo de absolutização inadequado. No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça “inerente” a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades. (Grifo do autor).²⁶⁶

²⁶⁴ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 83.

²⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, Art. 1.

²⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 194.

O fato de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, torna imprescindível a sua correta definição, uma vez que

[...] uma constituição que parte da dignidade humana e da sua proteção deve preocupar-se com que essa dignidade (incluindo suas vinculações) seja vista como um objetivo pedagógico. De uma revisão textual da dignidade humana deriva sua condição de objetivo pedagógico e educativo.²⁶⁷

Sem justificar arbitrariedades ou a desconsideração a outras regras e princípios, mas como fundamento bem definido do sistema de direitos fundamentais, verdadeira fonte jurídico-positiva – inclusive daqueles não expressos – sempre guardando respeito à unidade constitucional e à busca pela coerência contextual e integridade:

Neste sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados. Entre nós, sustentou-se recentemente que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência.²⁶⁸

É constante na literatura a referência à obra de Immanuel Kant, filósofo alemão, como nascedouro moderno da noção de dignidade da pessoa humana. Na segunda seção da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant afirma: “[...] age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio.”²⁶⁹ É neste ponto que afirma que os seres humanos teriam dignidade, o que os colocaria acima de qualquer preço ou valor.

Kant é identificado como autor de uma ética de teor antropocêntrico acentuado. Isso se deve ao fato de que somente o ser humano possui dignidade (em função da sua racionalidade), ocupando assim um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. As coisas possuem valor ou preço.²⁷⁰

Porém, como destaca Cristian Starck, uma mera referência a bases filosóficas é insuficiente para a definição precisa dos contornos da dignidade da pessoa humana, uma vez que diversas doutrinas filosóficas identificam e compreendem a dignidade de forma diversa, provocando grave celeuma teórica, e tornando imprestável a rápida referência à filosofia, como ponto seguro de partida para uma concepção aceitável e imune a graves controvérsias, a qual somente poderá ser construída sistematicamente a partir da própria constituição, identificando-

²⁶⁷ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 2. p. 49.

²⁶⁸ SARLET, 2012, p. 109.

²⁶⁹ KANT, 2009, p. 28.

²⁷⁰ DALSSOTTO, Lucas Mateus; CAMATI, Odair. Dignidade Humana em Kant. **Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia**, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 129-130, 2013. (Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

se nela, o viés filosófico que tomou para si, em correlação com as demais disposições nela constantes:

As diferentes doutrinas filosóficas e cosmovisões entendem e definem a dignidade humana de modo diverso. Há “conceitos de dignidade” cristãos, humanístico-iluministas, marxistas, teórico-sistemáticos e behavioristas. Resta impedida, por isso, uma referência ingênua “aos filósofos”, “às tradições filosóficas” “ao direito natural” ou algo equivalente. Interpretação constitucional não é Filosofia. Da mesma forma não é admissível rápida referência a uma construção filosófica como ponto de partida para a interpretação constitucional, tampouco é admissível a resignação cética em relação à multiplicidade das imagens filosóficas do homem. [...] Pois bem, pela interpretação, deve-se tentar obter um conceito constitucional da dignidade humana. É plenamente concebível que a Constituição como todo, isto é, por meio da interpretação sistemática, dê a entender claramente qual o conceito filosófico de dignidade humana ela segue em termos de linha de desenvolvimento histórico. (Grifos do autor).²⁷¹

Na tentativa de delimitar o alcance da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento de direitos fundamentais, afirma João Costa Neto, em análise de posição da Corte Constitucional Federal Alemã, que, com base na dignidade da pessoa humana, naquele país, o sujeito não pode ser identificado como mero instrumento da sociedade, devendo ser reconhecido em uma perspectiva igualitária, como um dos membros da coletividade, titular do direito a se autodeterminar, a saber promover suas próprias escolhas de vida, cuja individualidade somente poderá sofrer interferências quando e na forma que constitucionalmente admitidas:

Neste contexto, a dignidade humana (*Menschenwürde*), para o BVerfG (45, 187), implica o direito do indivíduo de, “(...)em liberdade, determinar-se a si mesmo e desenvolver-se” (*in Freiheit, sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten*). O indivíduo deve ser compreendido como alguém que vive em sociedade e que encontra nela seus limites, porém a independência da pessoa deve permanecer garantida (*doch muss die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben*). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco em condições de igualdade e com direitos iguais (*als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss*). Tornar o ser humano mero objeto do Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (*Eswiderspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen*).²⁷²

Ou seja: “Ninguém pode ser tratado aquém de certos limites mínimos. Ela institui, outrossim, uma proteção do *status* de sujeito materializada por meio de uma preservação da autonomia.”²⁷³ Parece conformar-se a noção com a opinião de Dworkin, ao enfatizar que a dignidade estaria fundada, em uma de suas vertentes, no princípio da responsabilidade pessoal, o qual:

²⁷¹ STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 2. p. 201.

²⁷² COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

²⁷³ COSTA NETO, op. cit, p. 36.

[...] sustenta que cada pessoa tem uma responsabilidade especial na consecução do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o emprego de seu juízo para estimar que classe de vida seria para ela uma vida bem sucedida. **A pessoa não deve aceitar que nenhuma outra pessoa tenha o direito de lhe ditar esses valores pessoais ou impô-los sem seu consentimento.** [...] Mas, esse respeito deve ser fruto de sua própria decisão; tem que refletir seu juízo mais profundo sobre como desempenhar sua responsabilidade soberana por sua própria vida. (Grifos nossos).²⁷⁴

Como arremata Omatti, o respeito à dignidade supera o simples respeito à privacidade do indivíduo, o que pode ser visto como mera proibição de não interferência, para além, seu respeito cumpre atender à exigência de igual tratamento a todos e de responsabilidade individual, no sentido de direito de autodeterminação como igual, de fixação de seus próprios objetivos de vida, de suas metas e perspectivas pessoais de crescimento:

A dignidade humana teria duas dimensões: a primeira ressalva a igual importância que todos temos que assegurar a toda e qualquer vida; a segunda ressalta a ideia de responsabilidade individual. De acordo com o autor, apesar das divergências sobre o sentido da dignidade, todos poderíamos concordar com esses dois conteúdos mínimos. Repise-se: toda vida merece ser vivida e respeitada e que os indivíduos devem se responsabilizar pela vida que levam.²⁷⁵

Com o objetivo de proteger esta esfera de autonomia, no direito alemão, no que parece totalmente compatível com a Constituição de 1988, proíbe-se inclusive a divulgação da palavra proferida na esfera da privacidade do interlocutor, garantindo-se o direito do próprio autor de decidir de que forma deseja se manifestar diante da sociedade, e em que momento.

Por consequência, decorrem desta proibição quanto à interferência na autonomia do sujeito três corolários. O primeiro destaca a existência de um direito à proteção da esfera privada, secreta e íntima; o segundo, um direito à proteção da dignidade enquanto honra ou atributos pessoais, como a voz e a imagem; o terceiro a dimensão da veracidade, qual seja: de não ter atribuídos a si informações irreais, da qual decorre o dever de transparência, isto é, de acesso a esses dados pelo seu titular, única forma de verificação dessas informações e de sua autenticidade:

(1) Um direito à esfera privada, secreta e íntima; (2) o direito à honra e à disposição dos atributos pessoais, tais qual imagem, voz, etc; (3) o direito de não receber falsas imputações, como a de ter ações não praticadas ou palavras não proferidas falsamente atribuídas a si.²⁷⁶

Aproxima-se neste ponto a dignidade à privacidade. Esta se relaciona, como acentuado anteriormente no Capítulo 3, com a proteção do indivíduo desde o momento do surgimento da ideia, quando no âmbito ainda mais íntimo esta surge em âmbito menor, ainda

²⁷⁴ DWORKIN, 2008 apud OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014. p. 32.

²⁷⁵ Ibid., p. 31.

²⁷⁶ COSTA NETO, 2014, p. 109.

privado, em um círculo restrito de pessoas – e segue, dando guarida à promoção desta ideia, e ao seu uso adequado, protegendo o autor intelectual da apropriação do pensamento por via da coleta indevida de dados, e assegurando o sigilo nos limites que necessários para o sujeito.

Dessa simbiose de proteção à dignidade da pessoa humana e proteção à privacidade pode ser inferido, a partir de uma leitura unitária, sistemática e íntegra da Constituição de 1988, um direito fundamental à proteção dos dados pessoais, não expresso, porém, corolário de direitos expressamente consagrados no rol positivado na Constituição Brasileira, e consubstanciado como proteção frente às agressões à dignidade e à privacidade da pessoa, provenientes do uso ilegítimo de dados: “A intimidade deriva da dignidade humana, é um direito fundamental que integra a personalidade. Das relações da Informática e a intimidade se desenvolve a autodeterminação informativa.”²⁷⁷

Como destaca com extrema clareza Ingo Sarlet, a dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, uma vez que impõe deveres negativos, de não permissão de interferência pelo governo ou particulares, sejam corporações ou outros indivíduos, e deveres positivos, de prover meios que protejam e proibam as interferências ilícitas dos mesmos.²⁷⁸

Gera ainda, neste cotejo sistemático com outras disposições constitucionais e diante dos crescentes desafios da realidade, novos direitos fundamentais, protegendo, por exemplo - no que é pertinente a este estudo, em interpretação correlacionada com a inviolabilidade da privacidade - contra exposições desnecessárias oriundas da divulgação de dados pessoais e da intromissão em sua esfera de individualidade e autodeterminação de controle desses dados; a correção desses dados, e os limites de sua utilização direta ou em segundo grau²⁷⁹:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que **a dignidade gera direitos fundamentais** (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a grave ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, **dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.** (Grifos nossos).²⁸⁰

²⁷⁷ LIMBERGER, 2007b, p. 119.

²⁷⁸ SARLET, 2012.

²⁷⁹ Refere-se aqui à utilização de dados por sujeitos diferentes daqueles que os captam, sem a aquiescência do titular ou muitas vezes sua própria ciência, problema exposto no Capítulo 2.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ et al. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 12. p. 32.

Como defende Limberger, ainda que não haja previsão constitucional expressa sobre um direito à proteção dos dados pessoais, como na Espanha ou em Portugal,

[...] a partir de dispositivos constitucionais, é possível construir alguma proteção legal, como o habeas data (art.5º, LXXII, CF); a proteção à intimidade e à vida privada (art.5º, X), a inviolabilidade das comunicações (art.5º XII) e a proteção ao consumidor (art.5º, XXXXII, CF).²⁸¹

Compreende-se, todavia, que a autora fora tímida²⁸² em sua afirmação, por ser possível a construção de verdadeiro direito fundamental, com dimensões corretamente delimitadas, que não seja aplicável somente às relações de consumo, mas aos indivíduos em geral, sob a égide da Constituição de 1988, a qual por meio de disposições distintas termina por englobar a necessária proteção desse direito:

A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro não se estrutura a partir de um complexo normativo unitário. A Constituição Brasileira contempla o problema da informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade. Além disso, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), veja-se especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como instituiu a ação de habeas data (art. 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais.²⁸³

Ensina Sarlet que a evolução no sentido da construção de novos direitos se processa paulatinamente, não apenas pela inclusão por meio de mecanismos constitucionais de reforma, como emendas à constituição, mas principalmente no nível do que denomina de *transmutação hermenêutica*, ou seja: pelo reconhecimento de novos conteúdos e funções a partir de direitos fundamentais já consagrados, e que possuem, todavia, outras dimensões exploráveis.²⁸⁴ Os direitos fundamentais são assim uma categoria materialmente aberta e mutável no sentido de garantirem progressivamente maior proteção a posições jurídicas consentâneas com a evolução societária:

Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em um nível de uma transmutação hermenêutica e da criação

²⁸¹ LIMBERGER, 2007b, p. 224.

²⁸² A mesma autora já havia em trabalho anterior afirmado a necessidade da delimitação deste direito novo, equivocando-se, todavia, ao afirmar sua inexistência, no que parece confundir a existência de um direito fundamental com a sua previsão expressa: “No Brasil, a solução ideal seria a previsão do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e a elaboração de legislação ordinária específica neste aspecto e no comércio eletrônico, mas enquanto isso não ocorre, é importante trabalhar com os mecanismos legais que dispomos, revitalizando-os, quais sejam: a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor.” (LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.

²⁸³ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 103, dez. 2011.

²⁸⁴ SARLET, 2012.

jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Com efeito, basta aqui uma referência ao crescente controle do indivíduo por meio dos recursos da informática, tais como redes e bancos de dados pessoais [...]²⁸⁵

Concorda-se com Zanon, ao salientar a necessidade de se pensar em um novo direito.²⁸⁶ O conteúdo da proteção à privacidade, ou a dignidade da pessoa humana, pensados isoladamente, não se amoldam adequadamente à tutela jurídica da proteção dos dados pessoais, proteção esta que detém especificidades que precisam ser identificadas, por meio da definição de suas dimensões subjetiva e objetiva, e uma área própria de atuação. Não se trata de apenas proteger a intimidade, ou a vida privada, mas significa ir além disto, para permitir ao sujeito se autodeterminar dignamente, por meio do controle dessas informações e a forma que são utilizadas e expostas na sociedade contemporânea, diante dos riscos concretos já expostos no Capítulo 2.²⁸⁷ No mesmo sentido aponta Stefano Rodotá:

É exatamente daí que nasce a invocação de um verdadeiro e pleno *habeas data*, indispensável desenvolvimento daquele *habeas corpus* do qual historicamente se desenvolveu a liberdade pessoal e que se expressava no solene compromisso de não tocar ou destruir o corpo físico. “Não colocaremos as mãos sobre você”, lê-se na Magna Carta. **Precisamos ir na mesma direção para o corpo eletrônico e as informações que o constituem. Não é por acaso que se sublinha que o reconhecimento mais difundido à proteção dos dados pessoais como direito fundamental e autônomo, nas constituições de um número crescente de países e no artigo 11 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, determinou uma verdadeira “constitucionalização” da pessoa. Passamos da consideração da privacidade como pura expressão de uma necessidade individual à sua colocação no quadro da nova “cidadania eletrônica”. Encontramo-nos, assim, frente a um novo e essencial aspecto da liberdade individual e coletiva, a uma insuprimível garantia contra qualquer forma de poder, quer seja público quer privado.** (Grifos do autor).²⁸⁸

Na seara jurisprudencial há importantes precedentes reconhecendo fundamentos constitucionais para a proteção dos dados pessoais no direito à privacidade e na dignidade da pessoa humana, e relacionando-os com legislação infraconstitucional, merecendo destaque recente decisão do STJ, em Recurso Especial (REsp.) Repetitivo n.º 1.419.697/RS, de 17 de novembro de 2014 (2013/0386285-0) onde atenta aquela corte para a proibição constitucional de divulgação de dados sensíveis, e o dever de veracidade, intrínseco à determinação da identidade do sujeito enquanto membro da comunidade. *In Verbis*:

A vedação de utilização de dados sensíveis busca evitar a utilização discriminatória da informação, conforme claramente definido pelo legislador como aqueles

²⁸⁵ Ibid., p. 53.

²⁸⁶ ZANON, 2014.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ RODOTÁ, Stéfano. **Globalização e o Direito**. Rio de Janeiro, 2003. p. 10. Palestra. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoDireito.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2015.

“pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”
Desse modo, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se devidamente regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (v.g. informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (v.g. deveres de clareza, objetividade e veracidade).²⁸⁹

Em precedente mais antigo o STJ havia reconhecido um novo significado à proteção da privacidade, enquanto relacionada à proteção dos dados pessoais, acenando para uma necessária evolução jurisprudencial e de compreensão deste direito, não sendo assim olvidável o REsp. nº 22.337, de 20 de março de 1995 Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, que propõe esta reflexão em um sentido construtivo de um novo direito. *Ipsis litteris, verbum ad verbum*:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado de diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, público ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador. Nos países mais adiantados, algumas providências já foram adotadas. Na Alemanha, por exemplo, a questão está posta no nível de garantias fundamentais, com o direito de autodeterminação informacional (o cidadão tem o direito de saber quem sabe o que sobre ele), além da instituição de órgãos independentes, à semelhança do ombudsman, com poderes para fiscalizar o registro de dados informatizados, pelos órgãos públicos e privados, para garantia dos limites permitidos na legislação [...]. **No Brasil, a regra do art. 5º, inc. X, da Constituição de 1988, é um avanço significativo.** (Grifos nossos).²⁹⁰

O STF, em outro precedente, percebeu a necessidade de se pensar a proteção dos dados pessoais na sociedade de informações a partir da proteção constitucional da privacidade, mas reconheceu a existência de um verdadeiro e autônomo direito fundamental constitucionalmente assegurado de acesso e a retificação de dados pessoais:

O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão. Coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões. **O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende, pois, a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos,**

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Repetitivo nº 1.419.697/RS, de 17 de novembro de 2014 (2013/0386285-0). **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, DF, 2014c.

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 22.337/RS, de 20 de março de 1995. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1995.

formulações, sendo todos e cada um responsável pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem. (Grifo nosso).²⁹¹

Anteriormente à definição mais precisa deste novo direito fundamental, imprescindível à análise do marco auxiliar na sua compreensão que é o *Habeas Data* e as disposições que o acompanham no art.5º, inciso LXXII, alíneas *a* e *b* da Constituição de 1988.

4.6 A previsão na Constituição de 1988 do *Habeas Data* como marco auxiliar na compreensão do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e instrumento voltado a sua proteção

O *Habeas Data*²⁹² está previsto na Constituição de 1988 em seu art.5º, inciso LXXII, ao afirmar, que

[...] conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.²⁹³

Apesar de desconhecido em países como os Estados Unidos, o *Habeas Data* é comum a diversas constituições latinas, cujos países compartilham o passado de sobrevivência a décadas de tortura e terror sob regimes ditatoriais, servindo este instrumento como garantidor do acesso à informação pessoal colecionada por agentes públicos ou privadas (que exerciam atividades públicas) e ainda, para o fim de contestar tais informações, urgindo os Estados a assegurar a privacidade e precisão daquelas informações por alguma razão armazenadas²⁹⁴:

No Brasil, durante os governos discricionários que se sucederam ao longo de duas décadas, razões bem fundadas fizeram surgir, ou aumentar, uma inquietação relativamente nova, ou quando menos revestida de nova forma. Informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais e passaram a oferecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias. Tais critérios eram insuscetíveis de objeção e discussão, até pelo simples e óbvio motivo de que os interessados não tinham acesso aos dados constantes dos registros. Ninguém pode sequer tentar demonstrar a falsidade ou incorreção de

²⁹¹ BRASIL, 2015a.

²⁹² O remédio constitucional cuja nomenclatura que significa textualmente *tenha os dados*, fora incluído na Constituição de 1988 aparentemente por sugestão do Professor da Universidade de São Paulo, José Afonso da Silva (RAMOS, Anna Lorem. The writs of amparo and habeas data: judicial approaches to human right implementation in the Philippines. **Philippine Law Journal**, Quezon, n. 87, p. 87-109, 2011; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Habeas Data Brasileiro e sua lei regulamentadora. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 16-37, 1998).

²⁹³ BRASIL, 1988.

²⁹⁴ Informação destacada em gráfico no item 4.2 (GONZALEZ, Marc-Tizoc. Habeas Data: comparative constitutional interventions from latin america against neoliberal states of insecurity and surveillance. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 90, n. 2, p.641-670, 2015).

algo que ignora em que consiste... Situação desse gênero foi literariamente imortalizada pela pena de Kafka.²⁹⁵

Suas origens mais remotas parecem estar em obra de Vittorio Frosini, ao considerar o autor que "[...] poder-se-ia dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos é necessário hoje um *Habeas Data*, um reconhecimento do direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais, assim como ele tem o direito de dispor livremente do próprio corpo."²⁹⁶, ou ainda, em 1973, ao mencionar Stefano Rodotà²⁹⁷ um direito a um *habeas scriptum*, uma espécie de sinônimo para o *Habeas Data*, e por último, como trabalhos seminais a referir o instituto, no mesmo ano de 1970, os escritos de Steven Weber (publicado na conceituada *University of San Francisco Law Review*, denominado *Habeas Data: The right of privacy versus computer surveillance*) e Alan Westin, ao afirmar, em trecho quase profético, que “Talvez precisemos hoje de uma espécie de ação de ‘Habeas Data’ – que obrigue tanto o governo como corporações privadas a revelar as informações que eles coletaram e que estão utilizando para realizar julgamentos sobre um indivíduo, e a justificar o porquê de fazê-lo.”²⁹⁸

Verifica-se, assim, que surge como garantia constitucional potencialmente voltada a assegurar ao titular de dados pessoais o acesso a tais informações concernentes a sua pessoa, estejam elas em registros ou bancos de dados, sejam de entidades governamentais ou não, sendo empregável igualmente para a correção desses dados, exceto se o titular preferir utilizar outro meio sigiloso, seja ele judicial ou administrativo.

É expressão assim da preservação do direito à intimidade, porém, em um outro viés, ou seja, não se nega o acesso a dados por esta via, pois a princípio se proporcionaria ao sujeito a faculdade do conhecimento daquilo que outros sabem ou supõem saber a seu respeito, assim como a possibilidade de se contestar a exatidão de referida informação, e, sendo o caso de incorreção, sua retificação.

No tocante ao sujeito que pode ser demandado quanto à obrigação de prestar esses dados ou corrigi-los, deixa clara a literatura sobre o tema, em leitura extremamente próxima do

²⁹⁵ MOREIRA, 1998, p. 19.

²⁹⁶ DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento jurídico brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 9, p. 20, 2008.

²⁹⁷ RODOTÁ, 2003.

²⁹⁸ WESTIN apud WHITE, Peter T. Behold the computer revolution. **National Geographic**, Washington, D.C., p. 630, nov. 1970. Disponível em: <<http://blog.modernmechanix.com/behold-the-computer-revolution/1/#mmGal>>. Acesso em: 20 nov. 2015 (Cf.: DONEDA, 2008; DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro e a ação de Habeas Data. **Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 128-142, 2009. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/viewFile/12297/30655>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

texto constitucional, que não somente aquelas entidades governamentais, que detenham os dados, mas também os particulares cujos bancos de dados tenham caráter público, são passíveis de figurar como sujeito passivo do *Habeas Data*. Entidades governamentais significam “[...] qualquer dos poderes, Legislativo, Executivo ou Judiciário, qualquer dos órgãos do Estado, civis ou militares, qualquer das subjetivações que o Estado se revista, no seu processo de descontração ou descentralização.”²⁹⁹, alcançando assim autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações de matriz estatal.

Por sua vez, a natureza pública do banco de dados mantido por particular resta definida a partir da circunstância de serem tais dados armazenados com o intuito de serem fornecidos a terceiros, assim, “Entidade de caráter público, a nosso ver, é aquela que possui registros de assentamentos pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções e tomar decisões [...]”³⁰⁰:

A idéia essencial, como se vê, é a da comunicabilidade a terceiros: se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados para seu próprio e exclusivo uso, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos. Note-se, porém, que a lei não reclama a transmissão atual: contenta-se com a possibilidade dela. Isso reduz consideravelmente a área excluída da proteção, na qual só acharão espaço as situações em que fique clara a impossibilidade da comunicação a terceiros pela entidade depositária das informações.³⁰¹

Esta igualmente é a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho e outros: “Registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade [...]”³⁰².

Recentemente o STF, em importante precedente, reforçou a legitimidade ativa de pessoas físicas ou jurídicas para a utilização da ação constitucional, assim como asseverou ser o *Habeas Data* hábil instrumento para a garantia do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, ao afirmar que “Insere-se, aqui, o objeto a que se destina a garantia constitucional do *habeas data*, ao assegurar o direito fundamental das pessoas de ter ciência de todas as informações subjetivas armazenadas junto às entidades governamentais ou de caráter público.”³⁰³

²⁹⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 94.

³⁰⁰ CALMON DE PASSOS, loc. cit.

³⁰¹ MOREIRA, 1998, p. 22.

³⁰² CANOTILHO et al., 2013, p. 487.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 673.707/MG, de 20 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25245100/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-673707-mg-stf>>. Acesso em: 6 out. 2015.

Impossível olvidar-se a particular relação deste instrumento constitucional com a proteção dos dados pessoais na modernidade líquida. Por óbvio, que uma leitura constitucional mais coerente com a inviolabilidade da privacidade, com a dignidade humana e o seu corolário mais próximo, qual seja: o direito à autodeterminação, significam, também - e neste ponto pretende-se ir adiante do que é comumente narrado pela doutrina pátria - a possível utilização do *Habeas Data* para outros fins próximos, como a exclusão de tais bancos de dados sensíveis³⁰⁴, ou a proibição da formação de bancos voltados a objetivos constitucionalmente inaceitáveis, como se pode exemplificar, o de instituições financeiras que pretendessem firmar banco comum de consumidores negativados por prazo maior do que a lei permite a manutenção desses dados, ou cadastro mantido por empregadores que pretendessem criar uma lista negra de empregados que já ajuizaram ações trabalhistas, funcionando nesta hipótese como um meio hábil à imposição de tutelas inibitórias³⁰⁵, ou de não fazer.

Doneda³⁰⁶, ao criticar a miopia da visão binária (a partir da qual bastaria falar-se em dados de acesso e armazenamento permitidos ou proibidos sem a discussão precisa sobre as dimensões do direito ou mecanismos que garantam sua eficácia), e discutir a aplicação do *Habeas Data* na cultura jurídica brasileira, apesar de expressar enfático pessimismo quanto à conjuntura da proteção de dados pátria, acentua no sentido do posto de vista deste trabalho, afirmando a necessidade de uma evolução, no que se poderia dizer, com Dworkin, em uma atitude interpretativa que procura atribuir um significado à prática que permita vê-la sob sua melhor luz e, então, reestruturá-la à luz deste significado; portanto, compreendendo-se que “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.”³⁰⁷:

No estado atual da consolidação da proteção de dados pessoais no ordenamento e na própria cultura jurídica brasileira, o esforço a ser empreendido pela doutrina seria primeiramente o favorecimento de uma interpretação mais fiel ao nosso tempo para os incisos X e XII do art. 5º, isto é, reconhecendo a íntima ligação que passam a

³⁰⁴ Como já se afirmou no Capítulo 2 deste trabalho, dados sensíveis são “[...] aqueles referentes à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical ou associativa, bem como os relativos à saúde ou sexualidade.”, os quais se compreende, que em razão de seu caráter mais íntimo ao sujeito, podem torná-lo mais vulnerável a lesões, como preconceito ou discriminação de qualquer índole (LIMBERGER, 2007b, p. 203).

³⁰⁵ Na lição de Marinoni: “A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não –patrimonial.” (MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>>. Acesso em: 20 nov. 2015; Cf.: TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001).

³⁰⁶ DONEDA, 2009.

³⁰⁷ DWORKIN, 2014, p. 112.

ostentar os direitos relacionados à privacidade e à proteção de dados, aliás como única forma de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Infelizmente os problemas e os riscos relacionados à informação pessoal são demasiadamente complexos para poderem serem submetidos às referidas rotulações binárias com as quais tão freqüentemente demandas pontuais são resolvidas sem que a grande questão de fundo seja tocada – qual a real expectativa de privacidade que o cidadão brasileiro pode ostentar em relação aos seus dados pessoais?³⁰⁸

O sistema jurídico argentino, a partir de uma melhor compreensão da utilidade do *Habeas Data*, como instrumento, e na formação material, como marco interpretativo, de um direito à proteção dos dados pessoais, bem como pela aprovação de lei infraconstitucional específica, parece haver evoluído mais amplamente que o sistema brasileiro, próximo ao significado veiculado neste trabalho. Por esta razão, fora a Argentina aceita como o primeiro país latino americano, um dos poucos do mundo fora da União Europeia, como detentor de um sistema de proteção de dados pessoais adequado e compatível com a anteriormente mencionada Diretiva 95/46/CE/1995.³⁰⁹

Naquele país, o *Habeas Data* é remédio constitucional apto a permitir o acesso, a retificação, atualização ou supressão de dados pessoais. Possibilitando a definição e sedimentação de um direito a questionamentos sobre possíveis armazenamentos, sua extensão e propósito, assim como informações sobre as fontes originárias de tais dados, e os métodos de captação utilizados, devendo a resposta a tais inquirições ser compreensível, e promovida dentro de prazo razoável, da forma mais conveniente ao solicitante. Caso haja qualquer violação ao direito, a ação poderá ser utilizada.³¹⁰

Acredita-se, assim, que a compreensão mais adequada da garantia do *Habeas Data*, também no Brasil, como disposta na Constituição Federal de 1988, projeta e torna disponível, na atual sociedade da informação, em consonância com a inviolabilidade da privacidade e da dignidade da pessoa humana, um instrumento amplo de acesso, e retificação de dados pessoais,

³⁰⁸ DONEDA, op. cit, p. 140.

³⁰⁹ GAKH, Maxin. Argentina's Protection of Personal Data: Initiation and Response. *IS: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Columbus, v. 2, n. 3, p. 781-802, 2006.

³¹⁰ “The rights vested in the data owner are the right to information, the right to access, and the right to rectification, updating, or suppression. The right of information simply allows data owners to inquire about and confirm the existence of their personal data, and creates a right to know the purpose for which that data is kept, as well as disclosure of the parties responsible for it. The right of access, on the other hand, actually permits data owners to request and obtain their personal information and requires data users or persons responsible to provide it within ten days or face a potential habeas data action. The right of access also allows data owners to inquire about the purpose for which and the methods in which the personal data was obtained and its destination. The information provided to the data owner must be comprehensive and must be communicated clearly in the format most convenient for the data owner. The "rectification, updating, or suppression" right, in contrast, creates a right for data owners to control the accuracy and amount of information available about them and places an obligation upon the data user or party responsible to either correct or keep confidential information upon the data user's request. **The consequence of non-compliance is a potential habeas data claim.**” (Grifos nossos).GAKH, 2006, p. 796.

apto a tutelar o direito à proteção, o qual inclui, inclusive, a imposição de limites à coleta e armazenamento desses dados, bem como restrições às possíveis finalidades de retenção e tratamento de informações.

4.7 Dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental à proteção dos dados na Constituição de 1988

Os direitos fundamentais têm assumido nas democracias contemporâneas condição polifacética ou multifuncional. Isto significa dizer que precisam criar e manter condições mínimas para servir, simultaneamente, de escudo contra interferências arbitrárias do Estado e de terceiros, e ao mesmo tempo devem impulsionar todo comportamento público – e em certa medida as posturas de particulares, atentando-se aos limites já discutidos da eficácia horizontal – no sentido da construção de políticas públicas e meios jurídicos aptos a permitir o correto funcionamento de toda a complexa engrenagem que é o Estado Democrático de Direito.³¹¹

Forjam assim não só direitos subjetivos dos indivíduos, mas princípios, verdadeiras diretrizes nas quais devem pautar-se para a formação do Estado constitucional. Tais dimensões são autocondicionantes, ou seja: alimentam-se mutuamente, garantem liberdade ao afirmarem limites, e impulsionam a consecução progressiva de direitos e garantias fundamentais, ao imporem escopos e parâmetros a serem observados, seguidos e alcançados:

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade. A disposição expressa na Lei Fundamental (art.1, II) que considera essas garantias como fundamento de qualquer comunidade humana (*Grundlage jeder menschliche Gemeinschaft*) ressalta exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (9CF, art.60, §4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica.³¹²

Martins aponta na doutrina e jurisprudência alemãs a existência de três aspectos pertencentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo elas: a) o caráter de normas de competência negativa, a saber, “[...] aquilo que está sendo dado ao indivíduo, em termos de liberdade para a ação e em termos de livre arbítrio, está sendo, objetivamente, retirado do Estado, em termos de atribuição de competência.”; b) como critério para a interpretação e configuração do direito infraconstitucional, “[...] obrigação estatal de interpretar e aplicar todo

³¹¹ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120-121.

o direito infraconstitucional, sobretudo por intermédio das assim chamadas cláusulas gerais, como a boa fé no direito civil, de modo consoante aos direitos constitucionais.” Aponta-se, ainda, que desse aspecto decorre “[...] a necessidade do poder público de, dentro de um universo de interpretações possíveis, escolher sempre aquela que melhor se coadunar às prescrições dos direitos fundamentais.” Por último, c) o dever estatal de tutela (*staatliche Schutzpflichten*), a obrigação estatal de “[...] proteger ativamente o direito fundamental, ou seja, de proteger o seu exercício contra ameaças de violação provenientes de particulares.”³¹³

A definição dessas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais decorre da teorização do publicista alemão Georg Jellinek, ao em sua obra *Sistemas dos Direitos Subjetivos Públicos* (*System der subjektiv öffentlichen Rechten*) formular concepção, de acordo com a qual todo indivíduo estaria vinculado ao Estado por meio de quatro espécies de situações jurídicas, ou *status*, os quais seriam situações jurídicas ou Estados no qual se encontram os indivíduos e que dariam significado a esta relação indivíduo-Estado.³¹⁴

O *status* passivo ou *status subjectionis* se caracterizaria pela subordinação do indivíduo aos poderes estatais, como detentor de deveres/obrigações, e não de direitos, querendo dizer que o Estado teria a competência de vincular os cidadãos por meio de mandamentos ou proibições. Para além desse *status*, por ser dotado de personalidade o indivíduo detém igualmente um *status negativus*, uma esfera individual de proteção, de liberdade e imunidade perante o próprio Estado, deixando clara, assim, a existência de limitações ao poder deste de interferência nos assuntos particulares.³¹⁵

O terceiro *status* e que complementaria os anteriores, seria o *status positivus* ou *status civitatis*, o qual asseguraria ao indivíduo a possibilidade de juridicamente se utilizar das próprias instituições estatais, e de exigir, do próprio Estado, ações positivas, ou seja, prestações estatais. Por último, restaria o *status activus* ao cidadão, que representaria a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade estatal, especialmente por meio do voto.³¹⁶

Retornando-se a Hesse, colhe-se que os direitos fundamentais se propõem em sua **dimensão subjetiva** inicial “[...] a prevenir ataques do Estado à esfera de existência individual.”³¹⁷ Consistindo assim, na proteção de esferas concretas e mais intensamente ameaçadas da liberdade humana. Todavia, a função e a missão dos direitos fundamentais não se esgotam neste ponto, agregando-se uma **dimensão objetiva**, que os concebe como “[...]”

³¹³ MARTINS, 2005, p. 80-81.

³¹⁴ SARLET, 2012.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ HESSE, 2013, p. 38.

decisão constitucional básica de todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional.”³¹⁸

As duas dimensões são complementares. Um direito fundamental deve ser automaticamente compreendido nessas duas dimensões, pois não são categoria estanques que possam ser separadamente definidas, enquanto a dimensão subjetiva é expressão da situação jurídica individual de cada sujeito de direitos fundamentais, a dimensão objetiva retrata ou conforma a dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe dos sujeitos de direito. Os direitos fundamentais seriam, nessa dimensão objetiva, critérios de controle da ação estatal, que devem ser observados, independentemente de possíveis intervenções e violações concretas.³¹⁹

Um direito fundamental à proteção dos dados pessoais extraído na Constituição de 1988, pelos pressupostos já apresentados, deve observar em primeiro lugar, pelo seu papel central na estruturação dos direitos fundamentais, como fundamento do Estado Brasileiro (Art.1º, inciso III), a proteção da dignidade humana no sentido considerado, ou seja, enquanto um direito atribuível ao ser humano de se autodeterminar e não servir jamais como instrumento, mas como fim do ordenamento jurídico, o que implica, em associação com a inviolabilidade da privacidade (Art.5º, inciso X), à preservação de uma esfera privada, secreta e íntima, que significa a **proibição do armazenamento de dados sensíveis**, quais sejam: de informações pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas, bem como outras informações que nitidamente estejam voltadas à formação de banco de dados cuja utilização tenha finalidade que gere qualquer espécie de discriminação constitucionalmente inaceitável, ou oportunizem a prática de atitudes discriminatórias.³²⁰

Referida proibição decorre logicamente das proteções à dignidade e à intimidade, uma vez que tais informações guardam ligação intrínseca com as esferas mais íntimas dos cidadãos, e podem ser facilmente utilizáveis para a construção de perfis voltados exclusivamente a fins ilícitos. A formação de bancos de dados dessa natureza somente pode ser permitida, no sentido que determina a própria Diretiva 95/46/CE/1995 da Comunidade Europeia³²¹, quando motivo de interesse público constitucionalmente previsto o justifique, com

³¹⁸ HESSE, loc. cit.

³¹⁹ MARTINS, 2005.

³²⁰ BRASIL, 1988.

³²¹ (33) Considerando que os dados susceptíveis, pela sua natureza, de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à vida privada só deverão ser tratados com o consentimento explícito da pessoa em causa; que, no entanto, devem ser expressamente previstas derrogações a esta proibição no que respeita a necessidades específicas, designadamente quando o tratamento desses dados for efectuado com certas finalidades ligadas à

finalidade específica designada por lei, dentro de prazo definido, garantia de não repasse a outras instituições, estabelecidas as garantias adequadas de armazenamento seguro, inclusive com o uso de recursos tecnológicos de proteção.

Seriam finalidades constitucionalmente aceitáveis, por exemplo, a utilização de dados para a investigação criminal mediante ordem judicial (Art.5º, inciso XII da Constituição); dados populacionais mantidos para o fim de organização e controle do sistema eleitoral e as condições de elegibilidade (Art. 14 da Constituição); dados médicos preservados para o fim de estudo e análise epidemiológica de doenças que acometam a população nacional e cujo avanço do tratamento dependa de tal avaliação (Art.24, inciso XII da Constituição) ou dados referentes à expectativa de vida do brasileiro cujo armazenamento esteja voltado para a construção e manutenção de um sistema de seguridade social eficiente e economicamente viável (Art.194 da Constituição).

A partir da dignidade humana, o direito à proteção dos dados pessoais protege ainda o indivíduo contra o armazenamento e a utilização de qualquer dado, seja ele constituído por texto, seja por imagem ou por voz, que tenha caráter ofensivo à honra e à imagem, em consonância inclusive com o Art.5º, inciso III, da Constituição Federal, ao proibir-se “tratamento degradante”, que pode ser igualmente lido como a **proibição ao tratamento degradante por meio de dados**, ou seja: de sua coleta e organização no sentido da produção de dossiê ofensivo à pessoa, e com o Art.5º, inciso XLI, que proíbe “[...] qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”³²², bem como a inviolabilidade da honra e imagem do Art.5º, inciso X.³²³

saúde por pessoas sujeitas por lei à obrigação de segredo profissional ou para as actividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por objectivo permitir o exercício das liberdades fundamentais; (34) Considerando que, sempre que um motivo de interesse público importante o justifique, os Estados-membros devem também ser autorizados a estabelecer derrogações à proibição de tratamento de categorias de dados sensíveis em domínios como a saúde pública e a segurança social - em especial para garantir a qualidade e a rentabilidade no que toca aos métodos utilizados para regularizar os pedidos de prestações e de serviços no regime de seguro de doença - e como a investigação científica e as estatísticas públicas; que lhes incumbe, todavia, estabelecer garantias adequadas e específicas para a protecção dos direitos fundamentais e da vida privada das pessoas; (35) Considerando, além disso, que o tratamento de dados pessoais pelas autoridades públicas para a consecução de objectivos consagrados no direito constitucional ou no direito internacional público, em benefício de associações religiosas oficialmente reconhecidas, é efectuado por motivos de interesse público importante; (36) Considerando que quando, para o exercício de actividades do âmbito eleitoral, o funcionamento do sistema democrático exigir, em certos Estados-membros, que partidos políticos recolham dados sobre a opinião política das pessoas, o tratamento desses dados pode ser autorizado por motivos de interesse público importante, desde que sejam estabelecidas garantias adequadas (UNIÃO EUROPÉIA, 1995).

³²² BRASIL, 1988

³²³ Acredita-se, apesar da questão merecer maiores reflexões, não possíveis no âmbito deste trabalho, que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais abrange um direito ao esquecimento, consubstanciado, em poucas linhas, como o direito do sujeito anteriormente condenado ou processado criminalmente, e que não tenha ainda não haja sido condenado por sentença com trânsito em julgado, que haja sido absolvido ou já tenha cumprido sua condenação, não se ver ofendido pela nova publicação de narrativas sem valor histórico ou outro

Destaque-se, que o tratamento de dados proibido não é somente aquele realizado para a consecução de fins ilícitos, a formação de banco de dados lícitos, mas cujos dados sejam sensíveis deve ser coibida, uma vez que ofende o direito à proteção dos dados pessoais quanto à proibição de armazenamento de dados sensíveis. Da mesma forma, a construção de banco de dados lícito deve estar atrelada a uma finalidade constitucionalmente adequada (ainda, que, por exemplo, se esteja tratando meramente da livre iniciativa comercial, Art.1º, IV, da Constituição Federal), desde que não gere discriminação ou não perpetue finalidades ilícitas, e o desvirtuamento desta finalidade, sem a autorização do titular desses dados, subverte o direito ao controle da destinação dos mesmos e autodeterminação, inerentes à dignidade humana, gerando utilização indevida, como destaca o Manual da Legislação Europeia sobre a Proteção de Dados, elaborado pela *European Union Agency for Fundamental Rights*:

[...] aplica-se a todos os tratamentos de dados pessoais realizados tanto pelo setor privado como pelo setor público, incluindo os tratamentos de dados efetuados pelas autoridades policiais e judiciárias. Protege as pessoas contra os abusos que podem acompanhar a recolha e o tratamento de dados pessoais e procura simultaneamente regular o fluxo transfronteiriço de dados pessoais. **Quanto à recolha e tratamento de dados pessoais, os princípios estabelecidos na Convenção respeitam, em especial, à recolha e tratamento automatizado de dados de forma leal e lícita, armazenados para finalidades determinadas e legítimas, não podendo ser utilizados para fins incompatíveis com essas finalidades nem conservados por tempo superior ao necessário. Dizem também respeito à qualidade dos dados, estabelecendo, em especial, que têm de ser adequados, pertinentes e não excessivos (proporcionalidade), bem como exatos.** (Grifos nossos).³²⁴

fundamento constitucionalmente protegido, como já reconheceu o STJ, “[...] no reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 1334097/RJ, de 28 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2013-05-28;1334097-1295097> >. Acesso em: 6 out. 2015). Como enfatiza Godoy, ao destacar a inoponibilidade da liberdade de expressão a tal direito: “Mas não é por isso tudo que a informação ou comunicação de fatos criminoso sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição. Máxime quando se tem em conta a divulgação de um fato criminoso associado a certa pessoa a quem se atribua sua autoria. Há uma primeira restrição que, na palavra de Hermano Duval, diz com o direito ao esquecimento que assiste ao condenado, o que para Costa Andrade representa um direito à ressocialização do criminoso, não estranho à legislação pátria [...]. Por esse direito, então, aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem. Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos. Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento. É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 89-90).

³²⁴ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de**

Outro viés desta proteção aos dados pessoais é o **direito ao conhecimento de informações relativas a sua pessoa**, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como o direito de não receber falsas imputações, como a de ter ações não praticadas ou palavras não proferidas falsamente atribuídas a si, o que permite, inclusive, a retificação de dados, por meio de *Habeas Data*, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.³²⁵

Esse direito ao conhecimento de dados pessoais abrange a possibilidade da realização de questionamentos sobre possíveis armazenamentos, sua extensão e propósito, assim como informações sobre as fontes originárias de tais dados, e os métodos de captação utilizados, devendo a resposta a tais inquirições ser compreensível, e promovida dentro de prazo razoável, da forma plenamente acessível e conveniente ao solicitante:

De fato, do dever geral de tutela, que se baseia numa situação de ameaça de alguns direitos, perpetrada por particulares, nasce uma posição jurídico-subjetiva que provoca o mesmo efeito próprio da função clássica dos direitos fundamentais de oferecer resistência contra intervenção lesiva de outrem, no caso: proveniente de particulares e não do Estado, todavia sem vinculá-los diretamente. Trata-se da função de resistência ampliada àqueles casos nos quais os particulares passaram a ameaçar a liberdade tutelada. **Esta função exige do Estado, em suma, que ele aja contra as seguintes situações de ameaça de um direito fundamental promover a segurança: quem levantou os dados pessoais? Para quem os repassou? Quais combinações de dados estão sendo feitas? Com que objetivo? O titular do direito à intimidade, nestes casos, não pode nem sequer reagir, pois: reagiria contra quem? Quem sabe o quê sobre ele? A consequência é que seus passos começam a ser previsíveis e o direito fundamental à intimidade torna-se obsoleto, se o Estado não cumprir seu dever de tutela por meio de uma adequada legislação sobre dados pessoais.** (Grifos nossos).³²⁶

O descumprimento a essas facetas do direito à proteção dos dados pessoais poderá ser corrigido pelo uso do *Habeas Data*, que, como se discorreu anteriormente, deve ser compreendido como ferramenta adequada à tutela do direito, de forma a dar aplicação imediata ao mesmo e assegurar sua prevalência, enquanto direito fundamental³²⁷, o que não exclui a

Dados. Luxemburgo, 2014. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_POR.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015.

³²⁵ “The power of control of the person over his data is indeed the core of the right to the protection of personal data: the rights of access, rectification and erasure constitute a clear exercise of such power. This explains why the consent of the data subject does not definitively confer on the controller a dominion over such data. On the contrary, in the cases where the processing is based on the consent of the data subject, the latter may revoke his authorization, depriving the controller of the right to continue the treatment.” ROMANO, Fabio Balducci. The right to the protection of personal data: a new fundamental right of the European Union. **European Public Law**, Hull, UK, v. 10, p. 11, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2330307>. Acesso em: 19 nov. 2015.

³²⁶ MARTINS, 2005, p. 86.

³²⁷ BRASIL, 1988, Arts. 4º, inciso II e art. 5º, §1º.

utilização de outro meio jurídico que preferir o titular, como as ações de tutela específica de obrigação de fazer e inibitória previstas no Art. 461 do Código de Processo Civil Brasileiro.³²⁸

Importante destacar, que a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet no Brasil, parece vir na direção do Direito constitucional aqui apontado, reforçando e regulando a proteção aos dados pessoais em alguns de seus artigos. Logo no seu Art.3º, afirma que o uso da Internet deverá ser pautado pela *proteção da privacidade* (inciso II) e proteção dos dados pessoais, na forma da lei (inciso III, lei esta que inexistente até o presente momento).³²⁹

Ao cuidar dos direitos dos usuários, prevê o fornecimento de informações claras e completas sobre o regime de proteção desses dados (Art.7, inciso VI), seu armazenamento e tratamento. Determina, inclusive, a obrigação expressa de comunicação ao titular de dados pessoais sobre o armazenamento de referidas informações e a obrigatoriedade de seu consentimento (inciso IX), assim como o direito à exclusão ao término de eventual relação contratual (inciso X).

Reconhece, por fim, a existência de um direito à proteção dos dados pessoais em seu Art.11³³⁰, o qual deverá ser obedecido “[...] em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional [...]”.³³¹

Pode-se concluir conceituando o direito à proteção dos dados pessoais, como um direito fundamental, protegido por *Habeas Data*, que assiste a toda pessoa física ou jurídica, oponível contra entes públicos ou privados, e que consiste na faculdade de ter ciência de sua captação, forma e finalidade de sua utilização, autorizar o seu uso e acúmulo, assim como de ver retificadas eventuais imprecisões, e proibido o tratamento daqueles dados sensíveis (excetuados aqueles permitidos por Constituição, na forma, e nas circunstâncias previstas) ou

³²⁸ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” (BRASIL, 1973).

³²⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet no Brasil. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³³⁰ Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e **os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais** e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. (BRASIL, 2014a, grifo nosso).

³³¹ BRASIL, 2014a.

dos dados que gerem discriminação ou ofensa à honra ou imagem do seu titular, devendo em todas as hipóteses serem armazenados de forma a assegurar-lhe a privacidade e a destinação autorizada de seu uso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo delineou-se a premissa básica, isto é, o contexto-problema, a dimensão do mundo fenomênico em que se insere a discussão, promovendo-se uma “[...] reflexão levada a cabo com rigor e discernimento acerca do que seja propriamente a coisa investigada.”³³² Desenvolveu-se assim, as noções de modernidade líquida e sociedade de informação, partindo-se do marco teórico utilizado, para compreender-se que a modernidade líquida é caracterizada por duas notas distintivas marcantes. A primeira seria o declínio da visão de que a convivência humana seguiria atrelada a um fim maior, alguma espécie de sociedade justa, sem conflitos, passando-se a crer na realidade enquanto um processo permanente, de desconstruções e reconstruções, onde cada ser humano está fadado a se individualizar, e cada frustração vivida somente poderá ser atribuída ao desempenho do próprio sujeito. Há um rompimento preambular nas relações que asseguravam certa margem de segurança, onde noções como a de família e amigos próximos, se transformam, a liberdade e a autodeterminação surgem como marcos para o desenvolvimento da individualidade.

A segunda nota distintiva seria uma espécie de desregulamentação da sociedade contemporânea, a minimização do Estado, e a fortalecimento de espaços privados, bem como a força das corporações. Nesse contexto, onde cada membro da sociedade seria permanente um participante e, sobretudo, um competidor, surgem todas as espécies de oportunidades, pois ninguém está mais preso a um modelo de vida pré-definido ou limitado, já que o ser humano permanece cotidianamente preocupado em haver utilizado os meios corretos, tomado as escolhas certas e firmado as melhores parcerias.

Prosseguiu-se diferenciando a sociedade de informação, enquanto esta nova forma de organização social, política e econômica, que usa intensamente a tecnologia, em especial para a produção, a coleta, o processamento e a transmissão de informações, em proporções incomparáveis com qualquer outro momento histórico. Nesse contexto, a Internet tem papel

³³² TOURINHO, Carlos Diógenes Côrtes. A consciência e o mundo na fenomenologia de Husserl: influxos e impactos sobre as ciências humanas. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 852-866, maio 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/8224/5975>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

fundamental, proporcionando o rápido fluir de informações, fluxo este que não obedece, a qualquer fronteira territorial, e sequer permite a existência de uma autoridade central; ao contrário, nesta sociedade os indivíduos observam e são observados constantemente, por eles próprios e por autoridades governamentais e não-governamentais, nesta sociedade sinóptica, onde todos se vigiam e se expõem.

Os seres humanos tornam-se cada vez mais dependentes dos instrumentos tecnológicos, de celulares a drones, fomentando permanente interconexão, a qual parece ser estimulada por esta ausência de referenciais, pelo estado permanente de insegurança anteriormente relatado, que desenvolve características de uma patologia. Urge assim, repensar-se esta realidade, o que perpassa o repensar sobre a forma que estes dados pessoais são organizados, transmitidos e armazenados em bancos de dados, cada vez mais comuns, e concebidos com as mais diversas finalidades, de legítimas a espúrias.

Finaliza-se, assim, o capítulo inicial, definindo-se dados, enquanto quaisquer informações sobre o sujeito, pessoa física ou jurídica, que permitam identificá-lo naquele momento ou posteriormente, e dados sensíveis, como aqueles referentes à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical ou associativa, bem como os relativos à saúde ou sexualidade, os quais, por sua intrínseca natureza, de dizerem respeito a traços mais peculiares e íntimos dos sujeitos, os tornam mais suscetíveis a atitudes discriminatórias e outros fins ilícitos.

Foi exposta com destaque a natureza complexa da decisão sobre a disponibilização de dados pessoais, uma vez que, utilizando-se a metáfora do mosaico, a coleta de pequenos dados, mínimos fatos sobre cada sujeito, a qual permite a estruturação de todo um dossiê, que, ao fim e a cabo, poderá, aliado à incapacidade de previsão de acessos secundários e terciários (não se sabe de antemão quem será o destinatário final desses dados) eternizar-se na rede mundial de computadores, e servir para qualquer finalidade indesejável.

O capítulo segundo divide-se em duas partes distintas. A primeira destaca as origens da concepção de um direito à privacidade, enquanto premissa inicial para a construção posterior de um direito à proteção dos dados pessoais, encontrando-se na literatura liberal inglesa fundamentos de um direito de ser deixado só, que se concretiza na experiência norte-americana, tanto na literatura quanto na jurisprudência, onde, porém, não encontra definição precisa, capaz de englobar todos os seus aspectos. Apontou-se nessa seção o mesmo desenvolvimento na realidade alemã, surgida por inspiração comunitarista, a partir da interpretação da Lei Fundamental de 1949 pela Corte Suprema, e decorrente da compreensão da existência de um direito genérico à proteção da personalidade.

Prosseguiu-se, defendendo-se um direito à privacidade fundado em uma dimensão social, uma vez que protege minorias contra o acesso a informações sensíveis, que as tornam suscetíveis de medidas discriminatórias, encorajando o livre desenvolvimento da personalidade, distante do receio de se contrariar a opinião do Estado, da maioria, ou do socialmente aceitável em certo momento histórico. Propôs-se, ainda, a utilização de uma metodologia taxonômica para o estudo do direito à privacidade, que o divide em núcleos, e os explora cautelosamente, superando-se, assim, a necessidade de obtenção de um conceito amplo o suficiente que possa ser utilizado para o resguardo simultâneo de qualquer uma de suas dimensões, sendo um desses núcleos a proteção dos dados pessoais.

Na parcela final deste capítulo, discorreu-se sobre a previsão constitucional do direito à privacidade no Brasil, apontando-se diversas conceituações da doutrina brasileira, como a que o define enquanto “[...] a faculdade de constranger os outros ao respeito, e de resistir à violação do que lhe é próprio.”³³³, e os diversos enfoques aduzidos por precedentes judiciais, em especial do STF, que caminham para o reconhecimento do amplo espectro da proteção à privacidade, e da sua estruturação em diferentes núcleos, a exemplo da literatura estrangeira. Acentuou-se, ainda, a grande dificuldade hermenêutica para a definição dos limites deste direito constitucionalmente previsto, mormente tendo em vista a sua relatividade quando do seu contraste com outras disposições de igual fundamentalidade.

No capítulo terceiro, e final, caminhou-se no sentido da construção de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais a partir da Constituição de 1988, tendo por premissas o direito à privacidade, anteriormente debatido, e a proteção à dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Brasileiro. Para tanto, o excuro epistemológico iniciou-se, apontando os fatores de convergência mundial quanto à necessidade do desenvolvimento da proteção aos dados pessoais nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Foram identificados quatro fatores: o avanço da Informática, com o surgimento dos computadores de grande capacidade de processamento e a disseminação dos computadores pessoais; a postura natural de Estados e governos, de reproduzir as políticas estabelecidas por outros Estados, em uma espécie de consenso quanto à fragilidade de um modelo existente ou diante da inexistência de um modelo de proteção próprio; o compartilhamento por uma elite intelectual dos problemas comuns e da busca por soluções, ou seja: o fomento ao diálogo por meio de uma comunidade intelectual transnacional; por último, a necessidade da eliminação de discrepâncias entre os modelos, inclusive em razão da fruição desses dados pessoais, que não

³³³ FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 440.

obedece a fronteiras territoriais, e a imprescindível comunhão dos altos custos para a implementação de uma estrutura de proteção e fiscalização minimamente eficiente.

Partindo-se desses fatores foram identificadas ao menos três dimensões do problema, enquanto preocupações da época, final da década de 70 e início da década de 80, as quais contribuíram para o desenvolvimento de ideias sobre os modelos de proteção. A primeira diz respeito à compreensão de que a proteção desses dados pessoais teria direta relação com a proteção da dignidade humana e da própria privacidade; a segunda fundou-se no temor de que a informação disponível, agora em grande quantidade e facilmente acumulada, fosse utilizada para fins politicamente ilegítimos, como os de regimes não democráticos, ou nazi-fascistas, de controle e manipulação populares; a terceira tem relação com o caráter instrumental desses dados, que podem contribuir para o alcance de outros direitos, quando corretamente coletados e armazenados, ou servir de empecilho à consecução de objetivos pessoais, quando incorretamente geridos ou imprecisos.

No seção subsequente, discutiu-se a proteção dos dados pessoais no direito comparado, com enfoque na proteção europeia e estadunidense, em razão da fecunda e extensa experiência de ambas, apontando-se na União Europeia um modelo que encontra sustentação em dois pilares, de um lado a regulamentação local, de cada país, e de outro a estrutura protetiva da própria comunidade europeia. Os modelos nacionais são dotados de previsão expressa constitucional em alguns Estados-membros, como Portugal e Espanha, ou oriunda da jurisdição constitucional e previsões não expressas, como a proteção à dignidade da pessoa humana e à privacidade na Alemanha. O modelo comunitário funda-se em uma principiologia que orienta as legislações locais, e está pautada em diretivas genéricas, vinculantes, porém, flexíveis, de modo a permitir a adaptação às realidades particulares.

Verificou-se que nos Estados Unidos a proteção constitucional aos dados pessoais parte da orientação jurisprudencial, com destaque para decisões da Suprema Corte, e aponta para duas premissas, denominadas de privacidade de divulgação de dados e privacidade de autonomia ou autodeterminação. Aquela assegura a proteção da pessoa, da casa e do âmbito familiar, enquanto esta garante uma série de liberdades fundamentais, com relação à manifestação de opiniões e associação política.

Por fim, em olhar panorâmico, indicou-se a existência, agora na América Latina, de ampla previsão constitucional, por diversos países, do instituto do *Habeas Data*, como instrumento apto à garantia a proteção dos dados pessoais, em similaridade com a previsão da Constituição de 1988, e a possibilidade do compartilhamento dessas experiências, também, para o repensar deste direito fundamental no Brasil.

Passou-se, em seguida, à definição da natureza dos direitos fundamentais, discutindo-se os elementos que os caracterizam, enquanto direitos reconhecidos pelo direito constitucional positivo, delimitados espacial e temporalmente, e que podem ser oriundos de disposições expressas ou decorrentes do regime ou de tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte, tendo em vista a cláusula constitucional de abertura, como prevista no Art. 5º, parágrafo 2º da Carta Magna.

Afirmou-se que o reconhecimento de direitos não expressos, como o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, deve dar-se a partir de um raciocínio de integridade, na concepção de Ronald Dworkin, onde é imprescindível compreender-se a necessidade de um primeiro requisito, de adequação, ou seja: de compreensão da história institucional de modo a não se permitir interpretação que adote sentido, por mais complexo que seja, que contrarie totalmente o curso da formação do significado do texto, como na metáfora do romance em cadeia, como se estivesse o jurista a escrever o capítulo subsequente de um mesma trama. E um segundo requisito, que demanda uma leitura unitária da constituição, de forma a admitir-se uma unidade oriunda da compreensão de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios. Percurso hermenêutico-argumentativo este que deve ser metódico, avaliando-se todas as possibilidades, para que decisões sejam tomadas com base em princípios e não mera política de fins pragmáticos distanciados da norma.

Acentuou-se, ainda, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, de modo que, em consonância com o Art.5º, parágrafo 1º da Carta de 1988, tais direitos não deverão ser considerados meros programas para o futuro, ou metas a serem realizadas quando possível, e a proteção a tais direitos fundamentais não deverá depender de legislação posterior, o que assegura a obrigação dos poderes públicos de dar máxima aplicação, o que significa sempre atuarem, em qualquer nível, seja em políticas (executivo), seja em leis e atos normativos (legislativo) seja em interpretações (judiciário), no sentido de aplicar da forma mais ampla e universalizável possível tais direitos e garantias constitucionalmente previstas.

Demonstrou-se, para o fim de caracterização dos direitos fundamentais, a existência de proibição no próprio texto constitucional (Art.60, parágrafo 4º) de supressões, assim como a ampla compreensão de sua eficácia, enquanto obrigação negativa voltada ao próprio Poder Legislativo, o qual se encontra proibido de legislar em sentido a impor limitações não autorizadas pela própria norma constitucional ou qualquer ato normativo que viole o âmbito de validade do direito, e em um viés positivo, o qual obriga o legislador, e qualquer poder público, a atuar em conformidade com essas normas constitucionais, inclusive no sentido de aperfeiçoar

e regulamentar a plena aplicação desses direitos, os quais, em eficácia horizontal, vinculam ainda os particulares nas suas relações mútuas³³⁴.

No tópico seguinte buscou-se definir a próxima premissa da concretização do direito à proteção dos dados pessoais, qual seja: a dignidade da pessoa humana, como estabelecida na Constituição de 1988, e enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, que superasse as divergências de matiz filosófica, definindo-a, com auxílio novamente da experiência europeia, como uma exigência de não identificação dos cidadãos como mero instrumento da sociedade, mas em uma perspectiva igualitária, como membros da coletividade, titulares do direito de se autodeterminarem, ou seja, promover suas próprias escolhas de vida, cuja individualidade somente poderá sofrer interferências quando e na forma que constitucionalmente admitidas. Verdadeiro limite e norte para a atuação dos poderes constituídos, e particulares, de não interferência na esfera individual, de modo a proteger valores pessoais, e não impô-los sem seu consentimento.

Acentuou-se, ainda, seu caráter de força motriz para a construção de outros direitos fundamentais não expressos, diante da abertura do rol da Constituição, mormente no âmbito desta pesquisa, quando em cotejo com a privacidade, surge a possibilidade de se vislumbrar, a partir de uma leitura unitária, sistemática e íntegra da Constituição de 1988, um direito fundamental à proteção dos dados pessoais, não expresso, porém, corolário de direitos expressamente consagrados no rol positivado na Constituição Brasileira, e consubstanciado como proteção frente às agressões à dignidade e à privacidade da pessoa, provenientes do uso ilegítimo de dados: “A intimidade deriva da dignidade humana, é um direito fundamental que integra a personalidade. Das relações da informática e a intimidade se desenvolve a autodeterminação informativa.”³³⁵

Com a modernidade líquida se torna indiscutível a necessidade de evoluir no sentido de não apenas proteger a intimidade, ou a vida privada, mas ir além disto, para permitir ao sujeito se autodeterminar dignamente, por meio do controle dos dados pessoais, e a forma que são utilizadas e expostos na sociedade de informação, diante dos riscos concretos anteriormente explicados. Foram destacados, em contribuição a essa ideia, precedentes do STJ e do STF, que caminham no sentido de reconhecimento no sistema jurídico brasileiro, de um direito constitucionalmente assegurado, que compreende a busca, o acesso, o recebimento, a

³³⁴ BRASIL, 1988.

³³⁵ LIMBERGER, 2007b, p. 119.

divulgação, a exposição de dados, pensamentos e formulações, sendo todos e cada um responsáveis pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem.³³⁶

Explorou-se adiante, a previsão constitucional do *Habeas Data*, que se apontou como instrumento apto a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e para a retificação destes dados, quando não prefira fazê-lo o titular por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Sugeriu-se ainda, a adequação, como na experiência argentina, perfeitamente compatível com a previsão constitucional brasileira, em uma leitura constitucional mais coerente com a inviolabilidade da privacidade, e com a dignidade humana, da sua utilização para outros fins próximos, como a exclusão de tais bancos de dados sensíveis, ou a proibição da formação de bancos voltados a objetivos constitucionalmente inaceitáveis, funcionando nesta hipótese como um meio hábil à imposição de tutelas inibitórias, ou de não fazer.

Por fim, partiu-se para a definição das dimensões subjetiva e objetiva do próprio direito fundamental à proteção dos dados pessoais, enquanto direito não expresso, oriundo das proteções à privacidade e à dignidade da pessoa humana, e lido à luz, ainda, da previsão constitucional de um instrumento adequado para sua proteção, o *Habeas Data*. Para isto, definiu-se antes o que seriam tais dimensões, não estanques e complementares, que se apontaram como imprescindíveis para a compreensão de todo direito fundamental. A subjetiva, enquanto esfera preventiva de ataques do Estado à esfera de existência individual, consistindo assim, na proteção de esferas concretas e mais intensamente ameaçadas da liberdade humana, e a objetiva, enquanto decisão constitucional básica de todas as esferas do Direito: dela recebendo orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional, bem como os próprios particulares, nos limites da eficácia horizontal.

O direito fundamental à proteção dos dados pessoais poderia ser lido assim, diante de todas essas premissas e pressupostos, como: a) a proibição do armazenamento de dados sensíveis, quais sejam, de informações pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas, bem como outras informações que nitidamente estejam voltadas à formação de banco de dados cuja finalidade gere qualquer espécie de discriminação constitucionalmente inaceitável, ou oportunizem a prática de atitudes discriminatórias; b) a proibição ao tratamento degradante por meio de dados, isto é, de sua coleta e organização no sentido da produção de dossiê ofensivo à pessoa,

³³⁶ BRASIL, 2015a.

não sendo proibido somente aquele tratamento realizado para a consecução de fins ilícitos, mas igualmente a formação de banco de dados lícitos por dados sensíveis, e a construção de banco de dados lícito que tenha a sua finalidade desvirtuada, fornecendo dados para potenciais discriminações ou a consecução de finalidades ilícitas, ou simplesmente tenha a finalidade de sua criação modificada, sem a autorização do titular desses dados; c) o direito ao conhecimento de informações relativas à pessoa do titular, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como o direito de não receber falsas imputações, como a de ter ações não praticadas ou palavras não proferidas falsamente atribuídas a si, o que permite, inclusive, a retificação de dados, por meio de *Habeas Data*, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; d) a possibilidade da realização de questionamentos sobre possíveis armazenamentos, sua extensão e propósitos, assim como informações sobre as fontes originárias de tais dados, e os métodos de captação utilizados, devendo a resposta a tais inquirições ser compreensível, e promovida dentro de prazo razoável, de forma plenamente acessível e conveniente ao solicitante.

Conceituou-se, assim, o direito à proteção dos dados pessoais, como um direito fundamental, protegido por *Habeas Data*, que assiste a toda pessoa física ou jurídica, oponível contra entes públicos ou privados, e que consiste na faculdade de ter ciência de sua captação, forma e finalidade de sua utilização, autorizar o seu uso e acúmulo, assim como de ver retificadas eventuais imprecisões, e proibido o tratamento daqueles dados sensíveis (excetuados aqueles permitidos pela Constituição, na forma e nas circunstâncias previstas) ou dos dados que gerem discriminação ou ofensa à honra ou imagem do seu titular, devendo, em todas as hipóteses, serem armazenados de forma a assegurar sua privacidade e a destinação autorizada de seu uso.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ACQUISTI, Alessandro. The economics of personal data and privacy: 30 years after the OECD privacy guidelines. In: WORKING PARTY FOR INFORMATION SECURITY AND PRIVACY; WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY, 2010, Pittsburgh. **Annals...** Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 2010. p. 8. Disponível em:<<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

_____; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and rationality in individual decision making. **Ieee Security & Privacy**, Pittsburgh, v. 3, n. 1, p. 26-33, fev. 2005.

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados**. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_POR.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

ALVAREZ, R. Michael; HALL, Thad E.; TRECHSEL, Alexander H. Internet voting in comparative perspective: the case of estonia. **Political Science e Politics**, Washington, v. 42, n. 3, p. 497-505, jul. 2009. Disponível em:<<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=5877828>>. Acesso em: 29 out. 2013.

ANNUAL CREDIT REPORT. **All about credit reports**. [S. l.], [20--]. Disponível em: <<https://www.annualcreditreport.com/whatIsCreditReport.action>>. Acesso em: 10 de jul. 2015.

ARONOV, Rita F. Privacy in a public setting: the constitutionality of street surveillance. **Queensland Law Reporter**, Brisbane, v. 22, p. 769-810, 2004.

BARRETT, D. One surveillance camera for every 11 people in Britain, says CCTV survey. **The telegraph**, [S. l.], 2013. Disponível em:<<http://www.telegraph.co.uk/technology/10172298/One-surveillance-camera-for-every-11-people-in-Britain-says-CCTV-survey.html>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ambiental sadio e ecologicamente equilibrado**. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BENNET, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. Londres: Cornell University Press, 1991.

_____. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. London: Corne University Press, 1992.

BERNARDES, Marciele Berger. **Democracia na sociedade informacional**. São Paulo: Saraiva, 2013

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BLASS, Megan. The new data marketplace: protecting personal data, electronic communications, and individual privacy in the age of mass surveillance through a return to a property-based approach to the fourth amendment. **Hastings Constitutional Law Quaterly**, San Francisco, v. 42, p. 577-600, 2015.

BOGHOSIAN, Heidi. **Spying on Democracy: government surveillance, corporate power, and public resistance**. City Light Books: San Francisco, 2013.

BOND, Jonathan C. Defining disclosure in a digital age: updating the privacy act for the twenty-first century. **The George Washington Law Review**, Washington, DC, v. 76, n. 5, p. 1233-1278, 2008.

BRASIL. Presidência da República. (Comp.). **Constituição do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. _____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. _____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet no Brasil. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. _____. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Autodeterminação informativa foi tema de palestra do ministro Villas Bôas Cueva**. Brasília, DF, 2014b. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112329&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. _____. REsp. n.º 1334097/RJ, de 28 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2013-05-28;1334097-1295097>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. _____. REsp. n.º 22.337/RS, de 20 de março de 1995. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1995.

_____. _____. Resp. Repetitivo n.º 1.419.697/RS, de 17 de novembro de 2014 (2013/0386285-0). **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, DF, 2014c.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277-DF, de 14 de dezembro de 2011. **Diário da União**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 set. 2015.

_____. _____. ADI n.º 4.815/DF, de 26 de junho de 2015. **Diário da União**, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. _____. MS n.º 23.452/RJ, de 15 de fevereiro de 2000. **Diário da União**, Brasília, DF, 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. _____. MS n.º 33.340/DF, de 2 de dezembro de 2014. **Diário da União**, Brasília, DF, 2014d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 673.707/MG, de 20 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25245100/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-673707-mg-stf>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. _____. RE n.º 466343, 3 de janeiro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 5 jun. 2009. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

_____. _____. RE n.º 635.659-SP, de 31 de agosto de 2015. **Diário da União**, Brasília, DF, 2015c. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. _____. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello no RE com Agravo n. 652.777-SP, de 23 de abril de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2015d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2015.

BRUGGER, Winfried. Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution. **I.CON**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 431-460, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ et al. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

CELLAN-JONES, R. Office puts chips under staff's skin. **BBC News**, [S. l.], 2015. Disponível em <http://www.bbc.com/news/technology-31042477>. Acesso em 19 de jul 2015.

CLEMON, L. S. The right of privacy in relation to the publication of photographs. **Marquette Law Review**, Wisconsin, v. 14, n. 4, p. 193-198, 1930.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4. ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. **Case of von Hannover V. Germany**: application no. 59320/00. Strasbourg, 2004. Third section. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/arquivos/download/26>>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. European Court of Human Rights. **Case of von Hannover V. Germany**: applications nos. 40660/08 and 60641/08. Strasbourg, 2012. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029#{\"itemid\":\"001-109029\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029#{\)>. Acesso em: 6 set. 2015.

DALSOTTO, Lucas Mateus; CAMATI, Odir. Dignidade Humana em Kant. **Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia**, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 129-141, 2013.

DOMINO, Jenny Jean; RAZON, Arvin Kristopher A. Open book: an analysis of the celebrity's right to privacy. **Philippine Law Journal**, Quezon, v. 87, n. 4, p. 900-984, set. 2013.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, dez. 2011.

_____. A proteção dos dados pessoais como direito fundamental no direito brasileiro. **Revista Latinoamericana de Proteccion de Datos Personales**, Buenos Aires, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.rlpdp.com/2012/07/223/>>. Acesso em 20 nov. 2015.

_____. A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro e a ação de Habeas Data. **Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 128-142, 2009. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/viewFile/12297/30655>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento jurídico brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 9, p. 14-32, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPAÑA. Gobierno. **Constituição Española**. Madrid, 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

EUROPEAN UNION. Court Of Justice Of The European Union. The court of justice declares that the Commission's US Safe Harbour Decision is invalid. **Press Release**, Luxemburgo, n. 117/15, 2015. Judgment in Case C-362/14 - Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

EUROPEAN COMMISSION. **Commission proposes a comprehensive reform of the data protection rules**. Brussels, 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 1, p. 141-154, 1992. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 19. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

FRANÇA. **Convenção de Estrasburgo, em 28 de janeiro de 1981**. Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal. Estrasburgo, 1981. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MEG_MA_5900.pdf>. Acesso em 20. nov. 2015.

FRANCISCO, Maria de Fátima simões. Aristóteles enquanto Fonte das Concepções de Espaço Público e Espaço Privado de Hannah Arendt. **Notandum**, Cidade do Porto, n. 14, p.33-48, abr. 2010.

GAKH, Maxin. Argentina's Protection of Personal Data: Initiation and Response. **I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, Columbus, v. 2, n. 3, p. 781-802, 2006.

GALDEMAN, H. **De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GEERE, D. How deep packet inspection works. **Wired.Co.Uk**, London, 2012. Disponível em: <<http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-04/27/how-deep-packet-inspection-works>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

GEISSLER, Roger C. Private eyes watching you: google street view and the right to an inviolate personality. **Hastings Law Journal**, San Francisco, v. 63, p. 897-926, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOIS JÚNIOR, José Caldas. **O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço**. São Paulo: Edipro, 2001

GOMES, H. S. Brasil é o 2º país com mais usuários que entram diariamente no Facebook. **G1**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/09/brasil-e-o-2-pais-com-mais-usuarios-que-entram-diariamente-no-facebook.html>>. Acesso em 10 de jul. 2015.

GONZALEZ, Marc-Tizoc. Habeas Data: comparative constitutional interventions from latin america against neoliberal states of insecurity and surveillance. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 90, n. 2, p.641-670, 2015.

GREEWALD, Gleen. XKeyscore: NSA tool collects 'nearly everything a user does on the internet'. **The Guardian**, Londres, 31 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GUNELIUS, S. The Data Explosion in 2014 Minute by Minute: infographic. **ACI**, [S. l.], 2014. Disponível em: <<http://aci.info/2014/07/12/the-data-explosion-in-2014-minute-by-minute-infographic/>> Acesso em: 10 de jul. 2015.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 181.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 2.

HANNAK, Aniko et al. Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites. **ICM'14**, Vancouver, 2014. Pesquisa realizada por equipe de professores da Northeastern University na cidade de Boston, MA. Disponível em:<http://personalization.ccs.neu.edu/papers/price_discrimination.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

HARVARD UNIVERSITY. **Robobees: a convergence of Body, brain and colony**. Cambridge, MA, [20--?]. Disponível em: <<http://robobees.seas.harvard.edu/>>. Acesso em: 14 de jul. 2015.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law And Security Review**, Alemanha, v. 25, n. 1, p. 84-88, 2009.

JOAS, Hans. **Communitarianism: a german perspective**. Bloomington: Indiana University; Institute For Advanced Study, 1995. (Distinguished Lecturer Series, 6).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KATZ, Stanley N. et al. The Life and Times of Boyd v. United States (1886-1976). **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 76, n. 1, p. 184-212, nov. 1977.

KEEN, Andrew. **Digital vertigo: how today's online social revolution is dividing, diminishing and disorienting us**. New York: St Martin's Press, 2012.

KING, Anna Lucia Spear; NARDI, Antonio Egidio. As novas tecnologias e os impactos clínicos, cognitivo-comportamentais, sociais e ambientais no cotidiano dos indivíduos. In: _____; _____; CARDOSO, Adriana. **Nomofobia: dependência do computador, internet, redes sociais? dependência do telefone celular?** São Paulo: Atheneu, 2014.

KLOSTER, Ângelo Márcio. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Virtual da AGU**, ano X, n. 98, p. 1-21, mar. 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em: 20 nov. 2015.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

LEHMAN, John A. The right of privacy in Germany. **NYU: Journal of International Law and Politics**, New York, v. 1, 1968.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na internet**. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace, version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.

_____. Direito e Informática: O desafio de proteger os direitos dos cidadãos. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. **O Direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LUIZ, Fernando Viera. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: PUC MINAS, 2007. p. 453 - 466. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_bh.html>. Acesso em: 19 jul. 2015.

MAÑAS, José Luis P. El derecho fundamental a la protección de datos personales. In: _____. **Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MCDONALDS, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The cost of reading privacy policies. **I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, Columbus, v. 4, p. 543-568, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal da sociedade de consumo. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

_____. **Principles of political economy**. Ontario: University Of Toronto Press, 1965.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Habeas Data Brasileiro e sua lei regulamentadora. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 16-37, 1998.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEWMAN, Abraham L. **Protectors of privacy**: regulating personal data in the global economy. Londres: Cornell University Press, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

ODLYZKO, Andrew. **Privacy, economics, and price discrimination on the internet**. [S. l.], [20--?]. Disponível em: <www.dtc.umn.edu/~odlyzko>. Acesso em: 27 jul. 2003.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Paris, 2015. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova York, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 06 set.2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs. **Comparative study: data protection in the Americas - different existing legal regimes, policies and enforcement mechanisms for the protection of personal data, including domestic legislation, regulation, and self-regulation**. Washington, D.C., 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. **Aei Journal On Government And Society**, Washigton, p. 21. jun. 1978. Disponível em:<<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. **Judge Richard Posner: Privacy**. [S. l.]: Big Think, 2007. Entrevista Disponível em: <<http://bigthink.com/videos/judge-richard-posner-privacy>>. Acesso em: 29 out. 2013.

PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 48, n. 3, p. 383-422, 1960.

RAAB, Charles D. Privacy, democracy, information. In: BENNETT, Colin John; RAAB, Charles D. **The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books> >. Acesso em: 30 out. 2013.

RAMOS, Anna Lorem. The writs of amparo and habeas data: judicial approaches to human right implementation in the Philippines. **Philippine Law Journal**, Quezon, n. 87, p.87-109, 2011.

RICHARDS, Neil M. et al. Four Privacy Myths. In: SARAT, Austin. **A world without privacy: what law can and should do?** New York: Cambridge University Press, 2015.

RODOTÁ, Stéfano. **Globalização e o Direito**. Rio de Janeiro, 2003. Palestra. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2015.

ROMANO, Fabio Balducci. The right to the protection of personal data: a new fundamental right of the European Union. **European Public Law**, Hull, UK, v. 10, p. 1-18, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2330307>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

ROSSLER, Beate. **The value of privacy**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2001.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O Direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 11, abr./jun. 2010. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Nacional_1.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

SALDAN, Eliane. **Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético**. 2012. Tese (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2012.

SARAT, Austin. Whiter privacy?: an introduction. In: _____ et al. **A world without privacy: what law can and should do?** New York: Cambridge University Press, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ et al. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 12.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-46, abr. 2001.

_____. Uma Constituição aberta a outros direitos fundamentais? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SARTRE, J. P. **Sartre no Brasil**: a Conferência de Araraquara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

SCHWARTZ, Paul M. Privacy and Democracy in Cyberspace. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 52, p. 1609-1701, jun. 1999. Disponível em:<<http://www.paulschwartz.net/pdf/VAND-SCHWARTZ.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

SILVA, Alberto J. Cerda. Personal Data Protection and Online Services in Latin America. In: FREEDOM OF SPEECH AND INTERNET: ISSUES ON REGULATION IN LATIN AMERICA, 2011, Buenos Aires. **Proceedings**. Buenos Aires: Center For Studies On Freedom Of Expression And Access To Information Of The University Of Palermo Law School, 2011. p. 3. Disponível em:<www.palermo.edu>. Acesso em: 15 nov. 2015.
SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOLOVE, Daniel. A taxonomy of privacy. **University Of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, Philadelphia, PA, v. 154, n. 3, p. 477-560, jan. 2006. Disponível em:<<https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Nothing to hide**: the false tradeoff between privacy and security. New Haven: Yale University Press, 2011.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 2.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: UFC, 2010. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3105.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

STRECK, Lenio Luis. Aplicar "a letra da Lei" é uma atitude positivista? **Revista Nej - Eletrônica**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 158-173, abr. 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUKHWANI, S; GARLA, S.; CHAKRABORTY, G. Analysis of Clickstream Data Using SAS. In: SAS GLOBAL FORUM, 2012, Oklahoma. **Annals...** Oklahoma: State University, 2012. p. 1 - 13. Disponível em:<<http://support.sas.com/resources/papers/proceedings12/100-2012.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

SURVEILLANCE STUDIES NETWORK. Information Commissioner. **A report on the Surveillance Society**: full report. London, 2006. Disponível em:<http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/02_11_06_surveillance.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TIEN, Lee. **Privacy, technology and data mining**. *ONU Law Review*, Ohio, v. 30, p. 389-416, 2004.

TOURINHO, Carlos Diógenes Côrtes. A consciência e o mundo na fenomenologia de Husserl: influxos e impactos sobre as ciências humanas. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 852-866, maio 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/8224/5975>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

TUROW, Joseph. **Americans & online privacy: the system is Broken**. Philadelphia: Annenberg Public Policy Center, 2003. Disponível em: <http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=asc_papers>. Acesso em: 14 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. L281, p. 31-50, 1995. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

UNITED STATES. Congress. **Constitution: Amendments to the Constitution**. Washington, D.C., 1791. Amendment 4 - Search and Seizure and Amendment 14 - Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection. Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Supreme Court. **United States V. Katz nº 35**. Washigton, D.C., 1967. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/389/347#writing-USSC_CR_0389_0347_ZO>. Acesso em: 7 set. 2015.

UNIVERSITY OF RHODE ISLAND. **History of Computers**. Kingston, RI, [20--?]. Disponível em: <<http://homepage.cs.uri.edu/faculty/wolfe/book/Readings/Reading03.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. 2006. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 29 out. 2013.

VIEIRA, Tatiana. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

WARNER, Richard. **Undermined norms: the corrosive effect of information processing technology on informational privacy**. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 55, p. 1047-1086, 2011.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 4, n. 5, dez. 1890. Não paginado. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

WESTIN, Alan F. **Privacy and freedom**. Nova Iorque: Atheneum, 1967. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40708684?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 19 nov. 2015.

WHITE, Peter T. Behold the computer revolution. **National Geographic**, Washington, D.C., p. 593-633, nov. 1970. Disponível em: <<http://blog.modernmechanix.com/ behold-the-computer-revolution/1/#mmGal>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. **Yale Law Journal**, New Haven, CT, v. 113, p. 1151-1221, 2004.

WONG, Katherine. The NSA Terrorist Surveillance Program. **Harvard Journal on Legislation**, Cambridge, MA, v. 43, n. 2, p. 517-534, 2006.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.