

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO



**DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: reflexões em torno da
questão nos inícios do século XXI**

LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES

COIMBRA - PORTUGAL

2014

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO

**DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: reflexões em torno da
questão nos inícios do século XXI**

LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado
Científico em Ciências Jurídico-
Políticas.

Menção: Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Paula
Margarida Cabral dos Santos Veiga.

COIMBRA - PORTUGAL

2014

LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES

**DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: reflexões em torno da
questão nos inícios do século XXI**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga
Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

*Dedico este trabalho aos meus pais, por
sempre me apoiarem em tudo que faço.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pois sem Ele esta jornada não seria cumprida e pelas tantas provas de sua existência.

Aos meus pais, pelas diversas formas de ajuda, bem como por tudo que representam para mim;

À minha avó Almiralice, pela atenção e por todos os exemplos e ensinamentos que sempre me passou;

À toda minha família, pelo carinho e pela torcida;

À Gabriela, por todo o carinho, paciência e ajuda imprescindível durante esta longa jornada;

Aos velhos amigos, pela força e boas energias para que eu seguisse sempre em frente, em especial ao Luiz Gustavo, por também me ajudar bastante;

Aos novos amigos de Coimbra, em especial à Equipe Boca do Cal, sem vocês esta caminhada teria sido impossível;

A minha orientadora, Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga, por todos os ensinamentos, paciência, dedicação e auxílio na orientação deste trabalho;

A todos os outros professores e funcionários da Universidade de Coimbra, pela ajuda, pela atenção e por terem contribuído imensamente para meu amadurecimento e crescimento pessoal e acadêmico durante todo o tempo do curso de Mestrado.

RESUMO

A presente dissertação é fruto de uma investigação desenvolvida no âmbito de Direito Constitucional, notadamente nos campos dos direitos fundamentais, do direito à privacidade e da sociedade da informação, e tem como objetivo: i) mostrar como o ordenamento jurídico brasileiro e português tratam o direito à privacidade; ii) analisar as múltiplas dimensões desse direito fundamental; e iii) alertar para os riscos do avanço tecnológico à privacidade no cenário da sociedade da informação. Por meio de uma análise teórico-doutrinária e jurisprudencial, buscou-se verificar o objeto de proteção do direito à privacidade, constatando-se que este possui um caráter elástico e variável, conforme o tempo, o espaço e o titular da garantia. Ademais, observou-se ainda que, em sua dimensão negativa, o direito à privacidade busca salvaguardar a vida privada e a intimidade do titular contra intromissões do poder público e terceiros, enquanto, em sua dimensão positiva, impõe ao Estado o dever de implementar políticas públicas que protejam os indivíduos contra intromissões de concidadãos e outro Estados. Além disso, constatou-se que o direito à privacidade sujeita-se aos limites constitucionalmente elencados, seja de forma expressa ou tácita, bem como também deve respeitar as restrições implícitas quando entram em choque com outros direitos ou valores constitucionalmente assegurados. No âmbito da sociedade da informação, averiguou-se o empenho dos governos em controlar as informações pessoais de seus administrados com finalidades de monitoramento e fiscalização do comportamento de todos, bem como o interesse das empresas privadas em deter estas informações pessoais para finalidades publicitárias e dos riscos provenientes da cultura da auto-exposição que adveio com a sociedade da informação.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à privacidade. Sociedade da informação.

ABSTRACT

This present dissertation is the result of a research carried out in the context of the Constitutional Law, notably in the fields of fundamental rights, right to privacy and information society, and has as objective: i) to show how the brazilian and portuguese legal systems treat the right to privacy; ii) to analyze the many dimensions of this fundamental right; and iii) to warn about the risks that technology in information society brought to privacy. Through a theoretical-doctrinal and jurisprudential analysis, it sought to verify the object of protecting the right to privacy, observing that mostly exhibiting an elastic and variable character according to time, place and right holder. Moreover, it was observed that in its negative dimension, the right to privacy protects the individual's private life and intimacy against intrusions by public authorities and other citizens' trespasses, while in its positive aspect it imposes the state the duty to implement public policies that protect individuals' privacy against citizens' intrusions and other states' trespasses. Furthermore, it was found that the right to privacy is subject to constitutional limits listed, either expressly or tacitly, and must also respect the constraints implicit when it clashes with other rights or values constitutionally guaranteed. In the context of the information society, was examined the commitment of governments to control the personal information about their citizens for purposes of monitoring and surveillance of all behaviors, as well as the interest of private companies to hold this personal informations for advertising purposes and the risks from the culture of self-exposure that stemmed with the information society.

Keywords: Fundamental Rights. Right to privacy. The information society.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

ARPANET – Advanced Research Projects Agency Network

Art. – Artigo

CE - Conselho da Europa

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

CRP – Constituição da República Portuguesa

DARPA – Defense Advanced Research Projects Agency

E.U.A – Estados Unidos da América

GCHQ – Government Communications Headquarters

Internet – Interconncted Networks

IRC – Internet Relay Chat

LPD – Lei da Protecção de Dados

NSA – National Security Agency

NSF – National Science Foundation

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

P3P – Platform for Privacy Preferences Project

PET`s – Privacy Enchancing Technologies

PICS – Platform for Internet Content Selection

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional português

TCP/IP – Transmission Control Protocol/Internet Protocol

WWW – World Wide Web

CPP – Código de Processo Penal Português

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO GERAL	12
2. DIREITO À PRIVACIDADE	25
2.1 Liberdade e Privacidade	25
2.2 Conceito e Espécies de Privacidade	27
2.3 Diferenciação entre Intimidade e Vida Privada.....	42
2.4 Relatos Históricos do Direito à Privacidade.....	47
2.5 Titulares do Direito à Privacidade	53
3. DIREITO À PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	63
3.1 Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais	63
3.1.1 Dimensão subjetiva	64
3.1.2 Dimensão objetiva.....	70
3.2 Âmbito de Proteção de Direitos Fundamentais e do Direito à Privacidade	73
3.3 Restrições aos Direitos Fundamentais e ao Direito à Privacidade	82
3.4 Possibilidade de Renúncia ao Direito à Privacidade	91
4. DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	101
4.1 Sociedade da Informação.....	101
4.2 O Panoptismo na Sociedade da Informação	110
4.3 Riscos da Internet à Privacidade.....	115
4.4 Intromissão Estatal na Privacidade.....	127
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

Desde sempre a *informação* desperta o interesse dos Estados e da iniciativa privada no intuito de, aprimorando seus conhecimentos, potencializar os resultados que lhe garantissem riquezas. Dessa maneira, o poderio econômico, político e social está proporcionalmente relacionado com o gerenciamento do volume de informações retidas pelo ente público ou privado.

A informação que, inicialmente era adstrita a um número limitado de pessoas, passava a desempenhar um papel de destaque na sociedade, na medida que seu alcance se tornava infinitamente maior com o desenvolvimento dos meios de comunicação, vislumbrando-se uma nova forma de organização social, política e econômica denominada *sociedade da informação*. Neste contexto, a informação ergue-se como principal ativo da sociedade, intensificando-se, nos mais diversos setores, o uso da tecnologia da informação para facilitar a coleta, a produção, o processamento, a transmissão e o armazenamento de dados.

As conquistas tecnológicas trazem em sua essência, por um lado, inegáveis benefícios à humanidade, facilitando sobremaneira o cotidiano das pessoas; por outro lado, é inquestionável que tais avanços acabam por exercer interferência, algumas vezes até nefasta, na vida privada e na intimidade dos indivíduos. Em consequência deste avanço tecnológico, o Homem se fascina com as novas facetas do conhecimento; a tecnologia da informação alcança todas as esferas: penetra no cotidiano do homem comum, remodela a forma de produção das empresas, aprimora a administração dos governos e empresas, transforma o padrão cultural das pessoas e relacionamento entre estas, ou seja, altera a concepção de vida que guiava as ações dos indivíduos, estimulando neste universo tecnológico uma maior afinidade do homem com o computador, expondo-se, por outro lado, cada vez mais em sua privacidade perante dos novos recursos tecnológicos.

O tema da proteção do direito à privacidade do Homem em face do avanço tecnológico, principalmente com o advento da internet, desperta uma acalorada discussão. De um lado, o interesse dos Estados em controlar tudo e dos prestadores de serviços da sociedade da informação em obter dados dos usuários da Rede para suas campanhas publicitárias, do outro, o cidadão comum, cujos dados pessoais caem no

domínio público, que anseia uma livre navegação e a comunicação na internet, isenta de qualquer tipo de monitoramento.

Entretanto, o mais surpreendente, é a constatação de que as pessoas, em face dos meios de divulgação da era tecnológica, sentem-se compelidas a abandonar sua privacidade. Neste cenário, os indivíduos acostumaram-se a ter sua vida privada e íntima devassadas; o passado e presente são investigados, com pouca oposição das pessoas; as informações pessoais são livremente arquivadas e comercializadas, inferindo-se desse contexto ser permanente a invasão, em suas inúmeras formas, na vida privada e na intimidade das pessoas.

O direito à privacidade, enquanto expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, destaca-se de elevada importância que sem a proteção dessa garantia todos os demais direitos subjetivos seriam irrelevantes para o seu titular, restando demonstrada a relevância deste direito ser assegurado como um mínimo invulnerável por todos os sujeitos da sociedade, neste caso, da sociedade da informação.

Diante disto, a problemática abordada justifica a realização do presente estudo. Dessa maneira, o enfrentamento do tema é feito por meio de uma pesquisa teórico-doutrinária e jurisprudencial, mostrando como os ordenamentos jurídicos, principalmente o brasileiro e o português tratam o direito à privacidade, bem como são analisados documentos que não receberam um tratamento analítico, como artigos em meio eletrônico e também aplicada a técnica de pesquisa da observação, estudando-se o comportamento de determinadas comunidades da internet, tal como o Facebook. Além disso, é analisado ainda as múltiplas facetas do direito à privacidade enquanto direito fundamental e é alertado para os riscos iminentes à privacidade na sociedade da informação. Para tanto, divide-se a presente dissertação em três capítulos.

O primeiro deles dedica-se em estudar os direitos gerais da personalidade, elencando quais as características inerentes a todos.

No segundo capítulo é apresentado o assunto do direito à privacidade, aludindo-se à relação entre a liberdade e a privacidade, ao conceito e às espécies de privacidade, à diferenciação entre intimidade e vida privada, ao panorama histórico do direito à privacidade, bem como analisa-se algumas questões acerca dos possíveis titulares do direito fundamental em estudo.

No terceiro capítulo, estuda-se a privacidade sob a luz da teoria geral dos direitos fundamentais, destacando-se a dupla dimensão (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais, analisa-se igualmente o âmbito de proteção do direito à

privacidade, levando em consideração as restrições a essa garantia e os limites a essas restrições, expõe-se as colisões do direito à privacidade com outros direitos fundamentais e com outros valores protegidos constitucionalmente, bem como a possibilidade ou não de renúncia ao direito à privacidade, especialmente no que respeita aos chamados *reality shows*.

O último capítulo é dedicado a analisar o direito à privacidade no contexto da sociedade da informação, expondo primeiramente a origem e as principais características da sociedade da informação. Buscando uma melhor compreensão do tema, recorre-se ao estudo do *panoptismo* de Michel Foucault, fazendo destaque às origens da disciplina e do controle do comportamento dos indivíduos, enquanto uma forma de exercício de poder. Em seguida, é exposto o núcleo central do trabalho, qual seja, a adequação do direito à privacidade na sociedade da informação, expondo os riscos que a internet causa a esse direito fundamental, bem como a questão da intervenção do Estado na esfera da vida privada por meio da coleta de informações pessoais.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO GERAL

A idéia de personalidade humana comporta duas acepções: a originalidade humana e a idéia de interdependência social e ambiental. Isso significa que, para que se possa compreender a personalidade humana, deve levar-se em consideração os “*fluxos e refluxos, umas vezes complementares outras contraditórios, emergentes quer da autonomia do homem quer da integração comunitária, nas suas recíprocas interações*”¹.

Para satisfazer os anseios básicos nas relações jurídicas, o ser humano adquire direitos e deveres no âmbito social. De acordo com Diniz, a personalidade não é um direito, de forma que seria errado afirmar que o ser humano tem direito à personalidade, pois esta é que ampara os direitos e deveres que dela emanam, sendo um objeto de direito². Personalidade, em sentido jurídico, é a aptidão para ser titular de direitos e deveres perante determinada ordem jurídica, sendo o Estado o ente competente para reconhecer os direitos da personalidade, por meio de normas constitucionais ou infraconstitucionais, com o intuito de coibir os abusos praticados pelo próprio Estado ou por outros indivíduos³.

Assim, de um lado, a tutela da personalidade humana exige a proteção dos seus bens interiores, o resguardo e a preservação do seu espaço vital, ou seja, das condições externas, sociais e ambientais, essenciais à sua constituição, sobrevivência e desenvolvimento, assim como a defesa das manifestações exteriores dessa personalidade e preservação de cada personalidade nos bens coletivos. Ademais, por outro lado, a tutela dos bens em cada personalidade humana se encontra limitada pela necessidade de proteção das demais personalidades da comunidade, em face a idênticos bens ou a idênticos direitos sobre os mesmos bens, o que leva à exigência de abdição ou sacrifício, de modo que os danos à personalidade só ganhem destaque quando ultrapassam determinado limite⁴.

¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. Página 184.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Páginas 133-134.

³ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. Página 37.

⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Páginas 184-185.

Percebe-se, assim, que o estudo sobre o *direito à privacidade* deve ser precedido pela compreensão dos direitos gerais da personalidade, uma vez que este é o gênero do qual aquele é a espécie.

Com relação à sua origem, não existe um consenso entre os estudiosos. Alguns afirmam que os direitos da personalidade têm marco inicial na Grécia com as *dike kakegorias*, outros em Roma, com a *actio injuruarum*⁵. Entretanto, para terceiros, a tutela destes direitos apareceram durante a Idade Média, quando o homem passou a dar importância à espiritualidade e, através de uma busca interior, teve consciência da existência da sua personalidade e da devida proteção que esta necessita⁶.

Apesar das discordâncias acerca de sua origem, existe uma harmonia em afirmar que, *por meio do Cristianismo*, houve um reconhecimento destas prerrogativas pelo Estado, sobretudo pelos ideais de *dignidade* e de *igualdade* dos homens. O Cristianismo, por reconhecer no ser humano um princípio divino e eterno, embasou a noção de dignidade da pessoa humana, que não deu destaque apenas para si própria, mas também em função de seus anseios e potencialidades⁷. É alheio ao objetivo desta pesquisa determinar exatamente quando se deu a sua origem, mas o que se tem por certo é que, *durante o século XX*, ganhou maior relevo o debate acerca dos direitos da personalidade que, gradualmente, foram sendo introduzidos nos códigos civis e, posteriormente, nas constituições de cada Estado.

Foi, portanto, com o Direito contemporâneo que se iniciou o reconhecimento jurídico da dignidade humana, levando-se em consideração o ser humano como um indivíduo possuidor de consciência, sentimentos e ideais. A evolução da noção de dignidade da pessoa passa obrigatoriamente por Kant, que afirma ser “*um atributo do homem enquanto este, dotado de um intelecto moral e prático, concebe-se não somente como parte da natureza, mas como sujeito de uma autonomia prática*”⁸.

Da análise conjugada do artigo 66.º n.º 1 do Código Civil português⁹, o qual dispõe: “*A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com*

⁵ Frederico de Castro y Bravo *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Página 48. O autor afirma, também, que são apontados textos jurídicos nos quais aparece ressaltada a necessidade de proteção à vida, ao corpo, à honra, à liberdade, assim como contra o sofrimento físico injustificado.

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. 1998. Página 49.

⁷ DODENA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Página 71.

⁸ DODENA, Danilo. Op. cit.. Página 72.

⁹ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Código Civil português*. Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em:

vida.”, com o artigo 1º da Constituição da República portuguesa¹⁰, que vaticina “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como com o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹, o qual dispõe: “Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica”, concluímos que a dignidade da pessoa humana decorrerá da premissa de que todo homem, entendendo este como ser humano, terá personalidade jurídica.

No entanto, de nada valeria o reconhecimento da condição de pessoas sem a outorga de um mínimo de direitos, como, por exemplo, a preservação da vida, uma pré-condição para o exercício de todos os outros direitos. Dessa forma, os assim chamados direitos personalíssimos ou direitos da personalidade são incidentes “sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade”, como sobre a vida, a integridade física e psíquica, a imagem, a honra, a privacidade, etc.¹². Assim, conclui-se que esta ordem jurídica reconhece aos sujeitos a titularidade de personalidade jurídica, por serem titulares de relações jurídicas e, portanto, dotados de direitos e obrigações. Todavia, faz-se imperioso o reconhecimento de um círculo de direitos necessários, de conteúdo mínimo, porém imprescindível, da esfera jurídica de cada pessoa, para que se conceda ao sujeito condições básicas de dignidade da pessoa humana e, assim, possa figurar nas relações jurídicas.

Com a personalidade jurídica advém a titularidade de certos direitos subjetivos essenciais, gerais, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e imprescindíveis, os quais recebem a denominação de direitos da personalidade, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica admite sua defesa contra ameaças. O direito objetivo autoriza a defesa dos direitos da personalidade, que são as prerrogativas da pessoa de fazer uso e dispor daquilo que lhe é

«http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis». Acessado em 08 de junho de 2013.

¹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. *Constituição da República portuguesa de 1976*. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art01>». Acessado em 09 de junho de 2013.

¹¹ ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Resolução n. 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: «http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf». Acessado em: 10 de junho de 2013.

¹² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Página 100-101.

próprio, isto é, um poder da vontade do titular aliada a uma obrigação jurídica de abster-se daquele poder por parte de outrem¹³.

A referida personalidade jurídica está inserida na aptidão que todo ser humano tem em ser parte central de uma relação jurídica. No entanto, não se pode afirmar que a capacidade de ser centro *autônomo*¹⁴ de relações jurídicas decorre de uma atribuição da ordem jurídica, mas sim de um reconhecimento pela mesma. Assim, os direitos da personalidade existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio Homem. A sua inserção em códigos somente veio conceder-lhes proteção específica, mas não estabelecer a sua existência.

Nesse sentido, e de acordo com o entendimento *supra* mencionado, afirma-se que o *Direito Natural* é o fundamento basilar dos direitos da personalidade, no qual se menciona serem direitos essenciais, originários ou *inatos*, pela razão de que pressupõe preexistirem ao reconhecimento jurídico, assim considerados por serem conaturais ao Homem, corresponderem à sua natureza, indissolúveis à pessoa. Esta concepção teve origem durante a Revolução Francesa, com o surgimento de idéias políticas contrárias ao absolutismo do Estado, com menção no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte francesa 20-26 de agosto de 1789¹⁵.

Assim, perceber-se essa designação dos direitos da personalidade como inatos, advindo diretamente da condição de ser humano, pressupõe o fato de que o direito não pode reduzir-se somente à sua forma positiva, ou seja, não pode estar apenas adstrito à previsão normativa, haja vista os direitos do homem não derivarem de uma concessão do Estado, mas sim terem sua origem ligada à condição de ser humano do sujeito. Reforçando o pensamento de que as previsões constitucionais e legislativas não lograram êxito em tutelar de forma exaustiva todas as manifestações da personalidade, vale mencionar, como um exemplo, o direito à opção sexual, que não consta expressamente na maioria das cartas magnas. Não pode, deste modo, afirmar-se que o

¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. Página 145.

¹⁴ ALMEIDA, Teodoro bastos de. *O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado*. Boletim da faculdade de Coimbra. Vol. LXXIX. Coimbra, 2003. Página 356.

¹⁵ “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o olvido ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, têm decidido expor, em uma Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...”. SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003. Página 11.

rol de situações que tratam dos direitos da personalidade é taxativo¹⁶, sob pena de permitir que alguma prerrogativa não receba a tutela devida.

Todavia, na atual conjuntura política da humanidade, somente parece ser possível reconhecer como direitos aquelas faculdades que o Estado, conforme a ordem jurídica, possa garantir, proteger e assegurar tutela, pois, se assim se não pensar, haveriam apenas interesses individuais, os quais cada um defenderia da forma que lhe fosse possível, sem qualquer amparo ou garantia estatal¹⁷.

Os direitos da personalidade, com relação a sua oponibilidade, são também classificados como *absolutos*, uma vez que se sobrepõem a outras pessoas, impondo um dever geral de respeito, são oponíveis *erga omnes*, como resulta do n.º 1 do art. 70.º do Código Civil português.

Ainda relativamente a esta matéria, Jabur faz um paralelo entre os direitos reais e os direitos da personalidade, afirmando que se até mesmo aqueles, prescindíveis à essencialidade do ser humano, possuem poder jurídico oponível a todos, mais necessário se mostra o dever geral de abstenção em nome dos direitos essenciais e perpétuos da pessoa. Em suma, se do caráter puramente patrimonial de outros direitos resulta o poder de abstenção da coletividade e exigência de observação das faculdades deles advindas, aos bens de caráter personalíssimo, que possuem natureza extrapatrimonial e imaterial, ligados à idéia de desenvolvimento espiritual do sujeito, mostra-se relacionada a obrigação de coibição por todos, *inclusive*, pelo próprio Estado¹⁸.

Relativamente ao vocábulo *absoluto*, conferido pela doutrina aos direitos da personalidade, existe uma impropriedade categórica, haja vista tais direitos não possuírem o caráter absoluto pretendido pelo sentido puro do termo. Direitos absolutos ou irrestritos são, tecnicamente, desconhecidos no mundo moderno, uma vez que até

¹⁶ Existe atualmente uma discussão doutrinária em torno da existência de um *direito geral da personalidade* ou de *direitos da personalidade*. Alguns doutrinadores afirmam existir um *direito geral da personalidade*, *numerus apertus*, ou seja, esse direito possui natureza jurídica enunciativa, em face da impossibilidade de enumeração legislativa de todas as hipóteses de direitos inatos. Esta teoria é nomeada de teoria monista. Todavia, existe uma outra corrente, chamada de pluralista, que defende que tais direitos recaem apenas sobre os *bens expressamente previstos na legislação*, impossibilitando uma interpretação elástica, ou seja, de acordo com esta teoria opta-se por uma previsão *numerus clausus*.

¹⁷ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit.. Página 12. O autor não discorda que diversas são as fontes de direito que não somente a lei em sentido estrito. Existem outros direitos, além dos previstos pelo direito positivo, como as fontes, os costumes, a jurisprudência e também a doutrina, afirmando, ainda, que estas fontes diversas da norma escrita que vão sendo reveladas pelo evoluir do pensamento jurídico integram o sistema jurídico, antes mesma da normatização, “*pelo fundamento da recepção implícita*”, quando não são excepcionados ou contrários ao sistema.

¹⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Páginas 68-69.

mesmo a vida encontra obstáculo em casos peculiares, a exemplo da exceção feita pela ordem jurídica brasileira que prevê pena de morte nos casos de guerra declarada – art. 5º, XLVII, *a*, e 84, XIX da Constituição Federal brasileira¹⁹.

Ainda sobre a impropriedade do vocábulo *absoluto*, tendo em vista sua natureza essencial, é evidente sua preponderância de valores frente aos direitos reais e pessoais. Pode-se até mesmo hierarquizar as espécies de direitos, na qual a categoria dos direitos da personalidade ocupam o topo, mostrando-se supremos perante os que têm valores patrimoniais, ou ainda àqueles que identificam ações do Estado²⁰, mostrando-se, assim, absolutos em si, uma vez que possuem valores essenciais ao desenvolvimento da personalidade do sujeito. Todavia, não se pode afirmar que os direitos da personalidade sejam *absolutos entre si*, pois não existe hierarquia dentre os direitos da referida categoria. Todos convivem com os mesmos predicados e dimensão de existência e tutela²¹.

Deste modo, os direitos da personalidade não são direitos absolutos com relação ao seu conteúdo, mas apenas no sentido da sua oponibilidade *erga omnes*, “*pois estão condicionados por exigências de ordem moral e de ordem jurídica que obrigam a estabelecê-los frente aos direitos dos demais homens e imperativos do bem comum*”²². Ademais, ainda que sejam categorizados como absolutos, no sentido de oponíveis contra todos, deve ter-se consciência de que esta qualificação não se dá sob todas as circunstâncias, pois, mesmo que o direito da personalidade possa ser oponível como um dever geral de abstenção ou exclusão, não se pode fazê-lo de forma irrestrita, haja vista que existe a possibilidade de choque com outras prerrogativas. A resolução de conflitos entre direitos fundamentais e/ou outros valores constitucionais será tratado mais profundamente no item 3.2.

Levando em consideração que os direitos da personalidade estão inseridos no campo das relações jurídicas pessoais, afirma-se que eles não são direitos patrimoniais, mas sim *extrapatrimoniais*, pois não são computáveis na situação econômica de seu titular, ao passo que os respectivos bens jurídicos-pessoais, que formam seu objeto, não

¹⁹ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 69.

²⁰ A não ser quando relacionadas a valores da própria personalidade.

²¹ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 73. Buscando exemplificar a inexistência hierárquica entre os direitos da personalidade, o autor menciona o choque entre: (i) o direito à liberdade (de opção) *versus* o direito à vida, como nos casos de eutanásia ou suicídio; ou o choque entre aquele e o direito à integridade corporal, no caso dos participantes de esportes violentos e perigosos, e (ii) direito à liberdade de expressão *versus* direito à honra, à intimidade e à imagem. Estas são situações em que se percebe que nenhum direito personalíssimo se considera irrestrito, ilimitado, diante de outro.

²² TOBENAS, José Castan *apud* JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 69.

respondem pelas dívidas patrimoniais, muito embora possam trazer alguma utilidade financeira como, por exemplo, mediante exploração da própria imagem, ou até mesmo resultar em obrigação de indenizar, no caso de uma lesão a qualquer destes direitos.

Assim, analisando a esfera jurídica global do Homem, vê-se que os direitos da personalidade fazem parte do chamado *hemisfério pessoal*, que se relaciona à categoria do *ser* e não do *ter* do sujeito, apesar de ser possível influir nesta, conforme se referiu *supra*, não tendo como objeto coisas do mundo externo ou pessoas que não sejam o próprio titular. É a partir desta premissa pessoal dos direitos da personalidade que se originam as características de intransmissibilidade, indisponibilidade relativa e imprescritibilidade²³.

Relativamente ao seu caráter *intransmissível*, afirma-se que tais direitos pessoais são insusceptíveis de serem transferidos de um sujeito para outro, pois evidenciam íntima e estrita relação com o titular, servindo unicamente para seus propósitos e necessidades, em razão da natureza jurídica dos bens jurídicos que compõem o objeto da personalidade humana. Dessa forma, não podem ser cedidos, onerados ou sub-rogados em benefício de outrem, em face da inseparabilidade do sujeito, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico contrário à ordem, conforme dispõem o art. 280.º, n.º 2 do Código Civil português e n.º 1 do art. 81.º do mesmo diploma²⁴. Também não respondem por dívidas do patrimônio e não podem ser objeto de penhora, nos termos dos art. 601.º do Código Civil português e 821.º e 822.º do Código de Processo Civil português, que limitam a execução ao âmbito patrimonial²⁵.

Necessário se torna, todavia, fazer uma ressalva acerca desta intransferência dos direitos da personalidade, qual seja a transmissibilidade *mortis causa*, que conserva alguns direitos cujas potencialidades não desaparecem com a morte do sujeito. Capelo de Sousa, sabiamente, explica que este processo de transmissão se dá por uma mutação no ciclo da personalidade, que extingue, no âmbito dos direitos da personalidade, aqueles ligados à vida do seu titular. Porém, com relação aos direitos remanescentes do *de cuius*, ocorre uma sucessão ou uma “*aquisição derivada translativa mortis-causa*” de direitos pessoais, que funciona com base nos presumíveis interesses pessoais do falecido como se estivesse vivo, com fundamento em garantir a legitimidade processual

²³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Páginas 414-415.

²⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 403.

²⁵ Relativamente ao Código Civil brasileiro de 2002, este é explícito ao afirmar que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício ter limitação voluntária, conforme o art.º 11 do mencionado diploma.

a todos aqueles relativamente aos quais se reconheceu interesse para agir em nome do *de cuius*, em função dos prováveis laços que os ligavam^{26 27}.

Em face da natureza essencial e indissociável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral do ser humano (como, por exemplo, a vida, a liberdade, a honra, a dignidade da pessoa humana) tais direitos não são, via de regra, disponíveis para que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua estrutura física, psíquica e intelectual. Dessa forma, a título de exemplificação da *indisponibilidade*, não pode o ser humano renunciar à sua dignidade ao ponto de reduzir-se à escravidão, assim como não se pode abdicar do direito à vida²⁸; por exemplo, não são lícitas cláusulas de exclusão de responsabilidade civil quando são previstos danos ao corpo humano de um dos contraentes²⁹ e não é permitido um contrato de trabalho por prazo vitalício.

Todavia, apesar dos direitos da personalidade serem indisponíveis ao titular, é admitida, de forma eventual, desde que balizada por certos limites, em situações excepcionais, a cessão do seu exercício. Com efeito, ocasiões há em que permite que o sujeito ativo dos direitos da personalidade possua a faculdade jurídica de, em caráter relativo, dispor do exercício destes, mas não da titularidade, sem sacrificar a própria dignidade³⁰. É nesse sentido que o art.º 11 do Código Civil brasileiro trata com excepcionalidade estes casos especiais, que permite a disposição dos direitos subjetivos, quando afirma que “*com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”, ficando claro o seu caráter de indisponibilidade relativa.

O caráter irrenunciável dos direitos da personalidade não impede uma possível abdicção do consentimento do lesado, sem que produza a extinção do direito. A limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade carece, todavia, para ter

²⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 404.

²⁷ Acerca da transmissão *mortis causa*, merecem destaque as disposições contidas no Código Civil português de 1966. De acordo com o diploma lusitano, no seu art.º 71, n.º 1 “os direitos da personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular”. Este Código arrola, logo em seguida, os legitimados processuais (*vide* art.º 71.º, n.ºs. 2 e 3). Desta forma, percebe-se uma maior deferência dos direitos da personalidade relativamente aos demais direitos, tendo em vista a sua nobre natureza.

²⁸ De facto, o homem pode suicidar-se, o que seria uma forma de disposição do seu direito à vida. Porém, caso tal ato seja cometido, esta faculdade não é reconhecida como jurídica. Apesar de, factualmente, o titular dos direitos da personalidade poder praticar atos ilícitos, tal não significa que estes correspondam a uma posse jurídica. Cfr., CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 405.

²⁹ Nos termos dos arts. 340.º, n.º 2 e 809.º do Código Civil português.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Volume 1, 11.ª Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2013. Página 181.

validade como negócio jurídico ou para servir como excludente de ilicitude do ato lesivo e responsabilidade civil do lesante, deve estar de acordo com os princípios da ordem pública³¹.

Assim, pode ainda, concluir-se que: a) a disposição voluntária do exercício dos direitos da personalidade deve ter caráter *transitório*³², sob tempo determinado, já que não é possível cedê-los de forma absoluta; b) *específica*, com objeto determinado, pois não se pode dispor de toda a sua personalidade; c) *voluntária*, ou seja, que a vontade de limitação dos seus direitos tenha sido declarada de forma livre e esclarecida, livre de qualquer coação ou simulação; e d) que *não seja contrária aos princípios da ordem pública do Estado*³³, *supra*, sob pena de ser considerada nula³⁴.

Sobre o seu caráter *imprescritível*, vale, inicialmente, mencionar que os poderes emanados dos direitos da personalidade permanecem fincados eternamente na esfera do titular, sendo assim considerados *vitalícios*, e ainda, *perpétuos*, por serem tutelados mesmo após a morte do seu respectivo titular sem restrições temporais³⁵. Entretanto, Carlos Pinto critica a redação do art. 71.º, n.º 1 e 2 do Código Civil Português, ressaltando que apesar do caráter imprescritível, somente são legitimados para requerer providências contra ameaças ou ofensas aos direitos da personalidade o cônjuge sobrevivente ou qualquer, descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do *de cujus*, o que retira deste a titularidade dos referidos direitos, cuja personalidade cessou com a morte³⁶.

Por envolverem uma aclamada ordem pública, tem-se que os direitos da personalidade não são passíveis de prescrição extintiva, no sentido de que não existe um prazo para o gozo destes, ou seja, não se extinguem pelo não uso. Segundo Capelo de Sousa, tal ocorre em função da *inerência, inseparabilidade e necessariedade* entre os bens de personalidade e o titular de direitos, e pelo fato do seu exercício se dar tanto

³¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit.. Página 215.

³² Com relação ao caráter transitório da limitação voluntária dos direitos da personalidade, vale aqui ressaltar-se que são revogáveis a qualquer tempo, *discricionária* e *unilateralmente*, tendo em vista que o titular do direito poderá valer-se do seu direito de arrependimento, sem prejuízo do dever de indenizar as expectativas legítimas da parte contrária da relação jurídica, conforme o n.º 2 do art. 81.º do Código Civil português. No que toca a indenização pela revogação unilateral do consentimento, não são indenizáveis todos os prejuízos causados, mas somente os provenientes daquela, em face da razoável confiança de parte adversa na manutenção do acordo, nos termos dos arts. 562.º e segs. do Código Civil português.

³³ Ordem pública é “o conjunto de princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas.”; PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit.. Página 557-558.

³⁴ Cfr. n.º 1 do art. 81.º do Código Civil português.

³⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 413.

³⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit.. Página 211.

pela ação como pela omissão³⁷. Assim, como não pode ocorrer prescrição aquisitiva ou usucapião, conforme o art. 1287.º do Código Civil português, pois não se trata de direitos reais, não é admissível o direito de propriedade de uma pessoa sobre outra. De resto, a posse está já afastada pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Entretanto, não há como confundir com a prescritibilidade da pretensão de reparação por eventual violação de um direito da personalidade. Caso exista uma transgressão, consistente num ato singular, surge a partir deste instante, para o titular do direito da personalidade violado, uma pretensão correspondente, que poderá extinguir-se pela prescrição, por exemplo, no caso em que determinado sujeito tem sua honra difamada, tendo assim de observar o prazo legal de ingresso em juízo para requerer a devida retração, sob pena de perda do direito de ação. Portanto, mesmo com a prescrição de ver seu direito reparado em juízo, não significa que haja o esgotamento do direito da personalidade sobre o qual se embasa³⁸.

Ainda sobre as características dos poderes e bens jurídicos emergentes da tutela geral da personalidade, como já exposto anteriormente, a maioria destes são inatos ou originários, pois são conaturais ao titular dos direitos, no sentido de que derivam do reconhecimento da personalidade jurídica, sem qualquer pressuposto diverso para esse reconhecimento. Entretanto, em face do art. 70.º, n.º1 do Código Civil português³⁹, é possível observar uma interpretação mais abrangente acerca da noção de direitos da personalidade, que se estende aos direitos *adquiridos*, ou seja, aos direitos que necessitam da existência de outros, bem como de requisitos posteriores a si, para que sejam reconhecidos, sem prejuízo da própria personalidade jurídica. A título de exemplificação, mencionam-se alguns poderes jurídicos provenientes da tutela geral da personalidade que somente são reconhecidos da titularidade do sujeito em momento ulterior à aquisição da personalidade jurídica como, de entre outros, os poderes relativos ao direito ao nome, ao direito moral ao autor⁴⁰.

A mencionada distinção serviu para confirmar a tutela dos direitos da personalidade na esfera jurídica do titular, fundamentando-os na sua essencialidade e, assim, atribuindo-lhes uma certa irrevogabilidade pela lei. Tal ocorreu, principalmente,

³⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 413.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 1, parte geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 196.

³⁹ Art. 70.º, n.º1 – “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. PORTUGAL. *Código Civil português*. Op. cit.. Acessado em 17 de junho de 2013.

⁴⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 417.

por força da constitucionalização de diversos direitos fundamentais, que versam sobre a personalidade⁴¹, nomeadamente dos próprios direitos gerais de personalidade, afirmando-se que uma lei ordinária somente poderia restringir estes direitos “*nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. Acresce que essas leis restritivas “*têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance essencial dos preceitos constitucionais*”, nos termos dos n.ºs. 2 e 3 do art. 18.º da Constituição da República portuguesa. Ainda nesse sentido, nos termos da alínea *b*) no n.º 1 do art. 168.º da carta magna lusitana, é da competência exclusiva da Assembléia da República legislar sobre direitos fundamentais de personalidade, salvo em caso de autorização ao Governo, demonstrando-se assim, o cuidado especial que o legislador constituinte teve nesta matéria. Acresce que, também em face deste carácter pético do direito geral de personalidade e dos direitos especiais de personalidade fundamentais, a alínea *d*) do art. 288.º da Constituição portuguesa é rígida relativamente aos limites materiais de revisão constitucional.

Deste modo, seguindo o entendimento de Capelo de Sousa, tendo em vista o tratamento diferenciado que sofrem os direitos da personalidade *originários* dos *adquiridos*, conclui-se, teoricamente, que aqueles que são inerentes à própria pessoa humana – quais sejam os *originários* – deverão ser mais delineados às possíveis restrições legais, mais condicionados às autorizações legislativas ao Governo e mais restritos no que respeita à revisão constitucional⁴².

Diante das características dos direitos da personalidade, percebe-se que estes visam, de forma bem acentuada, a proteção do indivíduo em si, concedendo-lhes um direito subjetivo de exigir dos outros o respeito pela sua própria personalidade, sem o qual esta não poderia desenvolver-se livremente. Conforme Miranda:

«Os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanações da personalidade humana; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e

⁴¹ Este fenómeno é decorrente da premissa de que a pessoa humana é o bem supremo da ordem jurídica, sendo, ao mesmo tempo, o fundamento e a finalidade desta.

⁴² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 419.

jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana ou a defesa da própria dignidade»⁴³.

Assim, conclui-se pela *imprescindibilidade* dos direitos da personalidade, pois, caso o Homem não possuísse essa tutela mínima, a existência de todos os outros direitos subjetivos estaria prejudicada. Ademais, concluímos, ainda, que estes direitos foram reconhecidos com o fim de proteção da dignidade da pessoa humana, devendo, assim, versar sobre as diversas situações possíveis e apresentar-se de forma integrada em todo o ordenamento jurídico.

Tratando-se mais diretamente do direito à privacidade, que é o foco da presente investigação, resumem-se, desde já, nos ensinamentos de Campos o reconhecimento deste no rol dos direitos da personalidade, nos termos *supra* explanados:

«O direito à intimidade e à privacidade são direitos da personalidade. São expressão e tutela jurídicas da estrutura e das funções da pessoa, do seu ser e da maneira de ser. O direito tem fundamento axiológico (que é sua justificação, e sem o qual se transforma em instrumento de opressão) que é imposto pela pessoa humana. O direito é produto do homem e feito para o homem. A primeira e principal tarefa do jurista é reconhecer e descrever os direitos da pessoa. A pessoa humana é anterior e superior à sociedade. Impõe-se, portanto, ao direito. Este tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e declarar os seus direitos»⁴⁴.

Em face desta citação, percebe-se que os direitos à privacidade são ora denominados de direitos da personalidade, ora apelidados de direitos fundamentais. Assim, há que deixar claro que o direito da personalidade tem sido *desfibrado* em múltiplos direitos fundamentais, numa grande afinidade com a dignidade da pessoa humana, com o intuito de desenvolvimento da personalidade do Homem, visando uma maior proteção da esfera jurídica do titular⁴⁵. Deste modo, percebe-se que os direitos da personalidade se encontram constitucionalizados em um grau máximo, e declarados, do ponto de vista legal, como direitos fundamentais. Assim se obedece ao objetivo principal do legislador de garantir juridicamente os atributos inerentes à pessoa humana, defendendo a essência da sua personalidade, sendo imprescindível para o

⁴³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5ª Ed., Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Páginas 73-74.

⁴⁴ CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995. Página 38.

⁴⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995. Página 212.

desenvolvimento integral da pessoa humana e, em todo caso, garantindo as suas qualidades mais peculiares e definidoras⁴⁶.

Na doutrina espanhola, percebe-se uma notável divisão entre as perspectivas constitucional e civil dos direitos da personalidade, no qual aqueles são tratados como direitos fundamentais e estes bens da personalidade, mas que também possuem o alcance de direito fundamental. Deste modo, pode concluir-se que os direitos da personalidade operam no âmbito do direito privado, enquanto os direitos fundamentais regem as relações entre os indivíduos e o poder público⁴⁷, embora ambos tenham um denominador fundamental em comum: *a proteção da dignidade da pessoa humana*.

Após esta inicial exposição sobre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, é nosso intuito avançar este trabalho, afinando o tema, o que, por outras palavras significa que iremos, de agora em diante, analisar o direito à privacidade e as suas generalidades.

⁴⁶ DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson S. L., 2000. Página 111.

⁴⁷ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Página 111.

2. DIREITO À PRIVACIDADE

2.1 Liberdade e Privacidade

Antes de analisar a matéria conceitual relacionada com a privacidade propriamente dita, necessário se torna fazer uma abordagem acerca da relação existente entre esta e a liberdade.

Dentre estes dois conceitos há uma forte relação de interdependência, na qual um necessita do outro para que se façam valer na sua integralidade. Para que se possa exercer a liberdade de consciência, de expressão e de crença, por exemplo, pressupõe-se o exercício do direito de privacidade, devendo ser garantido a qualquer pessoa um espaço reservado, inviolável, para que possa abster-se da censura alheia, dos olhares da sociedade, garantindo assim, interação com seu íntimo interior, e, por fim, exercício do direito de autodeterminação. Portanto, mostra-se fundamental a proteção desempenhada pela privacidade para que o indivíduo tenha o pleno gozo da liberdade.

Conforme Delgado, deduz-se que tanto de um conceito negativo de liberdade, como de um conceito positivo, se percebe a existência de uma correlação com a privacidade. Quanto ao caráter negativo da liberdade, prega-se a proibição da intervenção, por terceiros, em atividades próprias do titular, defendendo, assim, o direito de ser deixado em paz, o direito de entrincheirar-se na vida privada, fruto da desconfiança em face do vizinho, da sociedade, do Estado ou qualquer outro ente, por ser um inimigo em potencial. Desta forma, o autor conclui que quanto maior for a proibição de interferência na privacidade do indivíduo, maior será a liberdade. Ademais, com relação ao conceito positivo de liberdade, defende-se que o indivíduo é *senhor de si mesmo*, sobressaltando a sua soberania individual, livre de obstáculos, sendo a privacidade uma necessidade da liberdade, uma consequência inescusável, com fulcro na própria racionalidade do ser humano⁴⁸.

Relativamente a esta abordagem inicial, destacam-se, ainda, os ensinamentos de Dotti, que afirma existir um “*direito à liberdade da vida privada*”, ou seja, considera-se que o Homem deve ser resguardado de intromissões na sua privacidade,

⁴⁸ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Páginas 44-45.

para que possa gerir sua vida conforme a própria vontade⁴⁹. Esta liberdade concederá espaço para decidir sem interferências, mostrando-se um pressuposto fundamental para o exercício de outros direitos, não somente os de caráter pessoal, mas também os sociais, pois sem esse essencial livre-arbítrio, o pleno desenvolvimento da personalidade estaria comprometido e seria impossível a participação no âmbito da sociedade.

Todavia, ao mesmo tempo em que a privacidade protege a liberdade, observa-se que o contrário também é possível. Consequentemente, dependendo uma da outra para que garantam a sua existência, não se assegura privacidade sem plena liberdade e nem se possui liberdade sem disponibilidade de uma total privacidade. Tal pode ser, claramente, comprovado nos Estados que adotam regimes políticos de repressão para o controle social, como o fascismo, ditadura e nazismo, em que se reduz drasticamente o direito à privacidade dos indivíduos. Esses regimes políticos utilizam-se de artifícios peculiares para a detenção do poder, sendo indispensável a intromissão na liberdade de pensamentos, de crenças e de expressão dos cidadãos para um efetivo controle da vida privada dos indivíduos.

Outra situação em que se pode perceber a existência de uma dependência da liberdade para assegurar a privacidade mostra-se quando o sujeito busca a proteção da sua intimidade e vida privada no que diz respeito à opção, como titular do direito, de expor ou não, e o quanto deseja expor, a respeito de si mesmo perante terceiros. Assim, entende-se que o direito à privacidade se afigura como um exercício da liberdade do indivíduo de decidir se deseja expor-se, ou não, e o quanto quer exhibir da sua vida privada.

De acordo com Jabur, o direito à privacidade é decorrente do efetivo exercício de liberdade⁵⁰, na medida em que aquele abriga o direito à quietude, à paz interior, à solidão e ao isolamento contra a curiosidade pública, de tudo que possa interessar à pessoa, evitando que se desnude sua vida privada; enquanto este tutela o direito de livre arbítrio daquilo que o titular deseja ou não, e com que intensidade, revelar da sua

⁴⁹ DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 66, abril/jun. 1980. Disponível em: «<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181214>». Acessado em 20 de junho de 2013. Página 132.

⁵⁰ Ademais, o autor acentua ainda ser inegável que o direito à liberdade precede o direito à privacidade, haja vista que seu conteúdo e extensão são permitidos e acentuados através de uma opção desimpedida do que pode, ou não, pertencer ao círculo limitado do “eu”, não comunicando este com terceiros. JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 260.

intimidade e vida privada para o exterior, resguardando-se da forma que lhe for mais conveniente⁵¹.

Assim, comprovada a relação de coexistência entre privacidade e liberdade, enaltece-se a essencialidade da privacidade como único meio para assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, livre de intromissões, assim como a autodeterminação destes.

2.2 Conceito e Espécies de Privacidade

Dando prosseguimento ao estudo do direito à privacidade, seguir-se-á uma abordagem da conceituação e as diferentes categorias, conforme seu âmbito de proteção.

Estabelecer uma definição precisa de *privacidade* parece ser um trabalho de realização inexecutável, pois, por abranger vários conceitos e ser estendido inúmeras vezes para alcançar outras situações, acaba por não possuir teor próprio, o que torna sua conceituação vazia e obscura. Pinto afirma discordar da ampliação deste conceito dentro do mundo jurídico para abarcar situações infinitas, tornando-o “*imprestável, como um verdadeiro conceito elástico*”, sem o mínimo de exatidão imprescindível para servir de base a um regime jurídico coeso⁵².

Nesta mesma linha, com inteira razão Dotti, assevera que:

«A insegurança com que a doutrina e a jurisprudência têm preenchido o conteúdo do direito à vida privada e a falta de precisão conceitual quanto a certos aspectos da intimidade, fazem com que se estabeleçam ligações pouco nítidas com interesses jurídicos amparados por outros ramos distintos da personalidade. (...) [É], com efeito, fácil verificar-se com que falta de precisão conceitual surgem, por vezes, opiniões em que, a respeito do direito à intimidade da vida privada, se invocam atributos da personalidade ou simples interesses exteriores que antes se enquadram no objeto específico de outros direitos da personalidade ou de distintos direitos subjetivos. Refira-se, por exemplo, a invocação do direito à intimidade para defesa de valores integrantes da liberdade de pensamento ou de expressão deste, do direito a ter nome ou ao nome, e do direito à honra e consideração ou para mera tutela de

⁵¹ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 260.

⁵² PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXIX. Coimbra, 1993. Páginas 504-505.

simples interesses de sigilo ou de propriedade ou de pudor, que só indiretamente respeitam, por vezes, a aspectos da intimidade»⁵³.

Assim, a maneira mais razoável de buscar uma conceituação do tema é, primeiramente, delimitar os interesses tutelados pelo direito à privacidade, distinguindo-os daqueles que, de forma errônea, ultrapassam os limites dos direitos que os protegem e invadem o alcance que a *luz da privacy* abarca.

Deste modo, primeiramente, convém distinguir a tutela exercida pela proteção à honra⁵⁴ e a proteção à privacidade, separando-as entre *esfera individual* e *esfera privada*. Assim, tem-se que aquela busca proteger o bom nome e a reputação contra abusos difamatórios exercidos por terceiros. Além disso, na esfera individual, o titular é visto como parte do meio social, relacionando-se com os seus semelhantes. Já na esfera privada, o Homem relaciona-se apenas com sua individualidade, posicionando-se no seio da sua intimidade ou isolamento, na qual se resguarda a individualidade do cidadão, concedendo-lhe a pretensão de conservar a sua paz interior contra a publicidade e a eminente indiscrição dos concidadãos⁵⁵.

Ademais, também estão excluídos do âmbito de proteção do direito à privacidade outros interesses como a reputação, o bom nome, a livre fruição, seja ela econômica ou não, de qualidades pessoais como o nome ou a identidade⁵⁶. Sendo assim, o direito à privacidade abrange apenas aspectos inerentes ao sujeito, episódios pretéritos ou ocasiões específicas da vida privada que interessam manter sob sigilo, evitando-se, assim, que haja uma extensão equivocada da tutela dos bens deste direito, conforme exposto acima. Desse modo, após despender-se grande empenho para isolar o núcleo do direito à privacidade a fim de que seja possível precisar o seu conteúdo, tem-se que o direito à privacidade possui um cunho puramente relacionado com a *informação* num sentido amplo, ou seja, está ligado ao interesse de controlar o conhecimento acerca de informações pessoais⁵⁷, isto é, dados, fatos ou opiniões que se relacionam com um

⁵³ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. Página 77.

⁵⁴ Cfr. Delia Rubio, *El derecho a la intimidad*, pp. 144-146, contradizendo a teoria de restrição do âmbito de tutela do direito à privacidade aos interesses relacionados à informação, chega a afirmar ser posição majoritária da doutrina admitir aspectos relacionados com a imagem pessoal. SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit.. Página 78.

⁵⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 1995. Páginas 30-32.

⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Página 506.

⁵⁷ Com relação à utilização dos termos “informação” ou “dados”, ressalta-se que ambos possuem conteúdo que se sobrepõem em várias circunstâncias. Todavia, “dado” possui uma acepção mais primitiva, muito usado para ocasiões em que ainda não foi transmitida, sendo assim anterior à interpretação e ao processo de elaboração, vista como uma “pré-informação”. Já a “informação”, refere-se

determinado indivíduo e que dependem da aprovação deste para que possam circular, pois aquele os encara como íntimos ou confidenciais. Nesse sentido, demonstrando a relação que existe entre a informação e o conceito de privacidade, Alan Westin, precursor desta doutrina, considera este conceito como a pretensão dos indivíduos, grupos ou instituições decidirem quais informações sobre si mesmos devem ser comunicadas a terceiros e em que circunstâncias. Entretanto, um ano mais tarde, a definição de *privacy* foi reformulada por Charles Friend, que afirmou ser a privacidade não simplesmente a ausência de informações relacionadas a determinado indivíduo na mente dos demais, mas sim o *controle* que se tem a respeito destas informações próprias, possuindo, assim, a faculdade de permitir ou denegar o acesso de terceiros. Consequentemente, este último doutrinador afirmou, ainda, que a invasão da privacidade não consiste no conhecimento apenas do fato em si, mas sim dos detalhes que o cercam⁵⁸.

No intuito de resguardar os diferentes âmbitos da vida privada, a designação dada a esta proteção difere de país para país. Contudo, apesar de algumas peculiaridades, o sentido intrínseco permanece o mesmo. Dessa forma, ao tempo em que em Portugal se refere ao *Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada*, no Brasil utiliza-se o termo *Direito à Privacidade*, termo anglicista derivado de *privacy*. Já na Alemanha, a expressão utilizada é *Privatsphäre* e nos E.U.A refere-se a *Right of Privacy*. No Direito francês, classifica-se como *Droit à la Vie Privée*, enquanto os espanhóis se referem ao *Derecho a la Esfera Secreta* e os italianos o designam como *Diritto all' Riservatizza*⁵⁹.

Para Pinto, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não deve ser confundido com o direito à proteção da vida privada, que inclui a liberdade e o segredo da vida privada, ou sequer com o direito à *privacy*, proveniente do direito norte-americano, que possui tamanha magnitude e se assemelha com o direito geral de personalidade⁶⁰. Assim, após a ressalva inicial, o doutrinador conceitua aquele como o

a algo além do conteúdo do “dado”, podendo ter relação com os efeitos que essa pode representar ao receptor. Na “informação”, mesmo sem fazer menção ao significado em si, já se pressupõe uma fase inicial de processamento de seu conteúdo, o que acaba por reduzir um possível estado de incerteza por qual poderia passar o receptor. DODENA, Danilo. Op. cit.. Página 152.

⁵⁸ GUERRERO, Manuel Medina. *La Protección Constitucional de la Intimidad Frente a los Medios de Comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Páginas 34-35.

⁵⁹ SANTOS, Inês Moreira. *Direito fundamental à privacidade vs. persecução criminal – A problemática das escutas telefônicas*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008. Página 106.

⁶⁰ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. Página 528.

interesse de impedir ou controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informações pessoais, ou seja, sobre acontecimentos ou opiniões acerca de determinado indivíduo que possivelmente sejam encarados como íntimos ou confidenciais por este e que, assim, almeje que não sejam tornados públicos. Em continuidade, o doutrinador complementa a conceituação com dois outros aspectos, destacados por Ruth Gavison, que fogem ao tema da *informação*, sejam eles o interesse do indivíduo na diminuição da atenção dos outros à sua figura (anonimato em sentido amplo) e o intuito de barrar o acesso físico dos outros a si mesmo, isto é, o isolamento pessoal⁶¹. Neste mesmo sentido, já destacava Alan Westin, na sua obra *Privacy and Freedom*, de 1967, defendendo que, nos termos da relação entre o indivíduo com a participação social, a privacidade consiste na retirada espontânea e transitória da própria pessoa do âmbito da sociedade, normalmente feito por meios físicos ou psicológicos, ou até mesmo reservando-se ao anonimato de um grupo menor, quando se faz parte de um grupo extenso⁶².

Em alusão ao referido direito, Canotilho e Moreira afirmam que se deve analisá-lo em dois direitos menores: a) o primeiro como sendo o direito a impedir o acesso de estranhos a informações acerca da vida privada e familiar; e b) o direito que não sejam divulgadas as informações que se obtenham acerca da vida privada e familiar de outrem⁶³. Dessa forma, se tutela os interesses do titular, evitando a intromissão de outrem em sua esfera privada e impedindo a revelação de informações pertencentes a esse campo. Neste mesmo sentido, durante a conceituação de privacidade, Jabur destaca a faculdade de todo ser humano em manter para si determinadas informações a seu respeito que não deseja expor aos seus semelhantes, motivado pela mera ausência de vontade, assim como também ressalta o direito que o indivíduo tem de se isolar do meio em que vive, fundamentando no fato do bem-estar psíquico do indivíduo ser fundamental para o desenvolvimento sadio de suas virtudes⁶⁴.

Em face do que acima foi exposto, observa-se que a mencionada intromissão de terceiros na esfera privada do sujeito pode dar-se tanto pela colheita de informações sem a devida autorização, que é ilícita por si própria, como pela revelação ao público de informações que, apesar de terem sido obtidas de formas legítimas, é ilícita a sua

⁶¹ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Página 508.

⁶² Alan F. Westin *apud* GUERRERO, Manuel Medina. Op. cit.. Página 34.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Página 467.

⁶⁴ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Páginas 253-254.

posterior divulgação sem a devida autorização. A título de exemplificação, há o caso de pessoas que têm seus dados colhidos para determinada pesquisa que promete guardar a identidade dos participantes, sendo, assim, legítima a obtenção dos dados, mas que, posteriormente, acaba por divulgar ilicitamente informações acerca das pessoas envolvidas.

De tal modo, percebe-se que o direito à privacidade consiste numa faculdade pertencente a qualquer pessoa de se insurgir contra intromissões de terceiros na sua intimidade e vida privada, assim como diz respeito ao direito de controlar as suas informações de carácter pessoal, que podem ser indevidamente usurpadas por outrem, seja evitando o acesso ou não autorizando a sua divulgação. Assim, tutela-se o direito do indivíduo em manter um espaço entre si e o meio em que vive, afastamento este que se mostra imprescindível para o exercício da autodeterminação do sujeito. Desse modo, percebe-se que o direito à privacidade possui tanto *natureza negativa* como *positiva*; uma vez que, *negativamente*, concede ao indivíduo a faculdade de impedir a intromissão de terceiros, e, *positivamente*, confere ao titular o controle das informações acerca de sua esfera privada, que podem ou não ser publicizadas aos outros.

Além disso, salta aos olhos a importância da privacidade perante os direitos do Homem, tendo por base a *dignidade da pessoa humana*, uma vez que possui outras funções intrínsecas, distintas das expostas acima, que se mostram imprescindíveis para inúmeras atividades desenvolvidas pelo indivíduo. Por exemplo, atividades que remontam ao desenvolvimento da sua individualidade, que envolvem relacionamento com semelhantes – amizade, amorosa, confiança, etc. –, assim como criam um afastamento necessário para que o indivíduo se avalie a si mesmo, desenvolva a sua autonomia de agir, Todavia, não se pode olhar para a questão apenas no âmbito do indivíduo singular, pois, como consequência inevitável, é necessária uma reflexão na perspectiva da sociedade, mostrando-se, dessa maneira, a tutela da privacidade, indispensável para os regimes democráticos e ameaçada nos regimes autocráticos⁶⁵.

Após a abordagem de algumas considerações conceituais relativamente à *privacidade*, tentaremos, agora, classificá-la em *categorias*, de acordo com o âmbito de proteção, seja ela física, familiar, de domicílio, de comunicação, decisional e informacional.

O *direito à privacidade física* consiste em proteger o titular contra *intervenções*

⁶⁵ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Páginas 509-510.

corporais sem a autorização do indivíduo. Por intervenções corporais entendem-se medidas de investigação a serem realizadas no corpo humano, sem consentimento do indivíduo, ou por meio de coação, com o intuito de descobrir circunstâncias fáticas relacionadas com o estado físico ou psíquico do investigado, que sejam de interesse para o processo, ou, até mesmo, com a intenção de encontrar objetos escondidos no próprio indivíduo⁶⁶. A legitimidade destas intervenções está condicionada a dois requisitos: a) que seja inócua para a saúde do investigado; b) que seja praticada por um médico que siga as leis da medicina, apesar de, atualmente, tal condição de validade tenha vindo a perder a sua importância, na medida em que os métodos utilizados são praticamente inofensivos à integridade física⁶⁷. Dentre estas medidas de investigação podemos mencionar os exames de sangue, de cabelo, genéticos, de alcoolemia, radiológicos, registros anais, vaginais, etc..

Contudo, é necessário estabelecer uma *distinção* entre o conceito de *intervenção corporal* e *inspeções* ou *registros corporais*, sendo que o primeiro possui um caráter bastante genérico e abrange diversas garantias fundamentais, como, por exemplo, dentre outros: o direito à integridade física e moral, o direito a não sofrer maus tratos ou procedimentos degradantes, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o direito à intimidade pessoal. Analisando os conceitos, conclui-se que as intervenções corporais são aquelas que consistem na extração de determinados elementos externos ou internos do corpo para serem submetidos a exame pericial, tendo, assim, uma relação com a integridade física do sujeito, na medida em que causam alterações, lesões ou prejuízos no corpo submetido ao procedimento. Por outro lado, as inspeções ou registros corporais consistem num exame de reconhecimento do corpo que, apesar de não gerarem qualquer alteração ou supressão corpórea, não deixam de causar moléstia ao pudor pessoal vez que adentram no âmbito da intimidade corporal, quando realizados em regiões íntimas do corpo. Falamos, por exemplo, dos exames dactiloscópicos, ginecológicos, inspeções vaginais ou anais, etc.. Deste modo, de acordo com esta linha de raciocínio, qualquer intromissão na integridade física, sem o consentimento do sujeito, configura uma violação ao direito à integridade corporal, mesmo que não provoque dano algum à saúde do indivíduo, ou sequer incorra em risco, uma vez que

⁶⁶ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Página 175-176.

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *A Vida Num Código de Barras*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. Stvdia Ivridica, nº 101. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Página 944.

afeta diretamente a dignidade da pessoa humana⁶⁸.

Não obstante as diferenças, a relação entre os dois direitos é clara e busca proteger o que era, anteriormente, designada por “*immunidad corporal*”, embora, no primeiro caso, se procure evitar a alteração física do corpo, e no segundo, em princípio, se resguarde o pudor das partes íntimas do mesmo⁶⁹.

Entretanto, é preciso ressalvar-se que existem situações em que as intervenções corporais que, via de regra, afetariam apenas a integridade física (mas não a intimidade corporal), podem vir a incidir, também, no direito à intimidade pessoal. É o caso da extração de sangue ou de um chumaço de cabelo que, a princípio, não lesionaria o âmbito da intimidade pessoal do investigado mas, dependendo da finalidade do exame, pode vir a afetar o direito à intimidade corporal e genética. Constituem exemplos a utilização deste material para realizar uma prova biológica de comprovação de paternidade por exame de ADN (ácido desoxirribonucleico) ou determinar se o examinado é consumidor habitual de substâncias entorpecentes⁷⁰. De fato, nestas situações, ocorre uma restrição do direito à intimidade da vida privada, mais precisamente da intimidade genética, que pode acarretar discriminações ao indivíduo em face dos conhecimentos biológicos obtidos, que extrapolam as finalidades processuais⁷¹.

⁶⁸ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Página 176. Sobre esta questão *vide* a diferenciação conceitual entre intervenções corporais e inspeções ou registros corporais que foi feita pelo Tribunal Constitucional espanhol quando proferiu a sentença 207/1996, em 16 de dezembro 1996, e que, posteriormente, foi sufragada pelo Tribunal Constitucional português no Acórdão n.º 155/2007. Abordaremos esta jurisprudência mais adiante.

⁶⁹ REVORIO, F. Javier Díaz. *La intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. Nº 20/21. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. Página 178.

⁷⁰ REVORIO, F. Javier Díaz. Op. cit.. Página 178.

⁷¹ Em diapasão, é necessário destacar aqui a decisão do Tribunal Constitucional português, Acórdão n.º 155/2007, de 02 de março de 2007, que analisou um caso de alguns suspeitos de terem cometido homicídio qualificado, que alegaram a inconstitucionalidade da norma que regula a colheita de provas com vista à identificação do perfil genético (neste caso, de zaragoas bocais), sem o consentimento do investigado, podendo-se fazer uso da força para a realização da diligência (art. 172.º, n.º1 e 126.º do Código de Processo Penal português). Em sua decisão, o Tribunal afirmou que a jurisprudência acerca da integridade pessoal, resguardada pelo artigo 25º da CRP, não proíbe a atividade investigatória, devendo o Estado de direito orientar-se por normas que respeitem a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a colheita coativa de material biológico, e posterior análise genética, sem consentimento do investigado, embora possa ser vista como uma supressão do direito à intimidade pessoal, não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, justificando-se pela adequação e proporcionalidade. PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. Processo n.º 695/06, 3ª Seção. Acórdão n.º 155/2007. Relator: Conselheiro Gil Galvão. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>». Acessado em 03 de julho de 2013. Hoje em dia, com a atual redação do Código de Processo Penal português e da Lei n.º 5/2008, tal questão, apreciada pelo Tribunal Constitucional português, seria de fácil resolução, uma vez que a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto de 2007, modificou a redação do CPP, em seu art. 156.º, n.º 6, prevendo que “quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames

Contudo, põe-se a questão se o direito à integridade corporal impede os cidadãos de suportarem intervenções em seu próprio corpo, a fim de colaborarem com a justiça. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que aquele direito não se sobrepõe à colaboração desta, contanto que a obrigação não comporte execução forçada, sem descartar a previsão de uma pena em caso de recusa do indivíduo⁷². Além disso, destaca-se ainda que, apesar do art. 25.º, n.º 1 da CRP não trazer qualquer limitação ao direito à integridade pessoal, não se pode interpretá-lo como absoluto, principalmente quando se sobrepesa, de um lado, fins que buscam a manutenção da ordem pública e o bem-estar da coletividade e, por outro lado, lesões sutis e reversíveis. Entretanto, é necessário esclarecer que, na ausência de consentimento, entende-se que poderá ser limitada a intimidade corporal do investigado, a fim de ser colhido material genético, *mas somente* quando existe disposição legal que a permita *expressamente*, atendendo assim a interesses superiores do próprio ordenamento jurídico⁷³.

Desde tempos imemoriais, os agrupamentos sociais têm sido considerados de grande importância. Todavia, dentre eles, tem-se destacado a *instituição social familiar*. Esta é regulada pelo Direito desde os tempos primitivos, que, entretanto, teve de acompanhar a progresso social, pois o instituto familiar vem sofrendo constantes evoluções, no intuito de abraçar até mesmo os mais recentes conceitos de família, abarcando o respeito entre os indivíduos, e destes com o grupo, os vínculos consanguíneos, os laços emotivos, sentimentais, patrimoniais ou outros, que podem vincular os seus membros. Como uma segunda categoria do direito à privacidade, emerge o *direito à privacidade familiar*. Essa garantia é constituída no âmbito das relações concretas que se observam no seio familiar, desconsiderando os aspectos

afectados e as amostras recolhidas só podem ser utilizadas no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários”.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Página 456. Acerca deste tema, cita-se, ainda, a decisão do Tribunal Constitucional português, no Acórdão n.º 616/98, de 21 de outubro de 1998, que tratou acerca da obrigatoriedade de exames de sangue para comprovação de paternidade, em face do interesse que buscam esses exames. O Tribunal decidiu dar preferência à aplicação de uma sanção, ao invés de realizar uma execução forçada da coleta do material genético, pois “o exame de sangue, contra a vontade do examinado, po[de] constituir, nos limites da proteção constitucional, uma ofensa à integralidade física da pessoa”. PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. Processo n.º 363/97, 1ª Seção. Acórdão n.º 616/1998. Relator: Conselheiro Arthur Maurício. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>>. Acessado em 04 de julho de 2013.

⁷³ RAPOSO, Vera Lúcia. Op. cit.. Página 941. A autora, a fim de embasar seu posicionamento, destaca ainda a decisão do Tribunal Constitucional português, Acórdão n.º 128/92, de 24 de julho de 1992, que afirmou que o mencionado art. 25.º, n.º 1 da CRP, apesar de proibir que na atividade indagatória do Estado se utilize métodos atentatórios à integridade moral do homem, não proíbe, todavia, a atividade indagatória em si, e, sendo o Estado de Direito um Estado de justiça, o processo criminal ou civil será regido por regras que, respeitando a dignidade ontológica da pessoa, sejam adequadas à apuração da verdade.

singulares dos indivíduos que compõem o grupo, mas considerando-os como membros constitutivos que estão conectados por meio de vínculos diversos, independentemente do espaço físico que ocupem.

Deste modo, percebe-se que *a categoria de direito à privacidade familiar* busca distinguir as ofensas ou intromissões dirigidas unicamente à vida privada de um sujeito pertencente ao agrupamento das ingerências que transcendem o âmbito individual, buscando-se, assim, lesionar a instituição familiar. Assim, estará configurada uma violação à privacidade individual quando esta se dirige ao sujeito singular, somente este sofrendo com a lesão, ao passo que será caracterizada uma violação à privacidade familiar as situações em que o intromissão se dá contra um indivíduo por conta da qualidade de membro da família a que pertence⁷⁴.

Recentemente, surgiu um conceito extensivo do direito à privacidade familiar, a fim de abarcar, também, as relações que existem dentro do âmbito familiar em si mesmo. Assim, trata-se de proteger, também, além das já mencionadas violações externas ao agrupamento familiar, a intimidade dos membros singulares pertencentes à família. Contudo, esta proteção faz-se observando a proporcionalidade do caso concreto, levando-se em consideração, por exemplo, a idade dos filhos e o direito de educação do infante. Portanto, pode concluir-se pela relevância do direito à privacidade familiar, seja ele entendido num sentido restritivo ou extensivo, para proteger a vida privada individual no conjunto de circunstâncias relativas aos membros vinculados por relações familiares ou no âmbito da família em si mesmo.

Com relação ao *direito à privacidade do domicílio*⁷⁵, embasado no princípio advindo da *Common Law – man’s house is his castle* –, consiste na proibição da entrada de estranhos no recinto da casa, ou a permanência nela, sem consentimento do morador. Aqui, o conceito de domicílio apresenta-se como um local necessário para o desenvolvimento da vida privada, onde se dão as atividades mais puras da vida íntima e familiar, ou seja, não apenas as de caráter doméstico, sendo, assim, o cenário das principais manifestações da personalidade. Ademais, para o conceito de domicílio é irrelevante a situação jurídica do imóvel, isto é, seja ela advinda de um arrendamento,

⁷⁴ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Página 179.

⁷⁵ Juridicamente, «domicílio» consiste não apenas na casa principal, mas, também, numa habitação secundária ou de veraneio, incluindo as suas dependências externas (jardins, fontes, muros), ou, até mesmo, o quarto de um hotel, que esteja servindo de domicílio. Existe, contudo, uma discussão acerca da possibilidade do automóvel ser ou não aceite no conceito de «domicílio», para que assim seja amparado pelo direito à privacidade do domicílio, tendo em vista várias pessoas gastarem muitas horas do dia em um veículo automotor. Na França, já conferiu-se uma proteção especial para os veículos que eram utilizados como moradia. SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. 1998. Página 472.

usufruto, posse, detenção, desde que seja legítima e esteja protegida pelo ordenamento jurídico⁷⁶. Dessa forma, com o intuito de justificar a existência desta garantia, ressalta-se a presença de um nexo indissolúvel existente entre a norma que proíbe a entrada em um domicílio e aquela que impõe a defesa contra transposições ao âmbito privado, ambas com o fim de resguardar o espaço necessário ao desenvolvimento da personalidade humana.

No Brasil, tal garantia está prevista, de forma expressa, no art. 5.º, inciso XI da Constituição Federal, no qual se afirma que: “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”⁷⁷. Dessa forma, percebe-se que, via de regra, é proibido o ingresso no local onde alguém tem moradia, quando não se tenha uma autorização do sujeito, seja ela tácita ou expressa, ressalvadas as exceções de flagrante delito ou desastre, assim como nas situações em que faz necessária a prestação de socorro, independentemente do horário. Com relação à excepcionalidade de quebra da privacidade do morador para que seja cumprida uma ordem judicial, somente se permite esta invasão domiciliária durante o período diurno. A Constituição portuguesa contém, no seu artigo 34.º, uma disposição semelhante, devendo, no entanto, destacar-se a permissão excepcional de invasão domiciliária em caso de constatação de organização terrorista e tráfico de pessoas, armas ou entorpecentes⁷⁸.

A quarta categoria aponta para o *direito à privacidade das comunicações*, que, na Carta Magna portuguesa, encontra resguardo no mesmo dispositivo do direito à privacidade do domicílio, anteriormente mencionado. Esta garantia envolve tanto o princípio da inviolabilidade da correspondência, como o das telecomunicações em geral. Esta *inviolabilidade* possui dois conteúdos diversos: a *liberdade* das comunicações e o

⁷⁶ DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Página 182.

⁷⁷ BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *Constituição Federal da República*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm». Acessado em 01 de julho de 2013.

⁷⁸ Art. 34.º - “1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. PORTUGAL. Constituição da República portuguesa. Acessado em 02 de julho de 2013.

segredo das comunicações⁷⁹. Na análise à essência deste direito, percebe-se a busca tanto pelo respeito à segurança da vida privada, por meio da inviolabilidade de materiais que contêm expressões de pensamentos individualizados e com destinatários determinados, como a ideia de garantir o direito à liberdade de expressão e opinião, que podem dirigir-se ao público geral e conter não apenas pensamentos, mas, também, juízos e relatos de acontecimentos diversos, sejam públicos ou privados⁸⁰.

No Brasil, esta garantia encontra respaldo no art. 5.º, inciso XII da CF/88, que afirma ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigações criminal ou instrução de processo penal.*” Dessa forma, percebe-se o intuito do legislador constituinte de proteger a vida privada do titular, até mesmo contra ingerências do próprio Estado, permitindo, somente, excepcionalidades de quebra dessa inviolabilidade em casos de investigação ou instrução criminal, mediante autorização judicial. Em suma, alcança-se que a expressão *correspondência*, considerada em si mesma, significa a intimidade da informação transmitida, o que merece resguardo constitucional. Além disso, podemos observar a importância do direito à inviolabilidade das comunicações quando exposto um suposto cenário em que tal garantia fundamental seja lesada ou suprimida, resultando numa situação que geraria um sentimento de insegurança nos indivíduos que não teriam mais a liberdade de pensamento antes assegurada, repercutindo-se, de forma direta, na *dignidade da pessoa humana*, no *desenvolvimento da personalidade* e, inevitavelmente, na *liberdade* que as pessoas possuem de se relacionarem socialmente. Desta feita, constata-se o imensurável valor que se outorga à preservação da privacidade e os aspectos negativos que a ausência desta garantia produzem nas relações sociais.

A quinta categoria trata-se do *direito à privacidade decisional*, que se refere ao predicado que todo ser humano possui de definir seus próprios caminhos, tomar as decisões que achar mais convenientes, sem que haja interferência estatal, reservando-se, assim, ao foro íntimo de todo indivíduo a deliberação de assuntos relacionados à esfera da sua intimidade, também conhecido como *direito à autodeterminação*. Esta modalidade de privacidade originou-se a partir do surgimento da 14.ª Emenda à Constituição americana e com as apreciações jurisprudenciais deste mesmo Estado, que

⁷⁹ MIGUEL, Carlos Ruiz. *Lá configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. Página 89.

⁸⁰ MIGUEL, Carlos Ruiz. Op. cit.. Página 89.

abordou casos relacionados com a tomada de decisões relativas a assuntos de natureza íntima como, por exemplo, o uso de anticoncepcionais e o aborto, em que se atribui ao casal a tomada das próprias decisões, sem qualquer ingerência do Estado, também apontada pela doutrina como *privacy of intimate decision*.

No período que se sucedeu após a 14.^a Emenda constitucional americana, percebeu-se uma *dinamização* da noção de *privacy*, época que foi marcada por várias decisões inovadoras, que abandonaram um conceito estático de privacidade (até então existente), abordando assuntos do foro íntimo relacionados com o casamento, a procriação, a contracepção, a criação e educação de crianças, a preferência sexual, etc.. Um dos primeiros casos em que se pôde perceber a prevalência do *direito à autodeterminação* deu-se em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut*⁸¹, quando a Suprema Corte americana acolheu a opinião divergente do Juiz Douglas, que, durante o julgamento do caso *Poe v. Ullman*⁸², cinco anos antes, havia afirmado que a lei estadual que proibia o uso de métodos contraceptivos artificiais, até mesmo por casais casados, violava a privacidade conjugal, declarando-se, assim, a inconstitucionalidade da lei estadual e fazendo prevalecer o direito à privacidade quando estejam envolvidas questões matrimoniais. Sete anos depois, durante o julgamento do caso *Eisenstadt v. Baird*⁸³, a Suprema Corte americana transferiu para a mulher a decisão do uso, ou não, de métodos contraceptivos, quando declarou inconstitucional a lei do Estado de Massachusetts, que proibia a distribuição de anticoncepcionais para mulheres que não fossem casadas, fundamentando-se na violação do direito individual de decidir por engravidar ou não, e abandonando, assim, o entendimento anteriormente fixado na *marital privacy*. Consequentemente, em 1973, deu-se o caso *Roe v. Wade*⁸⁴, no qual a Suprema corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei do Estado do Missouri, que proibia o aborto, assegurando à mulher o direito de interromper a gestação até o terceiro mês⁸⁵, fundamentando esta decisão no fato de que o *right to privacy* seria suficiente para atribuir à mulher a decisão de continuar com a gravidez. Posteriormente, decidiu-se, ainda, pela revogação da subordinação do consentimento do marido para a realização do aborto, nos casos em que a mulher fosse casada, ou do detentor do poder pátrio, caso

⁸¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 381, U.S. 479 (1965).

⁸² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 367, U.S. 497 (1960).

⁸³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 405, U.S. 438 (1972).

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 410, U.S. 113 (1973).

⁸⁵ A opção por abandonar a gestação não foi concedida de forma absoluta, uma vez que os Estados poderiam impor limites, tendo em vista a saúde da gestante, o que habilitava a adoção de procedimentos à partir do terceiro mês, e a vida em potencial, o que permitia que fosse proibido nos três últimos meses de gravidez.

se tratasse de uma menor. Segundo cremos, tal decisão não poderia ser mais acertada, pois, se se buscava, inicialmente, uma privacidade livre das insurgências do Estado, também não se poderia submeter esta mesma à interferência do marido ou do pai. Todavia, apesar do grande avanço percorrido pelo *direito à privacidade decisional*, durante o julgamento do polêmico caso *Bowers v. Hardwick*⁸⁶, em 1986, percebeu-se uma barreira na *sexual privacy*, especificamente com relação ao direito de relação sexual entre adultos, ocasião em que a Suprema Corte julgou não inconstitucional a lei do Estado da Georgia que tipificava como crime a sodomia oral e anal entre homossexuais, mesmo que fossem adultos e que os fatos fossem praticados nas suas residências, afirmando-se que a sodomia homossexual não era nem um direito constitucional, nem fazia parte das tradições familiares e morais da maioria dos cidadãos daquele Estado⁸⁷. Neste mesmo sentido restritivo do *direito à autodeterminação* está o caso *United States v. Moses*⁸⁸, em que se declararam não inconstitucionais as leis que proibiam a prostituição⁸⁹.

Perante o já exposto, percebe-se que a gestão dos assuntos relacionados com o foro íntimo são decisões essenciais na vida de qualquer pessoa e devem ser tomadas com o maior envolvimento possível de liberdade, devendo o Estado intervir somente nas situações em que um interesse fundamental o justifique, quais sejam, entre outros, o direito à privacidade contrabalaneado pelos direitos do feto, pela saúde de um indivíduo, pela saúde pública, dentre outros, sem deixar que interesses religiosos e/ou filosóficos sirvam de objeção contra questões do âmbito íntimo, das quais constituem exemplos clássicos o planejamento familiar, o aborto e o sexo antes do casamento⁹⁰.

Como última categoria, temos o *direito à privacidade informacional*, também conhecido pela doutrina como *direito à autodeterminação informativa*, que foi, inicialmente, reconhecido por meio de uma sentença proferida pelo Tribunal Constitucional alemão (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), em 15 de dezembro de 1983, ocasião em que o Tribunal se debruçava sobre o julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*). O referido ato normativo buscava reunir informações a respeito

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 478, U.S. 86 (1986).

⁸⁷ O Juiz Harry Blackmun escreveu, na sua opinião dissidente, que a Corte não compreendeu o ponto principal do julgamento: algo de bem mais essencial, que era o direito fundamental do indivíduo administrar seus próprios relacionamentos íntimos, independentemente de qual fosse a opinião da maioria. GUTWIRTH, Serge. *Privacy and the Information Age*. Traduzido por Raf Casert. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002. Página 08.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 339 A. 2d. 46 (1975).

⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. 1998. Páginas 186-193.

⁹⁰ GUTWIRTH, Serge. Op. cit.. Página 09.

da distribuição demográfica populacional, da repartição das pessoas no território de acordo com as suas características sociais, assim como acerca das atividades exercidas pela população, por meio da coleta de dados relacionados com o ofício, o domicílio e a renda de cada indivíduo. Além disso, estava, ainda, prevista uma confrontação com os registros públicos existentes e o posterior envio dos dados comparados às instituições governamentais. Entretanto, o Tribunal Constitucional julgou nulos os dispositivos legais que versavam sobre a mencionada comparação e transmissão dos dados, além de reconhecer o direito que cada indivíduo tem de controlar as suas informações pessoais, ou seja, *o direito à autodeterminação informativa*.

Por ser o direito à privacidade um direito sobre informação, isto é, o direito à privacidade informativa consiste na faculdade através da qual o indivíduo determina e controla a utilização das informações acerca da sua vida privada, ou das que possam levar à sua identificação, quais sejam os dados pessoais⁹¹. Pinto defende que se deve interpretar o direito à autodeterminação informativa de forma extensiva, de modo a abranger não apenas os dados pessoais mas, também, “*a proteção perante a intrusão no domínio pessoal e a tutela perante a divulgação de afirmações pessoais e factos verdadeiros*”⁹².

Destacamos, agora, as três dimensões deste direito: a) a primeira delas consiste no *direito ao controle dos dados pessoais*, que, em Portugal⁹³, está consagrado no art. 35.º da CRP, e, também, resguardado pelo art. 11.º da LPD, que significa que o titular deverá ter conhecimento do armazenamento das suas informações pessoais em determinada base de dados, quais as finalidades deste armazenamento e quais são os responsáveis, podendo ainda, atualizá-los, retificá-los ou eliminá-los, de acordo com sua necessidade ou pretensão; b) a segunda dimensão versa sobre o *direito à não difusão*

⁹¹ De acordo com a Lei da Protecção de Dados (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro de 1998), são dados pessoais: “*qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social*”. PORTUGAL. Comissão Nacional de Protecção de Dados. *Lei de Protecção de Dados Pessoais*. Disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acessado em 5 de julho de 2013.

⁹² PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit., Página 529.

⁹³ A Constituição da República portuguesa foi precursora na consagração do direito à privacidade informacional. Com efeito, foi o primeiro Estado a estabelecer, constitucionalmente, um direito fundamental à proteção dos dados pessoais que sofressem tratamento automatizado. CASTRO, Catarina Sarmento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Página 76. A Constituição Federal brasileira tutela este direito quando traz no inciso XII, do art. 5.º, a proteção da inviolabilidade dos dados, assim como quando estabelece o *habeas data*, consagrado pelo art. 5.º, LXXII.

dos dados, ou seja, o próprio titular das informações pessoais deverá escolher para quais destinatários irá comunicá-las, salvo aqueles que já tiveram conhecimento por força das respectivas funções; c) como última dimensão surge o *direito ao não tratamento de dados sensíveis*, ou seja, de determinadas informações privadas, em face da possibilidade de discriminação dos seus titulares, dados que não devem receber qualquer forma de tratamento⁹⁴, exceto quando o próprio titular, expressamente, o autorize, com o seu consentimento.

A Constituição da República portuguesa elenca, no art. 35.º, n.º 3 quais os dados pessoais considerados sensíveis, os quais versam sobre convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica⁹⁵.

O direito à autodeterminação informativa poderá ainda ser visto numa perspectiva subjetiva e/ou numa perspectiva objetiva. A dimensão subjetiva justifica-se pelo fato dos titulares deterem posições jurídicas perante o Estado, com o intuito de se protegerem das agressões quanto à utilização da informação pessoal. No entanto, percebe-se, igualmente, a existência de uma dimensão objetiva, que busca uma defesa comunitária, externa, contra a invasão de terceiros, devendo o Estado adotar políticas públicas que prezem pela defesa contra a insurgência de terceiros⁹⁶.

Acresce que, ainda sobre a *perspectiva subjetiva do direito à autodeterminação informativa*, ressalta-se que esta poderá possuir um *caráter negativo* – o que concede ao titular a faculdade de negar ao Estado informações de caráter pessoal ou, ressalvados os casos previstos na Constituição, obrigar ao Estado de abster-se do tratamento de determinados dados pessoais; e/ou um *caráter positivo* – constituindo um direito a prestações protetivas por parte do Estado, que deverá adotar normas reguladoras para a utilização dos dados pessoais⁹⁷. Aliado a este duplo caráter, defende-se a proibição do “*fluxo transfronteiriço de dados*”, ou seja, a defesa contra o intercâmbio entre dados pessoais adquiridos por origens diversas com a finalidade de se criarem “*super-ficheiros*” que contenham inúmeras informações referentes a cada indivíduo, o que provocaria a existência de *Estados-vigilantes*⁹⁸.

Ainda sobre o direito à autodeterminação informativa, não queremos deixar de

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Página 550. Definem “tratamento” de dados pessoais como: individualização, fixação, recolha, conexão, transmissão, utilização e publicação.

⁹⁵ Relativamente às dimensões do direito à autodeterminação informativa *vide* RAPOSO, Vera Lúcia. Op. cit.. Páginas 963-966.

⁹⁶ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *O direito à autodeterminação ...* Op. cit.. Página 78.

⁹⁷ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *O direito à autodeterminação ...* Op. cit.. Página 78.

⁹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Op. cit.. Página 965.

mencionar o *direito a não saber* ou a exceção terapêutica, que protege o titular contra informações acerca do seu próprio caráter pessoal, que poderia causar graves danos emocionais, nomeadamente, no que respeita a conhecimentos clínicos ou genéticos relacionados com o estado de saúde do indivíduo, seja ele atual ou futuro. Assim, o direito de obter informações de natureza médica ou genética acerca do seu próprio estado clínico atual ou futuro faz parte da autonomia pessoal de cada titular⁹⁹.

Hodiernamente, o direito à autodeterminação informativa adquiriu um relevo de *direito fundamental de terceira geração*, mostrando-se como uma liberdade de dispor das suas informações pessoais, permitindo que cada cidadão decida qual o limite de exposição sobre os dados que se relacionam com a sua vida privada, constituindo um verdadeiro direito “ofensivo” aquele que outorga a cada indivíduo o poder de determinar quais as informações próprias que os outros poderão tomar conhecimento¹⁰⁰.

2.3 Diferenciação entre Intimidade e Vida Privada

Dando continuidade ao tema que nos propusemos tratar, prosseguimos com a conceituação do direito à privacidade, que «consiste em uma faculdade pertencente a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de se insurgir contra intromissões de terceiros na sua *intimidade e vida privada*, dizendo, outrossim, respeito ao direito de controlar suas informações de caráter pessoal, que possam ser indevidamente usurpadas por outrem, seja evitando o acesso ou não autorizando sua divulgação». A partir desta noção percebe-se que o direito em causa protege duas zonas diferentes da vida do indivíduo, que tentaremos distinguir de imediato.

Primeiramente, vale ressaltar ser incontestável que a vida privada, em face da sua infinita capacidade de manifestação, não pode ser emoldurada diante de um *conceito estático*, devendo ser analisada *gradativamente*, de acordo com o ambiente, com o progresso da humanidade e da mudança das suas tradições. Assim, parece ser mais plausível conferir proteção ao afastamento sagrado que todo indivíduo necessita para o desenvolvimento sadio das suas virtudes, constituindo o resguardo deste direito

⁹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. Op. cit.. Página 966.

¹⁰⁰ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005. Páginas 27-28.

uma zona impenetrável da coletividade, a fim do bem-viver e do progresso da pessoa.

Buscando-se um *critério* para a distinção do *conteúdo do direito à privacidade* em análise, chegámos à divisão entre: esfera da intimidade, esfera da vida privada e esfera da vida pública, nesta ordem gradual de amplitude, na qual a *intimidade* compreende a zona mais estrita da pessoa, o que se tem de mais secreto, aquilo que a pessoa nunca ou quase nunca compartilha com os outros, dividindo apenas com pessoas bastante próximas (por exemplo, a sexualidade, a afetividade, a saúde, a nudez, etc.). Seguidamente, a *vida privada* é já uma esfera mais ampla do que a anterior, na qual se incluem aspectos da vida pessoal, fora da intimidade, permitindo-se o acesso a pessoas com as quais o indivíduo se relaciona, desde que não sejam desconhecidos. Por último, relativamente à *esfera pública*, esta abrange todo o restante, ou seja, todos os demais acessos à vida do indivíduo em sociedade¹⁰¹.

Todavia, Vasconcelos refuta essa divisão entre as esferas que determinam o conteúdo do direito à privacidade de acordo com o grau de relacionamento, afirmando ser uma divisão meramente formal, que permite apenas uma “*ilusão de exactidão*” e “*rigor na aplicação do direito*”, destacando serem a intimidade e a vida privada *estratos gradativos*, não podendo ser engessados em esferas fixas como proposto acima. O autor ressalta, ainda, que os limites da esfera íntima e da vida privada de determinada pessoa não são os mesmos desta com os seus irmãos, com os demais familiares, com os amigos ou os companheiros de trabalho, assim como, também, a esfera íntima e a vida privada podem sofrer variações de acordo com o dia e com as circunstâncias em que o próprio indivíduo se encontra. Vasconcelos defende, outrossim, que a divisão entre a esfera pública e a esfera privada deve ser feita sem quebras de continuidade, sem “*saltos bruscos*”, entre aquilo que tem o acesso totalmente proibido, o que deve ter conhecimento restrito e o que pode ser partilhado com todos, devendo, assim, corresponder a uma *linha progressiva e gradual* em que se leva em consideração a sensibilidade de cada pessoa, as circunstâncias, a exigência da sociedade relativa ao conhecimento e a transparência da vida em comum, sendo inevitável o casuísmo¹⁰².

Dessa forma, pode concluir-se que o *direito à vida privada* se coloca como gênero, do qual o *direito à intimidade* e o *direito ao segredo* são espécies. A vida privada é a zona pessoal mais abrangente, resguardando todos os aspectos que, por

¹⁰¹ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do art. 8.º do Código Civil*. Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1988. Página 30.

¹⁰² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. Páginas 80-81.

alguma razão, o titular almeja não serem do conhecimento coletivo, tudo aquilo que não gostaria de ser objeto do direito à informação ou da curiosidade alheia, assim, o direito à vida privada abarca todos direitos que tutelam a reserva da vida pessoal do indivíduo¹⁰³.

Com efeito, a *intimidade*, ou *esfera confidencial*, é caracterizada por ser um *círculo mais reservado* do que a vida privada, cujo acesso passa a ser mais restrito, permitindo-se esse acesso apenas àqueles com quem o indivíduo tem uma relação mais próxima e/ou nas quais deposita mais confiança. Estão incluídos neste campo as conversações ou acontecimentos íntimos, e excluídos, não apenas o público em geral, por motivos óbvios, mas, também, determinadas pessoas que, apesar de fazerem parte do convívio pessoal do titular, não estão incluídas nesse círculo íntimo¹⁰⁴.

A jurisprudência alemã, amparada pela doutrina de Heinrich Hubmann, defende a *Teoria das Esferas (Sphärentheorie)*, segundo a qual a proteção concedida à vida privada depende das *áreas da personalidade* que forem atingidas. Foi, precisamente, por essa razão que se procurou distinguir em *três esferas*, que correspondem aos *diferentes níveis* de manifestação da personalidade do indivíduo, dotadas de *diferentes níveis de proteção*, que levam em consideração vários critérios pessoais e sociais. Primeiramente, existe um espaço exterior, que corresponde a uma área de publicidade, onde estão inseridos todos os atos praticados em público e com o intuito de torná-los de conhecimento geral. Na primeira esfera estão inseridas as relações pessoais do indivíduo com a sociedade, mas que não possuem a intenção de que sejam divulgadas. O segundo círculo concêntrico representa a esfera privada, na qual estão inseridas as informações individuais relativas a ocasiões em que existe maior proximidade emocional, na qual já se excluem as relações com o meio social. Por último, está a esfera mais íntima, que abrange o mundo psíquico interior do indivíduo, a sua sexualidade e os sentimentos acerca da sua própria identidade (autoestima, autoconfiança, etc.)¹⁰⁵.

Pela análise da distinção acima feita, percebe-se que o autor da referida teoria

¹⁰³ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 256.

¹⁰⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit.. Página 37, citando Henkel, in *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*, p. 82.

¹⁰⁵ FARINHO, Domingos Soares. *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006. Página 45. Além disso, MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Página 794; refere que a esfera íntima, em determinadas vezes, é subdividida numa esfera do segredo, no qual o indivíduo guarda as informações excluídas de qualquer forma de conhecimento de terceiros, como, por exemplo, um diário. No entanto, Domingos Farinho discorda de tal divisão, uma vez que a esfera íntima já abarca as informações dessa natureza.

propôs uma apreciação subjetiva dos bens jurídicos envolvidos em cada uma das esferas, bem como a respectiva ponderação dos interesses tutelados. Dessa forma, a classificação de uma determinada informação pessoal em um ou outro nível é determinante para resolver a controvérsia, pois quanto mais próximo do núcleo íntimo for o dado revelado, maior relevância deverá exigir-se para considerar que sua difusão foi constitucionalmente legítima¹⁰⁶.

Contudo, Pinto refuta a divisão do direito à privacidade em três esferas concêntricas, tal como é proposto pela doutrina alemã, afirmando não apenas esta teoria não facilitar uma clara demarcação do teor deste direito fundamental, como, também, somente poder ser utilizada para graduar o nível da lesão sofrida com o conhecimento ou divulgação da informação de caráter pessoal. Ademais, o mesmo autor afirma, ainda, que a CRP (art. 26.º, n.º1)¹⁰⁷ e o Código Civil português (art. 80.º, n.º1), *não* se referem apenas à *vida privada*, mas à *intimidade* da vida privada, não fazendo, assim, qualquer distinção do conteúdo tutelado. Não retirando da noção de *intimidade* qualquer proteção restritiva especial, também o Tribunal Constitucional português, nos Acórdãos n.ºs 128/92 e 337/97, fala em uma “*esfera privada ou íntima*” e “*direito à intimidade ou vida privada*”, o que não vem a resultar em uma distinção entre *vida privada* e *intimidade da vida privada* no intuito de, por exemplo, conferir amparo como direito fundamental somente aos aspectos íntimos – que seriam referentes ao âmbito mais restrito e próximo do núcleo da vida privada¹⁰⁸.

¹⁰⁶ GUERRERO, Manuel Medina. Op. cit.. Página 14.

¹⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*. Boletim da Faculdade de Direito LXXVI. Coimbra: 2000. Página 163; em que afirma que não estão excluídos da proteção do art. 26.º, n.º 1 da CRP os aspectos relacionados com a vida profissional ou o segredo dos negócios, desde que estejam relacionados com a vida privada do indivíduo, ou os aspectos relacionados a fatos que se desenvolveram em locais públicos, mas que, também, fazem parte da vida privada.

¹⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. *A Protecção...* Op. cit.. Páginas 162-163. Também seguindo este entendimento estão Canotilho e Moreira, que afirmam ser difícil demarcar uma linha divisória entre a intimidade da vida privada e o domínio mais ou menos aberto à publicidade. Desse modo, afirmam ser irrelevante para o preceito da *intimidade da vida privada*, garantido pela CRP, a diferenciação feita por parte da doutrina e jurisprudência entre uma esfera privada simples (relativamente protegida, podendo ceder quando há conflito com outro interesse ou bem público) e uma esfera pessoal íntima (absolutamente protegida de intrusões de terceiros), defendendo a definição de *esfera privada* de acordo com *cada indivíduo em particular*, precisando, ainda, fazer uma adequação, de acordo com a vida contemporânea. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Página 468. A favor de uma distinção na ordem jurídica portuguesa entre *intimidade* e *vida privada* está CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 317-318; afirmando que a intimidade da vida privada se refere ao “âmbito geral decorrente directa e mais extensamente da natureza da personalidade moral do homem”; bem como CABRAL, Rita Amaral. Op. cit.. Página 25; destacando a necessidade de destrinçar o que pode considerar-se verdadeira exigência ontológica do homem do que deve ser excluído como mero desejo de “pseudosegredo”, defendendo, assim, a proteção constitucional apenas de uma esfera íntima.

A fim de dirimir a problemática da delimitação das esferas relativas ao conteúdo da vida privada, proposta pela doutrina alemã, de modo a valorar a intimidade alocando determinada informação na respectiva esfera protetora, Farinho propôs uma distinção entre dois aspectos a serem levados em consideração: um elemento *volitivo interno* e outro designado de *valorativo externo*, que dizem, respectivamente, respeito ao comportamento dos sujeitos e ao interesse público dos mesmos¹⁰⁹.

O primeiro aspecto tratado pelo autor mencionado, isto é, o elemento *volitivo interno* corresponde à concepção que o próprio titular entende por intimidade, podendo ser observado pela forma como o próprio indivíduo organiza o seu espaço íntimo e valora as informações que se referem à sua vida privada. Este aspecto a ser observado é de grande importância, pois externa uma *auto-delimitação da intimidade*, que vem auxiliar na condução de conjuntos de informações às esferas de proteção correspondentes por meio da observação de como o próprio titular reage com o acesso e a divulgação dos seus dados. Com relação ao acesso à informação, leva-se em consideração o nível de renunciabilidade que o titular exerce sobre a esfera pessoal, privada ou íntima, na qual se o indivíduo se orienta por uma divulgação generalizada de informações acaba por abdicar dos níveis de proteção exercido por aquelas¹¹⁰. Da mesma forma se dá com a divulgação da informação, na qual se observa a importância que o próprio titular concede a determinados aspectos da sua vida privada, devendo, assim, reconduzi-los à esfera de amparo correspondente¹¹¹.

Já o elemento *valorativo externo* é exposto por Farinho como sendo o aspecto relacionado com a forma como a sociedade em que o sujeito convive aborda a intimidade e as suas diversas formas manifestação, seguindo uma constante modernização valorativa do conteúdo de cada uma das esferas. Primeiramente, é necessário delimitar-se o perímetro divisório entre a vida privada e a vida pública, pois, em determinadas ocasiões, pode concluir-se que, algumas informações, que se pensava pertencer às esferas privadas, por meio de um progresso sócio-valorativo da sociedade, passaram a ser consideradas como informação de interesse público^{112 113}.

¹⁰⁹ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 47.

¹¹⁰ Deve levar-se, aqui, em consideração a renúncia casuística e temporária, não afirmando que se trata de uma abdicção vitalícia. O autor referido menciona o caso dos programas televisivos, em que os participantes aceitam expor aos telespectadores assuntos relacionados a aspectos da vida privada, mesmo os que possuem maior proteção, como a sexualidade.

¹¹¹ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 47-48.

¹¹² Ressalta-se que existe uma distinção entre *interesse público* e *interesse do público*, estando este segundo relacionado ao arbítrio dos *media* na escolha do conteúdo em que será transmitido, o que acabaria por deixar ao capricho dos meios de comunicação a valoração do conteúdo de cada esfera de

Assim, percebe-se uma proposta de conceituação do conteúdo das esferas da vida privada seguindo uma concatenação entre a valoração pelo próprio indivíduo dos seus espaços íntimos e a forma como a comunidade na qual o sujeito está inserido aborda as informações que dizem respeito a este. Desse modo, ou seja, levando-se em consideração os dois aspectos acima expostos, concede-se uma maior proteção específica ao conteúdo da vida privada de cada indivíduo, o que leva ao fim da demarcação estática do teor tutelado, como havia sido proposto pela teoria alemã das esferas da vida privada.

2.4 Relatos Históricos do Direito à Privacidade

Os primeiros traçados acerca de um espaço privativo foram desenhados pela civilização grega. Em análise ao perfil desta sociedade, constata-se que havia já uma divisão do homem no âmbito social em duas esferas: pública e privada. Por esta distinção, os gregos viam a esfera pública como um espaço relacionado com a *liberdade*, enquanto a esfera privada estava ligada à *necessidade*. No entanto, a noção destes conceitos não pode ser confundida com a que se tem atualmente. Na civilização grega, um indivíduo somente era digno para ascender à esfera pública¹¹⁴ caso se revelasse superior aos demais, ou seja, deveria libertar-se das suas necessidades básicas, para que pudesse adquirir a função política de debater os rumos da comunidade. Dessa maneira, como a esfera privada era vista apenas com a finalidade de satisfazer as necessidades vitais, e, implicitamente, um mero degrau para alcançar a esfera pública, os gregos entendiam que, neste espaço familiar, o chefe poderia conduzi-lo da forma como melhor lhe aprouvesse, instituindo suas próprias leis e impondo as penas que achasse cabível, sem sofrer intervenção da comunidade¹¹⁵.

proteção da vida privada. Cfr. GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y médios de comunicación*. Madrid, 2000. Páginas 379 e segs..

¹¹³ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 48-49.

¹¹⁴ A esfera pública era vista como um espaço distintivo, na qual os cidadãos poderiam mostrar a todos, por meio da atuação política, a sua individualidade pessoal. Esta individualidade dava-se pela busca constante em realizar ações que fossem superiores às dos demais, para que, assim, os seus nomes pudessem transcender-se no tempo.

¹¹⁵ AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. Páginas 116-117.

Durante o século XVI apregoava-se, na Inglaterra, o *princípio da inviolabilidade do domicílio*, refletindo o brocardo *man's house is his castle*, que foi formulado pelo Lord Coke, em 1604, comparando a imunidade da casa de um homem ao mais seguro dos castelos durante o julgamento do *semayne case*¹¹⁶. Porém, esse amparo não abrangia outras espécies de privacidade, como, por exemplo, a privacidade das comunicações ou física, que somente emergiu em finais do século XIX, quando essas espécies de privacidade receberam contornos de um direito autônomo.

Outrossim, há quem afirme como o primeiro antecedente do direito da privacidade a obra de David Augusto Röder, denominada *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, a qual definiu como atos que atentam contra o direito à privacidade: “*incomodar alguém com perguntas indiscretas*” ou “*entrar em um aposento sem se fazer anunciar*”¹¹⁷.

Grande parte da doutrina entende que a proteção da vida privada foi *judicialmente* acolhida, pela primeira vez, em França, *durante o século XIX*, com o chamado caso *affaire Rachel (Felix c. O'Connell)*, quando uma famosa atriz do teatro pediu que fosse fotografada em seu leito de morte, tendo sido alertado aos fotógrafos que o retrato não poderia ser reproduzido por outro meio. Entretanto, os profissionais desobedeceram ao pedido e permitiram que fosse feito um desenho a partir de uma cópia que possuíam, sendo, conseqüentemente, publicado no semanário *L'Illustration*. A família ajuizou uma ação em face do desenhista - O'Connell - sendo proferida a sentença pelo Tribunal de Sena em 16 de junho de 1858, a qual decidiu que a ninguém seria dado o direito de reproduzir ou publicar retratos de uma pessoa em seu leito de morte, sem que houvesse um consentimento expresso da família, por mais que sua vida tenha sido ligada ao público¹¹⁸. Assim, indicou-se a necessidade de respeito à esfera reservada da pessoa no campo dos seus sentimentos, o que deixa o âmbito da imagem para resguardar para um setor mais amplo, qual seja o do direito à vida privada.

Outro *precedente*, quiçá *o mais expressivo*, está, diretamente, ligado à formulação teórica do direito à privacidade, que se deu em 1890, nos Estados Unidos da América, considerado como o grande marco doutrinário da formulação do direito à intimidade naquele Estado. Refere-se a um artigo publicado na *Havard Law Review*,

¹¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. Página 35.

¹¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. Página 55. Afirma-se, ainda, que, com a publicação dessa obra, surgiu a crítica irônica de *Ihering*, dizendo que o autor recorria ao “direito natural” para legitimar formas de viver e preocupações restritas a uma pequena camada da população.

¹¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. Páginas 55-56.

denominado de *Right to Privacy*, escrito por *Samuel Dennis Warren* e *Louis Dembitz Brandeis*, defendendo que, por meio do direito geral à *privacy*¹¹⁹, previsto na *common law*, era possível obter uma proteção jurídica nos casos em que houvessem violações da vida privada por meio do exercício ácido da imprensa, que na época estava ultrapassando os limites da propriedade e da decência. Neste Artigo, os autores embasaram-se na definição proferida uma década antes (em 1878), pelo juiz norte-americano *Thomas Cooley*, qual seja a de *right 'to be let alone'* (o direito de ser deixado só)¹²⁰.

Os autores da mencionada Obra demonstraram, em um primeiro momento, que o objeto de proteção – *estar só* – abrangeria as emoções, pensamentos e sentimentos mais íntimos do indivíduo, independentemente da forma de expressão. Ademais, fizeram, ainda, uma distinção entre o *right to privacy* e o *direito à reputação*, na medida em que, enquanto este último protege o indivíduo contra a divulgação de fatos maliciosos e inverídicos, aquele resguarda o seu titular até mesmo contra fatos verdadeiros, dos quais não foi permitida a divulgação para o conhecimento geral. Por último, afirmaram que o *direito de estar só*, com relação ao critério de limitação, não seria absoluto, podendo ser mitigado, caso a publicação de determinada informação possuísse interesse geral do público; também quando existisse uma autorização legal; e nos casos em que o próprio indivíduo autorizasse a divulgação dos acontecimentos, mesmo que de índole privada, pois o seu consentimento faria renunciar ao direito¹²¹.

Os concisos argumentos de *Warren* e *Brandies* não demoraram muito para serem acolhidos, pois, apenas três anos após a publicação do Artigo, na *Havard Law Review*, o Tribunal de Nova Iorque acolheu o argumento de um homem que alegava ter a sua imagem sido publicada indevidamente por um jornal, afirmando a Corte que o

¹¹⁹ No citado Artigo tomou-se, como início do seu raciocínio, os clássicos direitos à propriedade e à liberdade, a fim de embasar o *right to be let alone*, uma vez que o direito à propriedade tutela todas as formas de posse, seja o seu conteúdo material, ou não; enquanto o direito à liberdade, os direitos civis. Assim, partiu-se da premissa *privacy-property*, que se configurava como uma relação entre o particular e sua vida privada, e, em consequência, como a faculdade de tornar públicas as manifestações apenas quando se achar oportuno. Anteriormente, a lesão à *privacy* somente era vista nos casos em que havia intromissão física. Porém, com esta associação à liberdade passou-se a proteger, também, a inviolabilidade da personalidade humana.

¹²⁰ Cfr. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Op. cit.. Páginas 101-103; JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 257; LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Páginas 55-56; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, Intimidade e Vida Privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: Juruá, 2010. Páginas 148-149; SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. Páginas 57-58.

¹²¹ Cfr. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Op. cit.. Páginas 103-104; SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.. Páginas 59-61.

direito de *estar só* do cidadão não admite intromissões arbitrárias, como a utilização do nome ou fotografia de alguém sem a legítima autorização. Posteriormente, este entendimento foi-se expandindo para além fronteiras dos Estados Unidos.

Com os precedentes acima citados, deu-se início a uma *gradual* formulação do conteúdo do *direito à privacidade*, o que acabou ganhando contornos internacionais com a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, conforme prevê o artigo XII: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques”¹²².

É importante frisar que o direito à privacidade surgiu em decorrência de um *somatório de fatores sociais*, tais como o desenvolvimento social, a transformação de uma sociedade primordialmente ruralista para uma capitalista, bem como o desenvolvimento do consumo e as inovações tecnológicas que, por muitas vezes, devassam(vam) o âmbito privado do indivíduo. Em consequência dessas revoluções tecnológicas, as possibilidades de lesões à privacidade passaram a ser inimagináveis. Nesse sentido, preleciona Dotti:

«As violações da intimidade ganharam proporções alarmantes após a descoberta da chamada terceira revolução, caracterizada pelo período histórico que sucedeu a II Guerra Mundial e fez dos anos 50 uma etapa distintamente superior em relação às conquistas do passado. A utilização da energia nuclear, a eletrônica e a cibernética romperam as estruturas convencionais que demarcavam as noções de perigo e segurança, e guerra e paz.

As modalidades clássicas de ingerência arbitrária na esfera da vida privada, como o teatro, a literatura, o cinema e o *journalisme à sensation* foram-se aprimorando com a fotografia à distância, o rádio, o telefone e a televisão. Nos dias correntes, a grande família da eletrônica gera os *microespões* que, atuando no campo da eletroacústica, derrubam antigas fortalezas da privacidade. Microfones cujo tamanho não ultrapassam o de um botão de camisa proliferam no arsenal da espionagem»¹²³.

Convém, desde já, esclarecer que o texto *supra* foi transcrito foi elaborado na década de 80 do Século XX, somando-se a isso as inúmeras inovações tecnológicas no campo da informática das últimas décadas, com a impressionante *revolução dos meios de comunicação*.

Em 1950, o direito à privacidade foi, novamente, previsto num documento de âmbito internacional – o art. 8.º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do

¹²² ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Op. cit.. Acessado em 15 de julho de 2013.

¹²³ DOTTI, René Ariel. *A liberdade ...* Op. cit.. Páginas 126-127. Acessado em 15 de julho de 2013.

Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma¹²⁴. Em 1966, tratou-se, outra vez, do direito à privacidade. Desta feita foi no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que abordou o tema de forma bastante semelhante ao previsto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, limitando no seu art. 17.º, as ingerências na vida íntima e privada dos indivíduos¹²⁵. Assim, isto é, mediante a concretização dos direitos humanos em Pactos, esses direitos podem ser exigidos pelos cidadãos contra o seu Estado, desde que estes tenham sido signatários desses instrumentos internacionais.

Em 1968, durante a Conferência dos Juristas Nórdicos estabeleceu-se um rol de intervenções passíveis de gerarem ofensa ao *right to privacy*, na qual estariam compreendidas: a) as interferências na vida pessoal, familiar e doméstica; b) as interferências na integridade física ou mental, na liberdade moral e intelectual; c) a violação da honra e reputação; d) a falsa perspectiva; e) a comunicação de fatos irrelevantes e embaraçosos da intimidade; f) o uso do nome, identidade ou retrato; g) a espionagem ou espreita; h) a intervenção de correspondência; i) a má-utilização de informações escritas ou orais; e j) a transmissão de dados conhecidos em função do segredo profissional¹²⁶.

Todavia, percebe-se haver uma total falta de rigor científico neste rol estabelecido pelos juristas nórdicos, uma vez que miscigenam o direito à vida privada com outros direitos autônomos, como o direito à integridade física e psíquica, à honra, à imagem, à reputação e ao nome, como se todos decorressem de um único direito. Além disso, tal rol peca, ainda, por não estabelecer que tipo de intervenção seria ilícita, pois nem todos os pensamentos, sentimentos ou acontecimentos da vida privada são, necessariamente, protegidos contra a intrusão de terceiros, sendo indispensável dispor em que medida essa causa lesão ao direito à privacidade.

¹²⁴ CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma. 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acessado em 16 de julho de 2013. Art. 8.º: *Direito ao respeito pela vida privada e familiar* “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício desse direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros”.

¹²⁵ ONU. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Resolução n. 2200-A (XXI). 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>>. Acessado em 16 de julho de 2013. Art. 17.º: “§1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. §2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

¹²⁶ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Páginas 257-258.

Em 1969, por fim, o direito à privacidade foi previsto pela Convenção Americana sobre Direito Humanos, por meio do art. 11.º, em sede do Pacto de São José da Costa Rica, que repetiu o que já havia sido previsto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹²⁷.

Porém, mesmo com todo o *progresso* acerca da discussão no âmbito internacional e com a aprovação de vários documentos sobre o tema, verificou-se que a *proteção efetiva do direito à privacidade* somente viria por meio de uma *conscientização interna* da sua importância, o que foi feito, *paulatinamente*, pela criação de dispositivos nos ordenamentos jurídicos internos – principalmente nas áreas civis e criminais –, a fim de que pudessem ser aplicadas, de forma imediata, pelo Poder Judiciário.

Atualmente, o direito à privacidade é *constitucionalmente* protegido por *quase todos os países democráticos* a nível mundial, com exceção de alguns que foram influenciados pela *common law*, como o Reino Unido, que reconhece este direito por meio da jurisprudência. Portugal foi o primeiro Estado europeu a proteger o direito à privacidade¹²⁸, por meio do seu Código Civil de 1966, mais especificamente no artigo 80.º, n.º 1, que reserva a intimidade da vida privada. Posteriormente, este direito foi, também, consagrado, *ao nível constitucional*, no artigo 26.º, n.º 1, por meio do qual o direito à privacidade adquiriu um tratamento de *direito fundamental*, onde se afirma que:

«A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação»¹²⁹.

Vejam, agora, em traços muito breves, o que se passa em alguns Estados,

¹²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pacto de San Jose da Costa Rica*. Convenção Americana sobre Direito Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: «<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>». Acessado em 17 de julho de 2013. Artigo 11.º - Proteção da honra e da dignidade: “1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 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”.

¹²⁸ SANTOS, Inês Moreira. *Direito fundamental à privacidade vs. perseguição criminal – A problemática das escutas telefônicas*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008. Página 106.

¹²⁹ PORTUGAL. *Constituição da República portuguesa de 1976*. Op. cit.. Acessado em 18 de julho de 2013.

relativamente à proteção deste direito. No ordenamento jurídico italiano, os artigos 2.º, 3.º e 13.º da Carta Magna consideram inviolável a liberdade pessoal. Em Espanha, a Constituição de 1978 garante, em seu artigo 18.º, n.º 1, a intimidade e a vida privada. Em França, a vida privada possui amparo por meio dos artigos 22.º e 23.º da Lei 70.643 de 17 de julho de 1970. No direito alemão, foi por meio do artigo 1.1. da Lei Fundamental Bonn que se passou a considerar responsabilidade do Estado o dever de proteção da intimidade e personalidade das pessoas. No Brasil, até ao advento da Constituição Federal de 1988 o direito à privacidade das pessoas não era juridicamente tutelado. Somente com esta Lei Fundamental se previu essa proteção, por meio do seu art. 5.º, inciso X. No ordenamento estadunidense, a 4.ª Emenda veio para salvaguardar o segredo das comunicações e a 14.ª Emenda para estabelecer o direito à privacidade no casamento¹³⁰.

Como o Direito está inserido numa *sociedade dinâmica*, sob pena de estagnação, percebemos que este necessita de acompanhar as transformações sociais. Dessa forma, o direito à privacidade evoluiu juntamente com a sociedade, deixando de ter um caráter individualista, no qual se buscava o isolamento e a tranquilidade, puramente relacionado a sua natureza negativa e adquirindo um lado mais positivista, concedendo ao indivíduo um maior controlo das suas informações pessoais, sendo possível o impedimento da utilização das mesmas, bem como a escolha das informações que poderão ser utilizadas.

2.5 Titulares do Direito à Privacidade

O sujeito ativo¹³¹ do direito à privacidade poderá ser uma *pessoa física* ou um *grupo de pessoas* que estão unidas por um laço de *afetividade* ou de *confiança*. Relativamente à tutela conferida às pessoas singulares, é latente a justificativa, haja vista estas serem possuidoras de *emoções, dores, pensamentos e sentimentos* que merecem a proteção deste direito. Quanto à tutela atribuída a determinados grupos,

¹³⁰ SANTOS, Inês Moreira. Op. cit.. Página 106.

¹³¹ Convém, inicialmente, destacar que, buscando uma maior clareza, neste estudo não se obedecerá a uma classificação distintiva entre sujeito ativo e passivo, pois poderá ser referido como sujeito ativo o titular do direito em análise e quando se estiver tratando de uma lesão a este direito será mencionado como sujeito passivo (aquele que a suportou), e sujeito ativo o que a ocasionou, o que poderia levar a uma desordem, caso fosse adotado um estudo distintivo dos sujeitos.

destaca-se que somente se mostra adequado ampliar esta proteção, para além dos *laços familiares*, abrangendo, também, os casos em que existe entre os indivíduos componentes de um agrupamento alguma relação de *confiabilidade* ou *afeto*. A relação de afetividade entre as pessoas justifica-se no fato da concepção moderna de família descambar para o admissão da validade não apenas da ligação consanguínea que existe entre os parentes mas, também, àqueles com quem se tem uma estrita relação afetiva, como, por exemplo, os namorados, os companheiros, etc. Outrossim se abrangem as situações em que, apesar de não haver um laço consanguíneo ou afetivo, as relações são baseadas na *confiança*, como no caso dos empregados domésticos¹³².

Com o intuito de dirimir uma dúvida que poderá pairar, ressalta-se que a titularidade do direito à privacidade deverá ser concedida aos indivíduos *nacionais* ou *estrangeiros* que se encontrem em uma situação em que seja aplicável a lei local, não podendo, assim, haver qualquer discriminação ou diferenciação entre estes dois grupos de pessoas. A razão desta proteção dá-se pelo fato do *direito à privacidade* ser uma *manifestação da própria dignidade humana* assumindo, dessa forma, uma extensibilidade a todas as Pessoas, independentemente de serem nacionais ou não. Neste sentido, destaca-se que a Constituição espanhola de 1978, no seu artigo 18.º, n.º4, limita “*el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”¹³³, o que poderá gerar dúvida no que concerne à utilização da expressão *cidadãos* no referido texto normativo. Todavia, o Tribunal Constitucional espanhol, aquando da análise de outras celeumas, declarou que «existem direitos que correspondem igualmente a espanhóis e estrangeiros, direitos que pertencem à pessoa enquanto tal e não como cidadão, imprescindíveis à garantia da dignidade humana», assim como também já reconheceu que «os estrangeiros podem ser titulares dos direitos fundamentais»¹³⁴.

No que respeita à titularidade do direito à privacidade por pessoas físicas parece não existir muitas controvérsias. Todavia, a *polêmica* persiste quando se trata da *ampliação da tutela às pessoas jurídicas*. A doutrina divide-se em teorias positiva e negativa, estas buscando restringir o direito em análise apenas às pessoas singulares, ao passo em que aquelas defendem uma extensão deste às pessoas dotadas de

¹³² AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Op. cit.. Páginas 206-207.

¹³³ ESPANHA. Congreso de los diputados. *Constitución española de 1978*. Disponível em: «<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>».

Acessado em 17 de julho de 2013.

¹³⁴ STC 107/84, Fº 3 e STC 99/85, Fº 2, respectivamente. Cfr. DELGADO, Lucrecio Rebollo. Op. cit.. Páginas 134-135; LIMBERGER, Têmis. Op. cit.. Páginas 121-122.

personalidade jurídica. A parte da doutrina que não admite a tese ampliativa da proteção fundamental da privacidade às pessoas jurídicas utiliza como um dos argumentos a evidente ausência da percepção de dor, emoção, sentimento ou qualquer outro anseio próprio aos seres humanos, somente podendo ser sentido ou usufruído por pessoas físicas, pessoas singulares¹³⁵. Afirma, ainda, esta teoria que não consente o alargamento do âmbito da vida privada às pessoas coletivas pelo fato de se tratarem de mera ficção jurídica, que buscam os fins de seus componentes, na maioria das vezes puramente patrimonial, sem possuir atributos espirituais, dignidade, vida material, saúde biológica ou qualquer outra manifestação atinente aos humanos. Ou seja, somente a estes últimos se poderia atribuir a titularidade do direito à vida privada ou da intimidade¹³⁶. Corroborando com essa posição, Ascensão afirma, ainda, que cada vez que se empregam os direitos fundamentais para a defesa de grupos ou entes coletivos os mesmos se afastam da sua função primeira de amparo da pessoa humana¹³⁷.

Tratando o tema pela visão dos direitos da personalidade, segundo Vasconcelos, estes “*estão indissoluvelmente ligados à dignidade humana e são, por isso, inseparáveis da personalidade singular, isto é, das pessoas humanas*”¹³⁸. Dessa forma, o autor afirma que o alargamento às pessoas jurídicas é um erro positivista, que se origina por meio de uma equivocada equiparação entre as pessoas individuais e coletivas em um “*macro-conceito geral-abstracto de personalidade jurídica*”¹³⁹. Por último, o autor alerta que não se pode fazer uma aplicação direta do regime jurídico do direito da personalidade às pessoas jurídicas, devendo sempre haver uma análise do caso concreto, para que no fim se possam estender estes direitos por meio de uma analogia. Ou seja, quando haja *similaridade das circunstâncias* que justifique o alargamento, deve-se ter, entretanto, a consciência de que o *sentido jurídico é distinto* dos legítimos direitos da personalidade, dos quais as pessoas físicas são titulares¹⁴⁰.

Entendemos, contudo, que a posição *supra* exposta merece uma *ponderação*, que transcenda a existência biológica ou as referidas dores, emoções e sentimentos pertencentes aos seres humanos. É este o rumo que segue a *teoria positiva*, buscando

¹³⁵ Cfr. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Op. cit.. Página 207; DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida...* Op. cit.. Página 69.

¹³⁶ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Página 308.

¹³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. In Novo Código Civil – questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Vol. 6. Coords.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Método, 2007. Página 110.

¹³⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais. Op. cit.. Página 123.

¹³⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. Op. cit.. Página 123.

¹⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. Op. cit.. Página 123.

uma expansão do alcance da titularidade da privacidade, a fim de abarcar, também, as pessoas jurídicas. Face ao atual concorrido e seletivo mercado, para o desempenho de qualquer atividade profissional, necessário se torna o desenvolvimento de estratégias próprias, que o faz diferir dos demais concorrentes, materializando-se em segredo empresarial. É comum a quaisquer atividades profissionais, mesmo que sem fins lucrativos, a utilização de diversas técnicas imprescindíveis para o bom desempenho da empresa, quais sejam, a utilização de metas, o controlo de mercadoria armazenada, a criação publicitária, os estudos de mercado, etc., devendo todas estas informações receber um tratamento restritivo. Assim, percebe-se que, apesar de possuírem finalidades distintas - pois a pessoa singular busca o amparo do bem-estar, enquanto a pessoa coletiva almeja o resguardo do sucesso empresarial - o propósito buscado por ambas é o mesmo, ou seja, a proteção dos seus dados pessoais.

Na legislação portuguesa aplicável ao tratamento de dados pessoais, em sede da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98), descortina-se que o legislador buscou abranger apenas as informações relativas a pessoas singulares, excluindo, assim, os animais e as pessoas jurídicas¹⁴¹. No entanto, existem situações em que a divisão entre o alcance da protecção conferida à pessoa física e aquele conferido às pessoas jurídicas é bastante tênue, sendo, assim, merecedoras de igual protecção. Atualmente, a Comissão Nacional de Protecção de Dados – CNPD¹⁴² – tem admitido, relativamente aos empresários em nome individual, o resguardo das informações referentes às atividades profissionais por estes desempenhadas, recebendo a intitulação de dados pessoais¹⁴³.

Neste mesmo sentido, seguem as *Linhas Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)*, que já anteviam este problema, ressaltando que, em algumas legislações, é semelhante a protecção conferida às pessoas individuais e àqueles que estão associados por um mesmo fim, como as empresas, as associações ou até mesmo grupos sem personalidade jurídica, em face da dificuldade de distinção entre dados pessoais e não pessoais, o que, em uma pequena empresa, acaba se confundindo os dados que dizem respeito à atividade empresarial com os do próprio

¹⁴¹ Referem-se aqui as pessoas jurídicas de direito privado, possuindo elas cunho económico ou não, sem que disponham de quaisquer poderes de autoridade, direitos do poder público ou funções inerentes ao Estado.

¹⁴² A Comissão Nacional de Protecção de Dados é uma *entidade administrativa independente* com poderes de autoridade, com a atribuição genérica de controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, respeitando, principalmente, os direitos humanos e as liberdades e garantias consagradas na Constituição da República portuguesa e nas leis infraconstitucionais.

¹⁴³ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática...* Op. cit.. Páginas 100-101.

empresário. Assim, por meios destas Linhas Diretrizes, a organização *supra* referida acaba por *aconselhar* que, nestes casos, o resguardo conferido aos dados relativos às pessoas físicas abrangem, também, as pessoas jurídicas¹⁴⁴.

Saliente-se, ainda, que, apesar de ser clara a opção da legislação infraconstitucional em proteger apenas o direito à privacidade às pessoas individuais, a Carta Magna portuguesa parece não excluir o direito à autodeterminação informativa às pessoas jurídicas, se se atender ao princípio da universalidade, previsto no art. 12.º, n.º2, que estatui que “*as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”, conferindo-lhes, assim, por exemplo, o direito à inviolabilidade do domicílio e sigilo das correspondências¹⁴⁵.

Na doutrina, vários são os autores que defendem a atribuição de direitos fundamentais extensivo às pessoas jurídicas, o que vem fortalecer o entendimento de que estas são titulares do direito à privacidade. Canotilho e Moreira afirmam que somente por meio da análise casuística é possível saber quais os direitos fundamentais que também são comportáveis às pessoas jurídicas, tendo em vista essa titularidade depender da natureza daqueles. Por exemplo, não faz sentido a tutela do direito à vida ou à integridade física das pessoas coletivas, mas já são compatíveis com a sua natureza a garantia de inviolabilidade do domicílio, do sigilo de correspondência, do direito à livre associação e o direito à propriedade¹⁴⁶.

Acerca deste tema, Pinto afirma, primeiramente, que as pessoas jurídicas podem ser titulares de alguns direitos da personalidade, contanto que estes não sejam inerentes apenas à personalidade singular. Ademais, defende, ainda, que, independentemente da doutrina se pronunciar, ou não, a favor da compatibilização do direito à privacidade às pessoas coletivas, quando se trata das sociedades empresariais é clara a necessidade de proteção do “*segredo dos negócios*”, mesmo sem um direito da personalidade próprio para este amparo¹⁴⁷.

Corroborando com esse entendimento, Capelo de Sousa afirma que, por força do art. 160.º do Código Civil português¹⁴⁸, ficam excluídos para as pessoas coletivas apenas aqueles direitos específicos à personalidade humana, devendo ser reconhecidos

¹⁴⁴ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 101.

¹⁴⁵ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 101-102.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Páginas 330-331.

¹⁴⁷ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Página 553.

¹⁴⁸ Art. 160.º, n.º1 “A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins. 2. Exceptuam-se os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular”. PORTUGAL. *Código Civil*. Op. cit.. Acessado em 19 de julho de 2013.

aqueles “*que se ajustem à particular natureza e às específicas características de cada uma de tais pessoas jurídicas, ao seu círculo de actividades, às suas relações e aos seus interesses dignos de tutela jurídica*”. Desta forma, o autor defende que as pessoas coletivas são merecedoras de proteção do sigilo de correspondência e das particularidades de organização, funcionamento e *know-how*, bem como do direito ao bom nome, honra, decoro, entre outros¹⁴⁹.

Neste mesmo sentido se pronunciou a CNPD, quando indagada acerca da utilização apenas às pessoas físicas, afirmando ser “*cada vez mais duvidoso que possa continuar a considerar-se como exclusivo destinatário das medidas de protecção em matéria de dados pessoais as pessoas singulares, esquecendo as pessoas colectivas*”. Deste modo, conclui-se que existe um consenso com relação ao usufruto de certos direitos, pertencentes às pessoas físicas, pelas pessoas jurídicas, desde que sejam compatíveis com sua natureza, assim como também há concordância no sentido de proteger, em algumas situações, as pessoas coletivas contra ingerências em sua esfera privada, devendo refletir-se acerca de um provável amparo das informações pessoais pertencentes às pessoas jurídicas¹⁵⁰.

Destaca-se, ainda, neste contexto, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça brasileiro – STJ – que, após reiteradas decisões no mesmo sentido, editou a Súmula 227, na qual afirma: “*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”¹⁵¹, abrangendo-se aqui as situações em que, de alguma forma, a honra da pessoa jurídica é lesionada (por exemplo, por meio de divulgações de informações erradas sobre a sociedade empresarial)¹⁵².

Diante o exposto, conclui-se pela extensão, às pessoas jurídicas, da proteção do direito à privacidade conferida às pessoas físicas naqueles direitos fundamentais que não forem de caráter peculiar aos sujeitos singulares, principalmente diante da necessidade que as sociedades coletivas têm de manter em sigilo informações de cunho essencial para o desenvolvimento da sua atividade.

¹⁴⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Páginas 597-599.

¹⁵⁰ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS. Parecer nº 18/2000, 02 de maio de 2000. Relatora: Catarina Sarmento e Castro. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/deciso/es/2000/htm/par/par018-00.htm>>. Acessado em 19 de julho de 2013.

¹⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 227. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=273>>. Acessado em 19 de julho de 2013.

¹⁵² Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais. Op. cit.. Página 123. No direito brasileiro, assim como no direito alemão, o reconhecimento de direitos da personalidade às pessoas jurídicas traduz-se invariavelmente em responsabilidade civil por lesões à reputação desta ou à sua firma.

Ainda sobre a titularidade do direito à privacidade, é mister ressaltar-se acerca da proteção de *peessoas já falecidas*. Neste caso, duas situações se mostram possíveis. A primeira delas é quando se tem uma ofensa contra a vida privada de um defunto em conjunto com a de quem reage contra esta lesão, a exemplo da vida familiar. Nesta situação não existe polêmica, pois o próprio ofendido que ainda está vivo tem titularidade para se insurgir contra o fato ocorrido. Todavia, a discussão dá-se quando se trata de ofensa exclusivamente a aspectos da vida privada do *de cuius*.

No intuito de dirimir esta dúvida, o art. 71.º, n.º 2 do Código Civil português previu a proteção do direito à privacidade de pessoas já falecidas, dando legitimidade ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, que poderão buscar medidas que protejam o *de cuius* contra ofensas ao seu direito da personalidade.

Relativamente a esta questão, Capelo de Sousa afirma que a personalidade do indivíduo se extingue com a morte biológica, mas não deixam de restar bens da personalidade física e moral do *de cuius* que permanecem a seguir o seu fluxo na sociedade, perdurando, assim, no mundo das relações jurídicas e sendo autonomamente protegidos¹⁵³. Ademais, afirma, ainda, que este recebe tratamento especial no ordenamento jurídico português, uma vez que a lei civilista *supra* referida firma uma permanência genérica dos direitos da personalidade do defunto, mais até do que uma comum tutela de bens jurídicos¹⁵⁴.

Complementando este entendimento, Vasconcelos sustenta que o Código Civil português, por meio desta norma, busca, de forma *objetiva*, defender o respeito pelo valor ético das pessoas falecidas, e, *subjetivamente*, a proteção moral dos familiares e herdeiros. Por último, apesar de não reconhecer a tutela dos mortos, afirma que ordem jurídica defende, por meio do direito subjetivo de personalidade, o direito que os vivos possuem a que seus entes falecidos sejam respeitados¹⁵⁵.

Ainda relativamente à proteção dos aspectos atinente à vida privada de pessoas já falecidas, mais especificamente com relação aos dados relativos a pessoas, Castro entende que estes deverão ser considerados como dados pessoais, sendo merecedores da mesma proteção conferida aos indivíduos vivos pela Lei nº 67/98, que, segundo a autora, deixa clara essa tutela extensiva aos mortos, quando declara que dados pessoais

¹⁵³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 189.

¹⁵⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit.. Página 192.

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. Op. cit.. Página 121.

são informações relativas a qualquer pessoa singular *identificada* ou *identificável*. Castro embasa, ainda, o seu entendimento na CNPD que, tratando do acesso a dados de saúde, proferiu a Deliberação n.º 51/2001, que estabeleceu as condições para que os familiares do *de cuius* possam obter as informações que buscam. E, também, no Parecer n.º 6/99 desta mesma Comissão, sobre o que expôs relativamente ao projeto de diploma legal que buscava regular a utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica¹⁵⁶.

Deste modo, verifica-se que é necessário conferir proteção à privacidade não apenas aos indivíduos vivos mas, também, àqueles que, apesar de não mais desfrutarem do convívio terreno, ainda resta sobrevivido o direito à tutela dos seus interesses, que deve ser defendido por aqueles que guardam a sua memória.

Ainda acerca da titularidade do direito à privacidade, mister se torna destacar a especialidade do tratamento que recebe a vida privada das *pessoas notórias*. Comumente, afirma-se que o âmbito da vida privada das pessoas famosas possui uma tutela diferenciada em relação às pessoas que não têm qualquer notoriedade, sob o argumento de que o titular, ao decidir-se pela fama, aceita em contrapartida uma vida mais exposta à curiosidade do público.

No entanto, deve-se esclarecer que buscar o sucesso não implica almejar a constante exposição da vida privada ao público. Muitas vezes, o indivíduo assume os riscos próprios da vida notória, mas de forma implícita, não significando uma anuência pura e simples desta exposição. O titular tem a consciência que poderá sacrificar de alguma forma a sua vida privada, mas isso não significa que o aceite de forma obrigatória. Normalmente, em conjunto com o sucesso vem uma maior exposição à crítica, o que acaba por transcender os atos da vida profissional e atingir as atitudes e decisões tomadas em sede da vida privada, unindo estas duas esferas como se fossem apenas uma¹⁵⁷.

É incontroverso que a fama e o sucesso acabam pondo em risco a reserva da vida privada, em face do maior interesse que o público passa a ter em relação ao famoso, não apenas relativamente aos aspectos da sua vida profissional, mas, também, a outros, para além destes. Todavia, antes de mais nada, o primeiro passo para constar se houve, ou não, uma violação do direito à privacidade de uma personalidade notória é necessário estabelecer uma diferenciação entre o legítimo interesse público à

¹⁵⁶ CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 104.

¹⁵⁷ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit.. Página 89.

informação e a voraz curiosidade geral¹⁵⁸, mostrando-se este primeiro como uma forma de sacrifício de alguns aspectos da vida privada que estas pessoas acabam tendo de suportar, ao passo que a mera curiosidade pública não legitima esta violação da privacidade. Assim, conclui-se que as pessoas famosas possuem direito à privacidade da mesma forma que os indivíduos desprovidos de fama. Todavia, em face do maior interesse que geram no público em geral, acabam tendo de suportar maiores sacrifícios da sua vida privada¹⁵⁹.

O Conselho da Europa já tratou do tema, na ocasião em que publicou a Resolução n.º 428/70, alíneas 2 e 3 do parágrafo “C”, afirmando que: “*não podem se prevalecer do direito à proteção da sua vida privada pessoas que por suas próprias atitudes encorajem indiscrições das quais venham a se queixar posteriormente*”, enquanto, também, assentou que “*as pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção da vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública*”¹⁶⁰.

Por último, devem mencionar-se as peculiaridades do direito à privacidade relativamente aos *menores e interditos*. Por princípio, este direito deverá ser exercido perante terceiros por meio dos seus representantes, possuindo estes últimos o dever de buscar as providências necessárias para resguardar ou impedir os tutelados de sofrerem ingerências no âmbito de suas vidas privadas.

Todavia, a dúvida surge no tocante às relações com os seus representantes legais, seja nas violações cometidas de forma direta por estes ou nas situações em que estes permitem que terceiros empreendam o ato lesivo. Pinto defende que o fato dos representantes partilharem de uma convivência em comum com seus representados não significa que possuam total disposição da vida privada destes, justificando-se uma violação somente nas situações em que esta é necessária para o exercício dos «*poderes-funcionais*», como, por exemplo, nas ocasiões em que a quebra da intimidade é necessária para a educação ou formação moral do tutelado, levando-se sempre em consideração a maturidade do incapaz, pois, caso a transgressão da vida íntima seja realizada de forma arbitrária ou injustificada, restará configurada uma ofensa ao direito

¹⁵⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit.. Páginas 89-90.

¹⁵⁹ Sobre esta questão, destaca-se o asseverado pelo Código Civil português de 1966, em seu artigo 80.º, n.º 2: “*a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas*”. PORTUGAL. *Código Civil português de 1966*. Op. cit.. Acessado em 22 de julho de 2013.

¹⁶⁰ EUROPA. Conselho Europeu. Resolução n.º 428/70. Disponível em: «<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>». Acessado em 22 de julho de 2013.

à privacidade deste. De modo semelhante se dão as situações em que o representante consente que outrem transgrida o direito à privacidade do representado, devendo o consentimento da ofensa também ser dado por este, caso tenha discernimento para isso¹⁶¹.

Conclui-se, assim, que os menores e interditos também são titulares do direito à privacidade de forma autônoma, frente aos seus representantes, devendo estes respeitarem o espaço íntimo àqueles conferido, ressalvadas as situações em que a não observância deste direito se justifica pelos poderes-funcionais concedidos aos tutores, mas levando-se sempre em consideração a maturidade do representado para resolução do caso concreto.

¹⁶¹ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Páginas 556-557.

3. DIREITO À PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais

É mister destacar que a doutrina é unânime em afirmar que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, sendo uma delas subjetiva e a outra objetiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, conforme será exposto mais detalhadamente nas linhas seguintes.

A *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais representa a propriedade desses direitos de conceder ao seu titular a faculdade de reivindicar de alguém determinada conduta que lhe seja favorável, quer por parte do Estado, quer por parte de algum sujeito individual. Nas palavras de Vieira de Andrade: “implica um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular (...) ligado à proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”¹⁶².

Todavia, a supramencionada dimensão está inteiramente ligada ao Homem em sua individualidade, não abrangendo, assim, toda a relevância jurídica dos preceitos constitucionais relativos à matéria. Dessa maneira, tem-se a *perspectiva objetiva* dos direitos fundamentais, que significa que estes direitos servem como uma fundamentação para a essência do Estado Democrático de Direito, atuando como um limite ou como uma diretriz para a conduta do poder público. Dessa forma, os direitos fundamentais transcendem a perspectiva subjetiva e individualista e passam a exercer influência sobre todo o ordenamento jurídico, norteadando, assim, as ações do Executivo, Judiciário e Legislativo¹⁶³.

¹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2012. Página 112.

¹⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Página 343.

Vale destacar ainda que a dupla dimensão dos direitos fundamentais atua de forma complementar, apoiando-se e condicionando-se entre si para que estes possam garantir a liberdade individual, limitar o poder estatal e exercer influência sobre o ordenamento jurídico-constitucional¹⁶⁴. Assim, as referenciadas circunstâncias defendem a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais, pois estes passam não somente a garantir os direitos subjetivos dos indivíduos singulares, mas, também, princípios objetivos basilares a serem observados por todo o ordenamento jurídico, *maxime* pelo Estado Democrático de Direito.

3.1.1 Dimensão subjetiva

Transcorrida uma breve exposição acerca das noções iniciais das perspectivas dos direitos fundamentais, pode fazer-se uma análise pormenorizada de suas peculiaridades.

Inicialmente, percebe-se que a dimensão subjetiva é aquela que mais se identifica com a figura dos direitos fundamentais, tendo em vista que reproduz a essência de liberdade que, inicialmente, os criou. Os direitos fundamentais triunfaram politicamente com as revoluções liberais durante o século XVIII. Dessa maneira, estes direitos surgiram como diversas formas puras de liberdade, representando as esferas de autonomia dos indivíduos frente ao poder estatal, do qual se exigia a maior abstenção possível da vida económica, social e pessoal de cada indivíduo, sem qualquer condicionamento de finalidade ou de função¹⁶⁵.

Assim, os direitos fundamentais poderiam ser tratados como *liberdades*, cujo conteúdo era estabelecido pela vontade do próprio titular, ou como *garantias*, para assegurar, em termos institucionais, a não intervenção do Estado. Seriam direitos de defesa dos indivíduos perante o poder público¹⁶⁶.

De acordo com Hesse, os direitos fundamentais como direitos subjetivos, fundamentadores de um *status* seriam, então, “*direitos básicos jurídico-constitucionais*”

¹⁶⁴ AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Op. cit.. Página 68.

¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 51.

¹⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 53.

do particular, como homem e como cidadão¹⁶⁷. Nessa premissa, de modo geral, quando se refere aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, deve-se ter a noção de que ao titular de um direito fundamental é concedida a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário. Desde o início, fica clara a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se expressa por meio de uma *relação trilateral*, composta pelo titular, objeto e destinatário do direito¹⁶⁸. Assim, conforme Vieira de Andrade, o reconhecimento de um direito subjetivo está ligado “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”¹⁶⁹.

No que toca à classificação funcional dos direitos fundamentais, esta pode dividi-los em: *direitos de defesa*, *direitos a prestação* e *direitos de proteção*. Os direitos fundamentais de *defesa* têm dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as ingerências de tais poderes na esfera pessoal do indivíduo e; b) implicam o poder de exigir omissões do Estado, buscando evitar agressões lesivas por parte do mesmo. Observa-se a função de *direitos a prestação* ao conceder-se às pessoas o direito de obter algo (saúde, educação, segurança social, ...) por meio do poder público. Por último, cumpre-se a função de *direitos de proteção* quando os particulares exigem do Estado uma proteção perante terceiros, por exemplo, pelo direito à inviolabilidade do domicílio, pelo direito de proteção dos dados informáticos, de entre outros¹⁷⁰. Esta classificação de acordo com o critério funcional será tratada no trabalho, com maior profundidade, em momento posterior.

Voltemos à classificação dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva. É impossível tratar deste tema sem mencionar a «teoria dos quatro *status* de Jellinek». Com efeito, o alemão Georg Jellinek buscou, em sua obra *Sistema dos direitos públicos subjetivos (System der subjektiv öffentlichen Rechte)*, sistematizar doutrinariamente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, afirmando que o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este cunhada por

¹⁶⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. Página 232.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Página 152.

¹⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 112.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. Páginas 408-409.

quatro espécies de situações jurídicas – *status* – seja como sujeito de deveres ou titular de direitos¹⁷¹. De acordo com esta teoria de Jellinek, o *status* seria uma espécie de situação na qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado¹⁷². Ademais, esta teoria afirma que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos quatro espécies de estados jurídicos em relação ao Estado: *passivo*, *negativo*, *positivo* e *ativo*.

Na primeira relação, qual seja a *passiva (status subjectionis)*, Jellinek afirmou que o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo assim, um mero detentor de deveres, sem qualquer direito, ao passo em que o Estado possuiria a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições, caracterizando-se esta relação jurídica pela ausência de liberdade individual¹⁷³.

Com relação ao *status negativo (status libertatis)*, em função dos indivíduos serem dotados de personalidade, concede-lhes uma esfera individual de liberdade imune ao poder estatal, o que leva a uma redução da extensão do já exposto *status passivo* e, conseqüentemente, à limitação do *jus imperii* do Estado, devendo respeitar a liberdade do indivíduo cuja conduta de fins estritamente pessoais não afete a coletividade¹⁷⁴.

A terceira relação tratada por Jellinek corresponde ao *status positivo (status civitatis)*, que assegura juridicamente ao indivíduo a possibilidade não somente de utilizar-se das instituições estatais, mas, também, de exigir do Estado determinadas ações positivas que busquem resguardar os interesses individuais dos cidadãos¹⁷⁵.

Por último, Jellinek reconhece ao cidadão o *status ativo (status activae civitatis)*, no qual este passa a ser considerado titular de competências que lhe asseguram o direito de participação na formação da vontade política do Estado, como, por exemplo, o direito de votar ou de fazer parte de alguma organização estatal¹⁷⁶.

Ao longo do tempo, a teoria dos quatro *status* de Jellinek vem sendo complementada pela doutrina, no sentido de a adaptar às funções atualmente atribuídas aos direitos fundamentais, haja em vista que não correspondem mais ao mesmo cenário

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 156.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 156.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Enesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Páginas 248-250.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit.. Páginas 251-253.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Op. cit.. Páginas 256-257.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Op. cit.. Página 260.

que se tinha quando a mencionada teoria foi desenvolvida¹⁷⁷. Dessa maneira, cumpre ressaltar o alargamento do *status ativo*, feito por Peter Häberle, para que nele também pudesse ser introduzido o *status activos processualis* que, por sua vez, trata da dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, devendo o Estado gerar mecanismos procedimentais para o exercício dos direitos¹⁷⁸.

Assim, com base na teoria dos quatro *status* de Jellinek, os direitos fundamentais são classificados pelo *critério funcional*, ou seja, são elencados de acordo com *as funções que os direitos fundamentais ostentam diante do poder do Estado*, dividindo-os em: *direitos de defesa*, *direitos a prestação* e *direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo¹⁷⁹. Os *direitos de defesa* correspondem ao *status negativo*, por colocarem o indivíduo em posição de defesa contra as intromissões do poder público no âmbito da sua liberdade. Já os *direitos a prestação* estão atrelados ao *status positivo*, pelo fato de concederem aos seus titulares uma relação jurídica em que são detentores de direitos perante o Estado, devendo este atuar de forma positiva para resguardar os interesses dos indivíduos. Por último, os *direitos fundamentais de participação* estão ligados ao *status positivo*, pelo motivo de assegurarem a participação do cidadão na organização do Estado.

Esta classificação em três categorias, feita por Pereira de Farias, com base na teoria de Georg Jellinek, foi refutada por parte da doutrina. Com efeito, a subclassificação dos *direitos de participação*, condizente aos direitos políticos, é, na realidade, uma categoria miscigenada, abarcando elementos dos *direitos de defesa* e elementos dos *direitos a prestação*, dependendo de sua disposição, e não justificando o encaixe dos direitos políticos em uma subcategoria distinta¹⁸⁰.

Em contrapartida, Robert Alexy, sem dúvida inspirado nas lições de Jellinek, classifica o critério funcional dividindo os direitos fundamentais apenas em dois

¹⁷⁷ A referida teoria dos quatro *status* de Jellinek vem sofrendo diversas críticas pela doutrina, à medida que as funções que foram atribuídas aos direitos fundamentais não correspondem mais ao ambiente da época da elaboração desta teoria. Sem adentrar de forma minuciosa na análise das críticas existentes, por não ser esse o objetivo deste trabalho, aponta-se, por exemplo, a razão de que se faz necessária uma releitura do *status negativo*, pois, para Jellinek, as liberdades do indivíduo nesta relação são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador. Todavia, é necessário ser feita uma adaptação ao Direito Constitucional contemporâneo, no qual não se concebe mais uma sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 157.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 158.

¹⁷⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008. Páginas 93-94.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Páginas 163-164.

grandes grupos: *direitos de defesa* e *direitos a prestação*, no qual os *direitos a prestação* são subdivididos em *direitos prestacionais em sentido amplo*, abrangendo, assim, os *direitos de proteção* e *direitos à organização e ao procedimento*, e os *direitos prestacionais em sentido estrito*, que equivalem aos *direitos sociais*¹⁸¹. No direito lusitano, a doutrina de Alexy foi recepcionada, embora com algumas ressalvas e devida adaptação ao direito positivo, principalmente por Canotilho¹⁸², e será a classificação adotada neste trabalho.

Feito um breve embasamento teórico relativamente ao tema, passa a analisar-se o direito à privacidade dentro da classificação pelo critério funcional dos direitos fundamentais.

Logo de início, é clara a perspectiva negativa do direito à privacidade como um *direito de defesa*, típico direito subjetivo, haja vista que concede ao titular a prerrogativa de exigir que o poder público e demais particulares se abstenham de intervir em sua esfera jurídica individual, ou seja, lhe é outorgado o direito de impor que o Estado e outros indivíduos respeitem sua intimidade e vida privada¹⁸³.

A título de exemplificação dessa necessidade de abstenção contra interferências de terceiros na esfera privada do indivíduo, destacam-se os incisos X e XII do art. 5.º da CF/88, deixando clara a dimensão negativa deste direito fundamental:

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

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal»¹⁸⁴;

Além disso, pelo fato do direito à privacidade assegurar ao titular uma pretensão negativa em face do poder público e demais concidadãos, apresenta três atributos característicos dos direitos de defesa, expostos por Branco¹⁸⁵: a) *como não-intervenção em relação a posições subjetivas*, ou seja, funciona como uma proteção ao

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 162.

¹⁸² Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit.. Páginas 476 e ss.

¹⁸³ MIGUEL, Carlos Ruiz. Op. cit.. Página 118.

¹⁸⁴ BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *Constituição Federal da República*. Op. cit.. Acessado em 11 de outubro de 2013.

¹⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Páginas 141-142.

titular contra intervenções do Estado ou outros sujeitos na sua esfera íntima ou privada. O referido atributo tem especial importância pelo fato da proteção do direito à privacidade ser necessária para a garantia de outros direitos fundamentais, tais como liberdade de pensamento, liberdade de expressão, etc., que somente são exercidos quando o titular dispõe de uma esfera pessoal inviolável pelo Estado ou outros particulares; b) *como não-eliminação de posições jurídicas*, isto é, proíbe que o poder público venha a extinguir o direito à privacidade ou até mesmo que o limite de alguma forma e atinja o seu núcleo essencial; c) *como faculdade de não fruir posições previstas na norma*, ou seja, garante ao titular do direito à privacidade a faculdade de não exercê-la por vontade própria, ou melhor, trata da discussão acerca da possibilidade de renúncia ou não exercício deste direito fundamental¹⁸⁶.

Conforme já foi tratado no item 2.2 deste trabalho, quando se elencaram as espécies de privacidade, restou claro que a *privacidade informacional* ou *direito à autodeterminação informativa* (como também é conhecida) se trata de uma faculdade através da qual o indivíduo controla a utilização das informações acerca da sua vida privada, ou das que possam levar à sua identificação, quais sejam os dados pessoais, facultando-lhe o direito de negar ao Estado informações de caráter pessoal ou, ressalvados os casos previstos na Constituição, obrigando o poder público de abster-se do tratamento de determinados dados pessoais. Com esta nota adicional, fica claro o seu *caráter negativo*, enquanto «*Abwehrrecht*», diante do fato de seus titulares gozarem de posições jurídicas perante o Estado, para dessa forma se defenderem dos abusos ligados à utilização de informações de caráter pessoal¹⁸⁷.

Além disso, como expressão do status *positivo*, verifica-se também que o direito à privacidade requer não apenas uma abstenção do Estado, mas também concede aos indivíduos o direito de exigir uma atuação estatal de forma a assegurar a não intromissão de terceiros na intimidade e vida privada dos indivíduos, ou seja, permite que os indivíduos cobrem dos poderes públicos uma atuação no sentido de garantir a não intromissão de terceiros nas suas esferas íntimas ou privadas, mostrando-se como um *direito a prestação*.

¹⁸⁶ Em princípio, os direitos fundamentais não admitem renúncia, por serem base do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia tal não obsta a que se admita uma *limitação temporária de seu exercício*, ou seja, uma *auto-restrição*; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit.. Página 426

¹⁸⁷ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *O direito à autodeterminação ...* Op. cit.. Página 78.

Por último, é necessário deixar claro que, em razão do direito à privacidade ser *parte do status negativo* de Jellinek, bem como por ser um *direito de defesa*, assegura ao indivíduo o poder de impedir intervenções alheias à sua esfera pessoal. Todavia, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à privacidade também não possui caráter absoluto, podendo o titular sofrer intervenções do Estado ou de outros particulares, desde que haja previsão expressa ou implícita a este direito fundamental.

3.1.2 Dimensão objetiva

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais possui um maior destaque. Mas, ela coexiste com a *perspectiva objetiva*, em uma relação de complementação e fortalecimento recíproco, na qual se busca excluir qualquer distinção conceitual entre direitos fundamentais, como princípios objetivos, e o significado primitivo e substancial, como direitos do homem e do cidadão¹⁸⁸. Todavia, Vieira de Andrade, com um intuito esclarecedor, ressalva que, ao reconhecer uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer dimensão subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja¹⁸⁹, uma vez que, na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independente da viabilidade de uma subjetivação.

A *dimensão objetiva* decorre do significado dos direitos fundamentais como *princípios basilares* da ordem jurídica constitucional, fazendo parte da essência do Estado Democrático de Direito, uma vez que os direitos fundamentais atuam como *diretrizes* para a atuação do poder público. As constituições democráticas admitem um sistema de valores que são positivados por meio dos direitos fundamentais, servindo estes direitos de influência para todo o ordenamento jurídico, norteando as ações de todos os poderes constituídos¹⁹⁰ e sendo não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional...* Op. cit.. Página 239.

¹⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 110.

¹⁹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit.. Página 343.

A *dimensão objetiva* possui algumas peculiaridades que merecem destaque. A primeira delas relaciona-se com a idéia de que a função objetiva dos direitos fundamentais, por expressarem valores fundamentais da comunidade, deve ter sua eficácia valorada não apenas de um ângulo individualista, ou seja, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição diante do Estado, mas, também, com o enfoque da sociedade, da comunidade na sua totalidade, pois trata de valores e finalidades que este deve respeitar e concretizar¹⁹¹.

Outra particularidade que merece destaque é com relação à força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, que, na doutrina alemã, foi chamada de *eficácia irradiante (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais*, a qual afirma que estes, em sua perspectiva objetiva, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional¹⁹². Dessa forma, dar-se-ão diversas consequências, dentre elas: interpretação restritiva das leis que estabelecem limitações aos direitos fundamentais, eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, proibição de atos normativos que afrontem o sistema de valores imposto pelos direitos fundamentais, etc.

Ainda sobre as funções dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, destaca-se o dever geral de efetivação atribuído ao Estado com o reconhecimento de *direitos de proteção (Schutzpflichten)*, no sentido de que este tem o dever jurídico de proteção efetiva dos direitos fundamentais contra a intromissão de particulares ou de outros Estados, adotando medidas positivas, como, por exemplo, proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc., com o intuito de salvaguardar o exercício dos direitos fundamentais¹⁹³. Dessa maneira, o direito à privacidade, quando visto sob a perspectiva de um *direito de proteção*, busca proteger este direito fundamental que está sofrendo uma lesão, ou iminência de ser lesionado, por um particular ou um Estado terceiro, por exemplo, em uma situação que determinada empresa exija de seus funcionários informações pessoais que condizem exclusivamente à esfera da vida privada do indivíduo, fazendo-se necessária a intervenção estatal que atue de forma coercitiva a fim de cessar a lesão/ameaça, ou de forma preventiva pelo meio da implementação de medidas administrativas que salvaguadem o direito fundamental à privacidade.

¹⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Páginas 144-145.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 147.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Páginas 148-149.

Assim, além do já exposto sobre o caráter defensivo do direito à privacidade, exige-se do Estado não apenas uma simples abstenção da esfera pessoal do indivíduo, mas uma atuação positiva, a fim de assegurar que terceiros também não transgridam este espaço íntimo e privado¹⁹⁴. Dessa forma, fica clara a perspectiva do *status positivo* de Jellinek e dos *direitos a prestação* no direito à privacidade, atuando não apenas com os efeitos negativos próprios dos *direitos de defesa*, mas, também, de forma positiva.

Por último, destaca-se o desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a *criação e constituição de organizações* (ou instituições) *estatais* e para o *procedimento*. Afirma-se que, com base no conteúdo das normas que tratam de direitos fundamentais, é possível extraírem-se efeitos para a formatação do *direito à organização e procedimento* que ajude na efetiva salvaguarda dos direitos fundamentais¹⁹⁵.

Relativamente ao direito fundamental à privacidade, na ótica objetiva dos direitos fundamentais, interpreta-se que é exigido do Estado que crie ou delegue um órgão administrativo independente que busque fiscalizar os procedimentos adotados para o tratamento das informações de caráter pessoal, bem como regularize, por meio de procedimentos administrativos, a proteção das informações pessoais armazenadas por entidades públicas ou privadas. Tal pode ser observado por meio da análise da múltipla finalidade do *direito à autodeterminação informativa* que, enquanto «*Schutzrecht*», tem *caráter positivo* quando visto como um *direito a prestação*, impondo ao Estado que defina normas jurídicas reguladoras da utilização dos dados pessoais, deixando claro o *direito a prestações normativas*, bem como institua uma entidade administrativa independente que busque proteger estas informações de caráter pessoal¹⁹⁶.

Diante tudo que foi exposto, conclui-se que os direitos fundamentais possuem duas perspectivas: uma delas *subjéctiva*, na condição de garantia individual de exigir do poder público e demais particulares um comportamento negativo; e outra *objetiva*, enquanto um sistema de valores do Estado Democrático de Direito que atua apontando diretrizes e impondo limites ao exercício dos poderes constituídos.

¹⁹⁴ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 27.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Páginas 150-151. Com relação à função *organizacional e procedimental* dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva observar, também, ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Páginas 141-144.

¹⁹⁶ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *O direito à autodeterminação ...* Op. cit.. Página 78; entretanto, destaca-se que a autora classifica tais ações positivas/prestações como sendo uma dimensão subjéctiva do direito à autodeterminação informativa.

3.2 Âmbito de Proteção de Direitos Fundamentais e do Direito à Privacidade

Em se tratando do alcance dos direitos fundamentais, observa-se que alguns possuem tão reduzido alcance que provavelmente não entrarão em conflito com os demais direitos. Já outros possuem alcance tão amplo que é possível que seu exercício ou proteção invada o âmbito de outra garantia assegurada pela Constituição. Por este motivo, quando se discute sobre direitos fundamentais, é uma tarefa difícil estabelecer, com precisão, os limites de cada um, sem que isso implique em uma área de interseção entre várias esferas de proteção de direitos fundamentais distintos.

A delimitação do *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais tem um papel central, pois é necessária uma boa definição da extensão do direito, na medida em que, é ela que orienta a conformação no caso de aparentes colisões entre direitos fundamentais.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais referem-se a certos âmbitos da realidade social. Dessa forma, conceitua: a vida humana referente ao direito à vida; a arte no que se refere ao direito à liberdade de criação artística; a comunicação escrita, oral telefônica e internética no que se refere ao direito ao sigilo das comunicações. Assim, define-se, em termos materiais, o *âmbito de proteção* de um direito fundamental como a articulação entre o mesmo e determinado *âmbito da realidade social*. Ou seja, pode-se dizer que os “âmbitos da vida” abrangidos pelos direitos fundamentais correspondem ao âmbito de proteção desses mesmos direitos¹⁹⁷.

Canotilho prossegue, afirmando que esse conceito não é exauriente quando estamos diante de uma situação concreta de colisão de direitos, pois não confere uma garantia jurídica definitiva ao direito fundamental, tratando apenas do que é conferido pela disposição normativa, sem levar em consideração as possíveis restrições impostas pela Constituição, sendo todavia, necessário pesquisar a respeito do *conteúdo juridicamente protegido* pelo direito fundamental. Esse recorte entre *âmbito de proteção* e *conteúdo juridicamente protegido* é feito através da análise da norma que assegura o direito, podendo o texto constitucional ou legal delimitar a conformação em que o exercício daquela realidade fatural será juridicamente protegido como direito

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Páginas 448-449.

fundamental¹⁹⁸. Assim, o autor diferencia entre o *âmbito de proteção* e o *âmbito de garantia efetiva*, no qual o primeiro se relaciona, propriamente, com o bem jurídico abraçado pelo direito fundamental, enquanto o segundo significa a extensão da garantia, levando em consideração todas as possíveis intervenções restritivas legítimas e o balanceamento com outros valores constitucionalmente protegidos que sejam conflitantes¹⁹⁹.

A respeito do conceito de âmbito de proteção de direitos fundamentais, e da sua delimitação, vejamos a posição de Mendes, para quem a definição de *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação de possíveis restrições contempladas, expressamente na Constituição (restrição constitucional expressa) e identificação das reservas legais de índole restritiva²⁰⁰. Do exposto, percebe-se que Mendes defende que o âmbito de proteção do direito fundamental é obtido pela realização de *duas etapas*, sendo a primeira para identificar o *bem jurídico* a ser tutelado pelo direito abstratamente considerado, e a segunda para a identificação das *restrições* impostas ao direito, estejam elas previstas no próprio texto constitucional ou através de uma autorização de restrição.

Fazendo uma comparação entre as posições dos constitucionalistas referenciados, observa-se que ambas acabam por chegar ao mesmo ponto, qual seja, o direito fundamental tendo como objeto de proteção um bem jurídico com restrições, tendo em vista a sua manifestação no mundo dos fatos. Não se trata, portanto, propriamente de uma divergência, mas de uma questão de conceito. Enquanto Canotilho define o âmbito de proteção como o bem jurídico amplamente considerado, Mendes prefere aprofundar a análise, fazendo um estreitamento daquilo que deve ser considerado o âmbito de proteção.

Todas as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais têm um âmbito de proteção definido que, caso tenham os limites violados, resulta-se em uma área em que “*não há direito*”. Isso significa, ainda, que nos casos em que há colisão entre direitos distintos se faz necessária uma análise da existência dos limites

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Página 449.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. Página 199.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit.. Página 373.

dos mesmos, na qual se observam quais são os bens ou valores protegidos pela Constituição que estão em contradição no caso concreto. Dessa forma, pode identificar-se, em cada direito fundamental, um núcleo essencial que resguarda suas formas típicas de exercício/gozo, assim como pode ser reconhecido, também, um espaço de proteção que perde vigor progressivamente à medida em que se afasta do núcleo central do direito fundamental até ao limite, no qual deixa de receber qualquer resguarda de bens ou valores, sendo este denominado *limite imanente* do direito fundamental, tendo em vista que a partir deste limite se inicia o âmbito de proteção de outro direito²⁰¹.

Dessa forma, pode observar-se que os *limites imanentes* são utilizados para delimitar o respectivo âmbito de proteção constitucional, bem como para definir o seu objeto e conteúdo principal, para que assim sejam determinados os bens ou esferas de ação tutelados pelo conceito que prevê o direito fundamental, distinguindo-o de outras figuras e zonas adjacentes que são abarcadas por direitos fundamentais diversos²⁰². Todavia, no tocante à resolução de conflitos entre direitos, liberdades e garantias, Canotilho possui muitas ressalvas à utilização da teoria dos limites imanentes, não admitindo-a de forma abstrata, defendendo que somente é possível a ponderação entre o âmbito de proteção de direitos fundamentais através da análise fática do caso concreto. Essa divergência será explicitada em traços mais delineados no item 3.3.

Assim, o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem jurídico tutelado (vida, dignidade humana, privacidade, etc.), mas será obtido, normalmente, mediante uma cuidadosa interpretação e análise, que leve em consideração todos os elementos fáticos, visto que apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito se estará definido se alguma situação ou bem jurídico se encontra juridicamente assegurada, assim como será possível determinar quais os direitos fundamentais que estão em causa.

Tendo como *pano de fundo* a exposição teórica sobre o *âmbito de proteção*, pode, agora, incursionar-se o estudo do *âmbito de proteção do direito à privacidade*.

Primeiramente, quanto ao bem jurídico a ser tutelado, ele abarca sob seu manto a *intimidade*, a *vida privada*, o *domicílio*, as *correspondências*, as *comunicações*, as

²⁰¹ CASTRO, Jorge Rosas de. *Direito à reserva da intimidade da vida privada versus direito à honra: a ofensa à honra de terceiros cometida em privado*. Scientia Iuridica. Tomo LIX, N.º 321, Janeiro/Março, 2010. Página 72.

²⁰² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Páginas 271-272.

decisões e os *dados pessoais*²⁰³ de cada indivíduo, que são expressão da realidade abrangida pelo direito.

O direito à privacidade possui um caráter iminente variável de seu âmbito de proteção conforme alguns elementos se apresentem, de forma a tornar diferente a concepção a respeito de privacidade. Alguns desses elementos são o *tempo*, o *espaço* e o *titular* do direito à privacidade. Nesse sentido, o legislador do Código Civil português, por meio do n.º 2 do art. 80.º, buscou conciliar o valor indispensável da tutela do direito à privacidade com a necessidade de conceder critérios ao julgador para que este pudesse limitá-la quando em choque com “exigências sociais de sinal oposto”²⁰⁴. Dessa forma, o referido texto legal civilista determinou que “a extensão da reserva é definida conforme *a natureza do caso e a condição das pessoas*”.

A *natureza do caso* corresponde ao critério *espacial e temporal* em que as informações são obtidas, que serve como parâmetro objetivo – identificador de determinada situação concreta, não depende do sujeito envolvido – para delimitar o âmbito de proteção do direito à privacidade. O critério do *espaço* relaciona-se com o local em que a informação é colhida. Por exemplo, se o fato ocorrer em um local público, onde pode ser conhecido por qualquer indivíduo, não será fundada a alegação de violação do direito à privacidade contra quem o tenha presenciado. Também integra a *natureza do caso*, o critério *temporal*, que pode ser observado, por exemplo, no caso de um historiador que se envolve tão profundamente no estudo de determinada personagem histórica que descobre aspectos de sua vida privada, publicando-as no intuito de explicar eventos passados. Observa-se que o caráter histórico do evento é exterior ao sujeito, transcendendo-o, admitindo-se, portanto, que tais informações estejam ao alcance do conhecimento de todos²⁰⁵.

No tocante à *condição das pessoas*, trata-se de um critério subjetivo de delimitação do âmbito resguardado pelo direito à privacidade. De acordo com o titular em análise, temos que quanto mais pública e notória for a pessoa, menor será a possibilidade de se impedir a intromissão alheia em sua vida privada, dado o interesse coletivo existente em conhecer a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem, que acaba por se sobrepujar ao interesse individual.

²⁰³ Apesar da Constituição brasileira não mencionar a proteção de informações contidas nos dados pessoais, como ocorre nas constituições portuguesa e espanhola, o direito à privacidade destes dados pessoais pode ser considerado amparado pelo art. 5.º, inciso X da Constituição Federal brasileira, que salvaguarda a intimidade e a vida privada do indivíduo de forma abrangente.

²⁰⁴ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Página 564.

²⁰⁵ CABRAL, Rita Amaral. Op. cit.. Páginas 28-29.

Nesse sentido, Barroso afirma que a privacidade de políticos, atletas, artistas ou outras pessoas que adquiriram notoriedade de forma eventual ou em razão de alguma fatalidade ou circunstância negativa (envolvimento em acidentes ou crimes, por exemplo) estão sujeitos a parâmetros menos rígidos de privacidade relativamente às pessoas anônimas, o que decorre da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal e do interesse público na transparência de determinadas condutas²⁰⁶.

Todavia, deve realçar-se que, em função do modo de vida em virtude do qual essas personalidades se tornaram alvo de interesse coletivo poderão perder uma parcela do resguardo da sua intimidade, devendo conservar-se preservada uma outra parte, à qual só poderão ter acesso conforme o consentimento do titular. Assim, os *notáveis* que, consciente ou inconscientemente, se expõem à publicidade perdem a camada exterior da sua intimidade, conservando, todavia, a parcela mais interna dessa sua intimidade, na qual penetrarão apenas as pessoas consentidas pelo titular, parcela que se encontra protegida da curiosidade pública²⁰⁷.

A qualidade de figura pública ou notória tem certas consequências no que diz respeito ao direito à proteção à privacidade. Por meio do acórdão n.º 470/96, o Tribunal Constitucional português afirmou que “se aos titulares de cargos políticos não pode negar-se sem mais, em razão dessa sua qualidade, o direito à privacidade, tão-pouco esse direito terá de ser-lhes reconhecido exatamente na mesma medida em que o for a um qualquer particular, a uma qualquer pessoa não investida no exercício de funções públicas”²⁰⁸.

Assim, o direito à privacidade existe em relação a todas as pessoas e merece a tutela necessária de proteção. Porém, o âmbito que se deve proteger da curiosidade alheia é mitigado no caso das pessoas notórias, embora jamais possa ser anulado.

Com relação aos elementos determinantes do âmbito de proteção do direito à privacidade, podemos transcrever a seguinte passagem de Canotilho e Machado, que bem resume o seu carácter elástico:

«Em todo o caso, a doutrina mais recente tende a sublinhar que expressões como privacidade ou intimidade devem ser interpretadas na sua dependência contextual, por referência a variáveis tão diversa como a evolução das

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Página 76.

²⁰⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit.. Páginas 40-41.

²⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. *Jurisprudência Constitucional*. N.º 10, Abril – Junho. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. Página 28.

mentalidades, a identidade, a situação, o papel social e o estilo de vida dos visados. Nesta mesma linha, Costa Andrade, entre nós, aponta para a relatividade histórico-cultural e para a variabilidade pessoal-concreta da privacidade e da intimidade»²⁰⁹.

Podemos, assim, observar claramente um conflito de direitos fundamentais entre o interesse público no conhecimento da notícia a respeito da personalidade pública e o interesse individual de não ver a sua privacidade devastada. Utilizando-se o critério da proporcionalidade, deverá haver um balanceamento entre os distintos interesses em litígio, no qual, de acordo com os parâmetros do caso, será decidido se haverá uma restrição do direito à privacidade. Um dos requisitos essenciais para que seja considerada legítima essa transgressão do direito à privacidade é que o fato se apresente como de puro *interesse público*, o que não se confunde com curiosidade pública, além de ser *necessária* ao conhecimento da coletividade, sendo exercida uma *função informativa* e não meramente recreativa ou publicitária, expondo-se a menor parcela possível da intimidade da personalidade notória, ou seja, apenas a que se faça necessária para os fins informativos²¹⁰. Assim, o direito à informação prevalece apenas quando demonstrado o efetivo interesse público na informação a ser transmitida e a inevitável necessidade de expor a privacidade para a compreensão da notícia²¹¹.

A amplitude do direito à privacidade é grande, de tal sorte que podemos mencionar várias situações em que este direito entra em conflito com outros direitos fundamentais.

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal Constitucional português não deixou de recordar que o direito à privacidade pode ser limitado em razão da sua harmonização com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, embora respeitando o princípio da proporcionalidade. No acórdão n.º 631/2005, o TC pronunciou-se sobre o conflito entre o direito ao conhecimento da filiação natural e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, considerando que “num balanceamento entre o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e o direito fundamental da criança à protecção do Estado para o reconhecimento da sua paternidade, não pode, dentre de um júízo de ponderação assente no princípio da proporcionalidade, recortado no art. 18.º n.ºs 2 e 3, da CRP, deixar de aceitar-se a

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Página 55.

²¹⁰ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva...* Op. cit.. Páginas 565-572.

²¹¹ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit.. Páginas 339-340.

prevalência deste último, pois de outro modo, sabendo-se que esse reconhecimento contende, por via de regra, com a apreciação de factos abrangidos pelo âmbito de protecção da reserva à intimidade, mas que são, simultaneamente, causa jurígena do outro direito, corresponderia, em tal situação, a reconhecer-se a existência de um direito de não ser investigado e de não ser judicialmente compelido, em acção interposta pelo Estado, a reconhecer a paternidade”²¹².

Bem recorrentes são, também, os exemplos do confronto entre privacidade e liberdade de expressão e de comunicação.

Relembrando o que atrás se disse sobre o conceito de âmbito de protecção dos direitos fundamentais, existe a possibilidade de restrições a direitos. Tais restrições podem ser classificadas em *expressas* e *implícitas*. As *expressas* são aquelas previstas no próprio texto normativo constitucional, seja através de uma limitação já prevista no mesmo ou pela possibilidade de restrição por meio de ato normativo regulamentador legislativo. Já as limitações *implícitas* são aquelas impostas mesmo sem expressa previsão constitucional, por serem medidas necessárias à conformação de conflitos entre direitos fundamentais e valores constitucionais. Tais conflitos não encontram solução em dispositivos normativos de forma expressa, fazendo-se necessária uma atuação do intérprete de forma sistemática que, resguardando o *princípio da unidade da Constituição*, compara os direitos em conflito de forma não isolada, o que pode resultar na mitigação de um dos mesmos.

Os *direitos à liberdade de expressão e de comunicação* estão resguardados, na Constituição Federal brasileira, por meio dos incisos IV e IX do art. 5.º e pelo *caput* e §2.º do art. 220 da CF/88²¹³. A *liberdade de expressão* resguarda o titular de poder manifestar publicamente seus pensamentos, idéias, opiniões e críticas, ao passo em que a *liberdade de comunicação* compreende a publicação de imagens, fatos e notícias de interesse coletivo. Quando o titular exercer, de forma ilegítima, qualquer destes direitos tal reflete-se no âmbito de protecção dos direitos fundamentais de outrem, ou seja, quando o ilícito se instala no exercício da liberdade de expressão afronta-se o *direito à honra*, responsável pela salvaguarda da reputação e boa fama do indivíduo contra falsas

²¹² PINTO, Paulo Mota. *Jurisprudência Constitucional*. Op. cit.. Página 27.

²¹³ “Art. 5.º IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) §2.º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *Constituição Federal da República*. Op. cit.. Acessado em 22 de outubro de 2013.

e desabonadoras alegações. Quando se exerce ilegitimamente a liberdade de comunicação ofende-se o *direito à privacidade* que tutela a imagem do seu titular e suas informações da esfera pessoal contra o conhecimento de terceiros.

Em situações em que exista um conflito entre a *liberdade de expressão e de comunicação* e o *direito à privacidade*, alguns parâmetros podem ser adotados para que o julgador se norteie, a fim de buscar uma resolução para o conflito no caso concreto, quais sejam: a) *a veracidade do fato*: a informação que goza de proteção constitucional é a informação de cunho verdadeiro, por isso os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé, e dentro de critérios de razoabilidade, a coerência do fato ao qual darão publicidade; b) *licitude do meio empregue na obtenção da informação*: não se admite a divulgação de informações que foram adquiridas por meios que lesem outros direitos (por exemplo, tortura, interceptação telefônica clandestina, violação de domicílio, etc.); c) *personalidade pública ou estritamente privada*: as pessoas que ocupam cargos públicos têm seu direito à privacidade tutelado de forma mais branda do que aquelas pessoas que não têm qualquer notoriedade; d) *local do fato*: os fatos ocorridos em locais públicos têm menor proteção do que os que se deram em local reservado; e) *natureza do fato*: existem fatos que, independentemente das pessoas envolvidas, são notícia (por exemplo, desastres naturais, acidentes, crimes em geral); f) *existência de interesse público na divulgação em tese*: em face da atual sociedade que gira em torno de informações. Sua livre circulação, portanto, é uma das características principais do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se busca salvaguardar. Assim, cabe ao interessado na não-divulgação explicitar que seu interesse privado prevalece perante o interesse público presente na liberdade de expressão e comunicação²¹⁴.

Assim, por meio da utilização de alguns parâmetros, podem oferecer-se alternativas de solução e balizamento para a ponderação nos casos de conflitos entre a *liberdade de expressão e de comunicação* e o *direito à privacidade*. No entanto, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderá determinar-se, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, concedendo-se ao intérprete a faculdade de verificar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema. É importante realçar que, como estamos no domínio do confronto entre direitos fundamentais, não se questiona a hipótese de

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus...* Op. cit.. Páginas 88-90.

conflito de regras no qual se discuta a validade de uma ou de outra, pois não existe uma hierarquia entre direitos fundamentais.

Outro conflito possível ocorre entre o *direito à privacidade* e o valor *segurança pública*. Com relação a esta colisão, tomemos nota do julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, que, em 03 de março de 2004, no acórdão (*BverfGe 109, 279 - Lauschangriff*) expôs seu entendimento acerca de um ato normativo de 1998, que permitia aos agentes do Estado fazer uso de *escutas secretas* (instalação de micro aparelhos para captação de áudio e vídeo), sem o conhecimento dos residentes, no intuito de combater as eminentes ameaças terroristas e o crime organizado, mas que lesionava o direito à inviolabilidade domiciliária. A corte proferiu sua decisão no sentido de resguarda da dignidade da pessoa humana, em detrimento da segurança pública, sempre que a vigilância conduzisse a colheita de informações próprias da esfera pessoal mais restrita do titular, isto é, a esfera da intimidade (*Geheimsphäre*). Ademais, o Tribunal deixou claro que se à época da sua criação, o direito à privacidade domiciliária já buscava resguardar o titular contra a presença física indesejada de representantes do poder público, com os constantes avanços tecnológicos o direito à privacidade deverá ser remodelado, a fim de abarcar as novas formas de intromissão. Neste sentido, caso o indivíduo seja alvo de observação decorrente de um procedimento sigiloso de vigilância do Estado, isto não viola, em si, o absolutamente protegido direito ao respeito. Contudo, é necessário que se imponham alguns limites, levando-se em consideração o núcleo inviolável da conformação da vida privada, pois caso o Estado nela penetre, violará o direito concedido aos indivíduos para o desenvolvimento de seus pensamentos, opiniões e experiências personalíssimas, ou seja, seu valor enquanto pessoa humana. Ressalte-se que nem sequer os interesses preponderantes da coletividade justificam uma intervenção nessa esfera pessoal absolutamente protegida de conformação da vida privada²¹⁵.

²¹⁵ MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: «http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf». Acessado em 23 de outubro de 2013. Páginas 688-718

Pelo exposto, conclui-se que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é variável e elástico, nomeadamente de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o que impõe uma confrontação entre os bens ou valores resguardados constitucionalmente que são conflitantes *in casu*, de forma a garantir a máxima efetivação de ambos os direitos, através de um juízo de ponderação.

3.3 Restrições aos Direitos Fundamentais e ao Direito à Privacidade

Como já foi *supra* referido, os direitos fundamentais, mesmo que sejam direitos, liberdades ou garantias, não são *absolutos* ou *ilimitados*. Primeiramente, pelo fato das normas constitucionais não outorgarem a determinação da extensão da proteção do respectivo direito fundamental ao próprio titular, além do fato de ser inevitável que interesses constitucionalmente garantidos, porém de naturezas opostas, entrem em conflito com determinados direitos. Ademais, no plano valorativo-constitucional, as Constituições tendem a relacionar os direitos fundamentais a uma noção de *responsabilidade social*, associando-os ao conjunto de valores comunitários, como, por exemplo, a segurança pública, a autoridade do Estado, etc. Assim, percebe-se que, além dos *limites internos* (aqueles que resultam das situações de choque entre os diferentes direitos fundamentais) também podem existir *limites externos*, que buscam harmonizar os interesses individuais com as imposições próprias da convivência em comunidade²¹⁶.

Em suma, as *restrições* são uma redução da extensão de determinado direito fundamental, para que assim se possa conviver harmoniosamente com outras garantias constitucionais, sejam individuais ou referentes aos valores da vida em sociedade.

Com relação às restrições dos direitos fundamentais, pode perceber-se que estas têm uma dupla finalidade, pois, além de complementarem a demarcação do alcance assegurado pelo direito fundamental como parte integrante deste, ainda desempenham uma segurança a mais para os indivíduos. Isto se dá pelo fato dos direitos individuais somente poderem ser limitados pela própria Constituição, ou conforme ditames previstos por esta, ou, ainda, perante autorização implícita à conformação de

²¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Páginas 263-264.

um direito com distintos valores constitucionalmente protegidos. Destarte, percebe-se que, apesar de ter uma faceta de perda da extensão de um direito fundamental, as restrições também se apresentam como uma garantia contra intromissões dos poderes constituídos, que poderiam extrapolar os parâmetros constitucionais.

Neste contexto, Canotilho destaca que são três os “universos” de restrições de direitos fundamentais por atos normativos: 1) o primeiro corresponde às restrições aos direitos fundamentais feitas diretamente pela Constituição, ou seja, *restrições constitucionais diretas*, que se relaciona com a previsão expressa, no seio constitucional, de recortes restritivos do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental; 2) o segundo relaciona-se com restrições feitas por lei, mas que já haviam sido expressamente autorizadas pela Carta Magna (*reserva de lei restritiva* quando o texto constitucional autoriza a lei a estabelecer limites ao conteúdo juridicamente assegurado de um direito); 3) o último universo, de cunho doutrinário, corresponde às *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*, que trata dos limites ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa²¹⁷.

Neste contexto, é mister distinguir as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que outorgam uma competência estatal para realizar essas restrições. Enquanto as *restrições constitucionais diretas* (limitações propriamente ditas) representam mandados ou proibições dirigidos aos indivíduos, a *reserva de lei restritiva* não consiste numa limitação no sentido estrito da palavra, mas sim em autorizações constitucionais que respaldam a possibilidade do legislador impor limites aos direitos fundamentais²¹⁸.

Com relação ao derradeiro limite supramencionado, ou seja, as *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição* (tradicionalmente apelidadas de *restrições implícitas* e também chamadas de *limites imanentes*), trata-se de uma matéria bastante polêmica a nível doutrinário, em virtude de ser complexa a sua legitimação (justificação) constitucional, bem como árdua a modelação concreta do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente garantido do direito. De acordo com Canotilho, as normas que tratam de direitos fundamentais consideram-se como imperativos de otimização que devem ser aplicadas, na melhor forma possível, com base no contexto

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Página 450.

²¹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit.. Páginas 272-273.

jurídico e respectiva situação fática. Entretanto, não é possível estabelecer um padrão de critérios de resolução de conflitos entre direitos, que seja válido em termos gerais, de forma abstrata, pois a ponderação no caso concreto é uma necessidade inafastável²¹⁹. Aduz ainda, que a ponderação dos bens jurídicos-constitucionais para a resolução de conflitos assenta-se em três premissas: a) *entre normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material*; b) *de que a ponderação é realizada entre bens constitucionais*, não sendo admitida entre valores extraconstitucionais, vez que devem dizer respeito somente a bens constitucionalmente reconhecidos; c) *a otimização de bens constitucionais efetuada em decorrência da ponderação não caracteriza exercício arbitrário, abusivo ou inespecífico de um direito fora de seu âmbito de proteção*, pois a questão dos limites imanentes não pode ser resolvida através de critérios prévios, abstratos, livres de qualquer ponderação, somente podendo moldar-se através do resultado da ponderação entre princípios jurídico-constitucionalmente consagrados. Ou seja, “os chamados «limites imanentes» são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducentes ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia”²²⁰.

Dessa forma, é necessário deixar claro que os direitos que foram estabelecidos pela Constituição sem restrições, ou aqueles sem reserva de lei restritiva, não podem ser considerados como absolutos ou irrestringíveis, estando sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional (por exemplo, os limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente resguardado de direitos de terceiros). Assim, também neste caso, os direitos podem ser conformados pelo legislador, desde que acatando os princípios e os procedimentos formais e materiais das leis restritivas²²¹. Com o intuito de facilitar a compreensão destas situações, destaque-se o direito de manifestação (art. 45.º, 2 da Constituição da República portuguesa²²²) que, embora consagrado sem qualquer restrição constitucional direta ou autorização de lei restritiva, deve ter seu âmbito de proteção restringido por

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Páginas 1274-1275.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Página 1282.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Páginas 450-451.

²²² Art. 45.º, 2 – “A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. *Constituição da República portuguesa de 1976*. Op. cit.. Acessado em 28 de outubro de 2013.

lei, proibindo-se, assim, as manifestações de natureza hostil e com utilização de armas²²³, bem como respeitando-se os limites do âmbito de proteção do conteúdo juridicamente resguardado dos direitos dos outros, por exemplo, a liberdade de deslocação.

A respeito das *restrições implícitas* Novais afirma que não se pode considerar absolutamente irrestringível, pelo legislador, direitos salvaguardados na Carta Magna sem reserva expressa, pois há a possibilidade dessas garantias colidirem com direitos fundamentais de terceiros, devendo, assim, ser limitável tanto pelo magistrado, para a resolução de conflitos concretos, como pelo legislador ordinário. Em razão da impossibilidade do legislador constituinte (ou de revisão) prever todos os conflitos que ocorrerão em face da necessária convivência entre os direitos fundamentais e os demais bens e valores tutelados juridicamente, o autor afirma que as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais devem ser interpretadas como princípios, e não como regras, o que acaba por exigir a imposição de limitações não previstas expressamente pela Constituição²²⁴.

Também, sob o mesmo argumento da impossibilidade ao legislador constituinte, ou mesmo ao legislador ordinário, de prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais, afigurando-se, assim, necessárias as restrições decorrentes do choque de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou outros bens jurídico-constitucionais, legitimam-se os poderes públicos a restringir direitos, mesmo que essas restrições não sejam formalmente autorizadas pela Carta Magna nas situações em que tal se mostrar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais²²⁵. Neste sentido, Canotilho afirma que as *medidas* ou *intervenções restritivas* consistem em “cargas coactivas impostas concreta e individualmente ao titular de um direito fundamental através de um acto dos poderes públicos”²²⁶. Dessa maneira, por diversas vezes, encontram-se direitos fundamentais sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá em detrimento de outro, como, por exemplo, nas decisões judiciais

²²³ Resta demonstrada a diferença da limitação feita pela Constituição portuguesa para o direito de reunião, no âmbito do seu art. 45.º, 1, na qual o texto normativo prevê de forma expressa que o grupo deve ser reunido de forma pacífica e sem a utilização de armas, mesmo que em lugares abertos ao público.

²²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Páginas 367 e ss.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.. Página 402.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Op. cit.. Página 198.

privativas de liberdade, nas decisões administrativas que proíbem determinadas manifestações, nos atos expropriatórios de propriedade, etc.²²⁷.

Por último, Canotilho ressalva ainda que, para a admissibilidade da teoria dos limites imanentes, devem ser respeitados, no mínimo, três requisitos básicos: a) que a norma demarque limites, que, de alguma forma, estejam presentes na Constituição, não admitindo-se que sejam criados autonomamente restrições supostamente imanentes; b) que o delineamento destes limites seja o *único meio* de resolução de conflitos entre direitos constitucionais de idêntica natureza; c) que tais limites diminuam o âmbito de proteção dos direitos atingidos somente na medida estritamente necessária à superação do conflito²²⁸.

Conforme o exposto, pode concluir-se que a restrição ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais pode operar de forma *expressa* ou *implícita*. As *restrições expressas* são aquelas em que a própria Constituição restringe determinado direito fundamental (*restrições constitucionais diretas*) ou prevê a possibilidade do Poder Legislativo o restringir por meio de ato normativo (*reserva de lei restritiva*). Por outro lado, as *restrições implícitas* referem-se a limites impostos aos direitos fundamentais, mesmo sem previsão constitucional expressa, em razão de ser essencial para a ponderação entre o direito fundamental e outros valores constitucionais contrapostos. Neste caso, a restrição dá-se pela atuação do intérprete, que, em face do conflito do direito fundamental com outros valores constitucionais, busca examinar as normas constitucionais de forma sistemática, o que acarreta a mitigação de um dos direitos em conflito, sem sua total eliminação. Como uma forma *implícita* de restrição, podemos destacar as *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*.

Delineada, sinteticamente, a questão dos tipos de restrição, cumpre ressaltar, ainda, que as *restrições jurídico-públicas* sofrem limitações, às quais a doutrina apelida de *limites dos limites* (*Schränker der Schränker*). Acerca do tema, Hesse afirma que tais limites às restrições são necessários à *concordância prática* entre os direitos fundamentais em choque, ou seja, requer-se uma *coordenação proporcional* de direitos fundamentais para que ambos cheguem a uma *eficácia ótima*. Ademais, o autor assevera, ainda, que os direitos fundamentais, por pertencerem a partes integrantes essenciais da ordem constitucional, não devem sofrer limitações de forma que os prive mais do que o necessário para a proteção do bem contraposto. Nesse sentido, o autor

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Op. cit.. Página 198.

²²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Página 389.

destaca que a restrição dos direitos fundamentais deve ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico afetado, bem como *necessária*, restringindo-se apenas quando um menos gravoso não bastar, além de ter que ser *proporcional em sentido estrito*, ou seja, deve guardar uma relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental²²⁹.

Com relação aos *limites dos limites*, o ordenamento constitucional português, por meio do art. 18.º/2 e 3, explicitou, de forma sábia, os limites impostos às leis restritivas, no intuito de evitar que direitos, liberdades e garantias fossem aniquilados²³⁰. Por meio da análise deste dispositivo constitucional, observa-se: 1) a *exigência de autorização de restrição expressa*, que obriga o legislador a buscar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto que justifique sua competência de restrição; 2) o *requisito de lei formal*, para que direitos, liberdades e garantias só possam ser restringidos por lei; 3) a *generalidade e abstração*, devendo a lei restritiva dirigir-se a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas e regulando um número indeterminado ou indeterminável de casos; 4) a *não retroatividade*, devendo a lei restritiva de direitos, garantias e liberdades gerar efeitos apenas sobre os fatos posteriores à sua entrada em vigor; 5) o *princípio da proibição do excesso*²³¹, que significa que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deverá estar de acordo com a *adequação* (meio apropriado para a prossecução dos fins invocados pela norma), *necessidade* (não é possível escolher outro meio igualmente eficaz, porém mais gravoso de restrição de direitos) e *proporcionalidade* em sentido estrito (que busca evitar que sejam adotadas “cargas coativas” de direitos, liberdades e garantias excessivas e/ou desproporcionais aos resultados obtidos); 6) e, por último, o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, determinando que as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias²³².

Em suma, o Homem, por ser um ser integrante da coletividade, precisa aceitar as limitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em sociedade. Assim, as

²²⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional...* Op. cit.. Páginas 255-256.

²³⁰ Art. 18.º, 2 - “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3 - As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. *Constituição da República portuguesa de 1976*. Op. cit.. Acessado em 29 de outubro de 2013.

²³¹ Também conhecido pela doutrina como princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

²³² Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Op. cit.. Páginas 452-461; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit.. Páginas 418-421.

delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que, no entanto, poderão entrar em conflito com direitos fundamentais por si titulados.

Diante do embasamento *supra* exposto, passar-se-á a tratar, mais especificamente, das restrições *expressas* e *implícitas* que são estabelecidas ao *direito à privacidade*, nas suas diversas espécies.

Em sede da Constituição Federal brasileira, é possível observar uma *restrição constitucional direta* ao direito à inviolabilidade das comunicações por meio de uma análise das alíneas “b” e “c” do inciso I do §1.º do art. 136 e do inciso III do art. 139. Por meio destes dispositivos, a Constituição prevê, em razão da decretação do *estado de defesa*, a restrição dos direitos de *sigilo de correspondência* e de *sigilo de comunicação telegráfica e telefônica* em locais restritos e determinados, a fim de preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social. Também durante a vigência do *estado de sítio*, decretado em razão de comoção grave de repercussão nacional ou declaração de estado de guerra, a Constituição limita, de forma expressa, dentre outros direitos, liberdades e garantias, o *sigilo das comunicações*²³³.

Com relação às restrições constitucionais ao direito à privacidade feitas por meio de *reserva de lei restritiva*, devem destacar-se alguns exemplos trazidos pela Constituição da República portuguesa. O primeiro observa-se no art. 34.º/2, cujo texto normativo prevê que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, *nos casos e segundo as formas previstos na lei*”. Percebe-se, assim, que a Constituição reservou ao legislador ordinário a tarefa de determinar quais os casos que justificam o ingresso no domicílio de outrem contra a vontade deste, bem como a forma que deve ocorrer esta limitação à inviolabilidade do domicílio.

Outra hipótese de restrição constitucional ao direito à privacidade, feita, também, por meio de *reserva de lei restritiva*, se faz presente no art. 34.º/3, uma vez que a Constituição da República portuguesa prevê que “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit.. Página 382.

pessoas, de armas e de estupefacientes, *nos termos previstos na lei*". Este dispositivo, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade domiciliária no período noturno sem o consentimento do titular, limita-a expressa e indiretamente, identificando tais limites a partir da expressão "nos termos previstos na lei". Ou seja, neste caso, a Constituição determinou o requisito objetivo para a lei restritiva, qual seja, "em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada" e, dessa maneira, limitou a discricionariedade do legislador ordinário para impor restrições à privacidade domiciliária.

Outro exemplo de restrição constitucional ao direito à privacidade, ainda por meio de *reserva de lei restritiva*, está presente no art. 34.º/4 da CRP, quando estatui que "é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*". De tal modo, observa-se que a Constituição, ao mesmo tempo que incluiu no direito à inviolabilidade dos meios de comunicação a proibição de ingerências das autoridades públicas, resguardou expressamente ao legislador ordinário a possibilidade de restringir legalmente este direito a partir da expressão "salvos os casos previstos na lei", desde que seja "em matéria de processo criminal" (requisito objetivo).

Ademais, e ainda com relação aos supra mencionados números 2, 3 e 4 do art. 34.º da CRP, pode observar-se um outro tipo de restrição constitucional ao direito à privacidade - a *intervenção restritiva*. Por meio das expressões "ordenada pela autoridade judicial", "mediante autorização judicial" e "em matéria de processo criminal" conclui-se que a Constituição, além de prever restrições legais, também reservou à autoridade judicial o dever de aplicar, no caso concreto, limitações ao direito à privacidade em decorrência do choque com outros direitos fundamentais ou outros bens ou valores jurídico-constitucionais, como, por exemplo, a segurança pública. Desse modo, conclui-se que, perante a situação concreta, se faz necessária a ponderação entre direitos, liberdades e garantias constitucionais.

No contexto da inviolabilidade dos meios de comunicação, resguardado pelo art. 34.º/4 da CRP, os requisitos da *intervenção restritiva* judicial, em matéria de *escutas telefônicas*, fazem-se presentes por meio do art. 187.º do Código de Processo Penal português, que ressalta, dentre outros, a necessidade da interceptação e da gravação de conversações ou comunicações telefônicas somente poderem ser autorizadas por *despacho fundamentado do juiz de instrução*, o que deixa clara a reserva à autoridade

judicial de aplicar, no caso concreto, restrições ao direito à privacidade em decorrência do choque com outros bens ou valores resguardados pela Constituição. Além disso, relativamente à autoridade judicial, esta não pode autorizar escutas em termos de *mero expediente*, pois a decisão judicial de autorização reveste-se das características de *intervenção restritiva*, devendo assim exigir-se uma análise rigorosa com relação ao princípio da proporcionalidade, pois a restrição deve limitar-se ao estritamente necessário à proteção de direitos e bens constitucionais e ao prosseguimento do interesse subjacente à ação penal. Destaca-se ainda que, assim como nas demais espécies de restrição constitucional, as *intervenções restritivas* estão sujeitas aos princípios jurídicos-constitucionais das leis restritivas referidas no já mencionado art. 18.º da CRP (constitucionalidade, legalidade, determinabilidade e proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição do excesso. Este último se destrinça em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito)²³⁴, assim como também devem respeitar os limites impostos às leis restritivas, conforme já *supra* mencionado.

Por último, veja-se como opera a restrição constitucional ao direito à privacidade feita por meio de *restrições implícitas*, ou seja, por limites impostos aos direitos fundamentais, mesmo sem previsão constitucional expressa, em razão de ser necessário para a ponderação entre o direito fundamental e/ou outros valores constitucionais em conflito. Em tese, observa-se que nem tudo se encontra constitucional/legalmente amparado. Com efeito, uma colisão poderá legitimar o estabelecimento de uma restrição a um direito não submetido a reserva constitucional ou legal expressa. Nesses casos, o legislador pode justificar sua intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental com base em direitos de terceiros ou em outros princípios constitucionais. Nesse sentido se pronunciou já a Corte Constitucional alemã – *BverfGE 28, 243 (26)* – ao afirmar que “apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode, excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal”²³⁵.

²³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit.. Páginas 388/392/393/543.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit.. Páginas 392-393.

Ainda no contexto das *restrições implícitas* ao direito à privacidade, a título de exemplificação, ressalta-se a situação sempre referida pela doutrina brasileira que diz respeito à fiscalização de correspondência de presos pela administração penitenciária. A Constituição Federal brasileira, por meio do já mencionado art. 5.º, inciso XII, prevê a inviolabilidade do sigilo de correspondência, permitindo restrição apenas do sigilo das comunicações telefônicas e de dados. Neste sentido, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984), em seu art. 41, XV, salvaguarda ao presidiário o “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”. Todavia, em seu parágrafo único, a mencionada lei dispõe que o referido direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência poderá ser suspenso ou restringido pelo diretor do presídio, desde que a decisão seja motivada. Dessa forma, apesar da Lei de Execução Penal ser anterior à Constituição brasileira, no Supremo Tribunal Federal há precedente segundo o qual a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, de forma excepcional, interceptar a correspondência remetida pelos sentenciados, sob o fundamento de que a cláusula de inviolabilidade do sigilo de correspondências não pode constituir um instrumento para a proteção de práticas ilícitas de organizações criminosas e dos “chefes” que as comandam de dentro do estabelecimento prisional²³⁶. Em suma, em razão da necessidade de ponderação entre o direito fundamental à privacidade e outro valor constitucional em conflito, mesmo sem haver uma previsão constitucional expressa, o legislador ordinário entendeu que o sigilo das comunicações dos presos pode ser restringido para se resguardar o valor da segurança pública, também ele garantido pela Constituição.

3.4 Possibilidade de Renúncia ao Direito à Privacidade

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 70.814/SP. Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília (DF), 01 de março de 1994. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília (DF), 24 de junho de 1994, página 16649. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870814%2EENUME%2E+OU+70814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asmr4wz>>. Acessado em 05 de novembro de 2013.

Por último, merecem destaque os conflitos que resultam da autolimitação de um direito, ou seja, por vontade do próprio titular, seja no âmbito de um contrato ou por meio do consentimento que permita uma intervenção limitadora, pública ou privada.

Tomando-se por base que o direito à privacidade é um direito da personalidade, e que os direitos de personalidade têm como uma de suas características fundamentais a *irrenunciabilidade*, uma questão que merece destaque é a possibilidade, ou não, da renúncia ao direito à privacidade. Com a atual tendência de exploração do valor patrimonial de direitos de personalidade, dentre eles, o direito à privacidade, diversos questionamentos são levantados acerca da sua possibilidade de renúncia, como, por exemplo, a afetação do núcleo essencial protegido pelo direito, o conflito entre o paternalismo do Estado e a liberdade de autodeterminação informativa do titular, o choque entre os danos causados com a renúncia e as benesses obtidas pelos indivíduos.

Em primeiro lugar, como já foi mencionado anteriormente, é necessário destacar que o direito à privacidade, ou o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (como o apelida a Constituição portuguesa), não deve ser confundido nem com o direito à proteção da vida privada, incluindo a liberdade e o segredo da vida privada, nem mesmo com o direito à *privacy*, reconhecido no direito norte-americano com uma amplitude que o aproxima do direito geral de personalidade. O direito à privacidade, aqui em destaque, tem por objeto o *controle de informações* sobre a vida privada, visando, assim, dominar a tomada de conhecimento, a divulgação ou simplesmente a circulação de informações sobre a vida privada, bem como o interesse na subtração à atenção dos outros (anonimato em sentido amplo), ou na solidão. Dessa maneira, observa-se que estão excluídos do âmbito de proteção do direito à privacidade interesses que condizem com a liberdade de condução da vida privada, sendo estes abarcados pelo direito à liberdade²³⁷.

Como visto, o objeto do direito à privacidade é definido pelo encontro entre o *controle* (autodeterminação individual) sobre informação com a esfera da *vida privada*. Nesse sentido, observa-se que o direito à privacidade amplia a noção do *direito à autodeterminação informativa* para além do tratamento de dados pessoais, abarcando também a proteção perante a *intromissão* na esfera pessoal e a tutela perante a *difusão* de afirmações pessoais e fatos verídicos. Em virtude disso, a concepção do direito à privacidade como garantia, em que não está em causa apenas a inviolabilidade física ou

²³⁷ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit.. Páginas 528-529.

peçoal, mas também a *autodeterminação informativa* em relação à vida privada, faz com que no direito à privacidade se incorpore uma componente de *liberdade*²³⁸. Assim, vale lembrar a estreita relação que existe entre *privacidade* e *liberdade*, na qual a proteção da vida íntima e privada é, antes de qualquer coisa, um pressuposto para o exercício da liberdade de consciência, de crença e de expressão, mostrando-se como uma proteção contra intromissões de terceiros que perturbem o livre desenvolvimento da personalidade individual. Todavia, tal não proíbe a auto-exposição de acordo com a vontade do próprio titular.

A este propósito, discute-se como é que o Estado poderá(ia) impedir que o indivíduo divulgasse informações pessoais a fim de protegê-lo contra investidas criminosas (por exemplo, salvaguardando os usuários das redes sociais contra *cibercriminosos* que utilizam informações de caráter pessoal (situação financeira, preferência sexual, estado de saúde, etc.) divulgadas na internet para cometer ilícitos penais).

Contudo, observa-se que a decisão de expor, ou não, informações de caráter pessoal está na disponibilidade do próprio indivíduo, podendo expor-se até o limite que desejar, e devendo o Estado apenas advertir acerca dos perigos iminentes em função da maior vulnerabilidade do titular do direito. Assim, o titular do direito à privacidade, em face do poder de *controle de informações* de caráter pessoal, advindo do *direito à autodeterminação informativa*, poderá expor ao conhecimento de terceiros fatos das três esferas pessoais (*Sphärentheorie*) propostas pela teoria alemã: informações inerentes à sua esfera privada (*Privatsphäre*), informações da sua esfera de intimidade em sentido amplo (*Intimsphäre*), bem como informações da sua esfera de intimidade em sentido estrito (*Geheimsphäre*).

Neste contexto, a liberdade de controle das informações acerca da esfera pessoal é um componente necessário para a formação de sociedades pluralistas, nas

²³⁸ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit.. Páginas 529-531. O autor destaca que a noção de *autodeterminação informacional* foi inicialmente utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no domínio da proteção de dados constantes de ficheiros, na qual o livre desenvolvimento da personalidade sob as condições modernas do tratamento de dados pressupõe a proteção do indivíduo contra a recolha, armazenamento, utilização e cessão dos seus dados pessoais, assim como afirmava ao indivíduo o poder de, em princípio, determinar ele próprio a cessão e utilização dos seus dados pessoais, bem como requerer proteção em medida especial. Neste mesmo sentido, o Tribunal Constitucional português, por meio do acórdão 355/97, já afirmou que os direitos reconhecidos pelo artigo 35.º da CRP impedem que a pessoa se transforme em um simples objeto de informações, podendo, como forma de salvaguardar contra intromissões na esfera da vida privada de cada um, ser reunidos em um *direito à autodeterminação informativa*. Todavia, o autor ressalva que não se impede que seja estendido tal entendimento a outros casos de controle sobre informação pessoal, permitindo utilizar-se desta perspectiva para proteger o objeto de outros direitos subjetivos em causa.

quais existe um respeito recíproco entre os diferentes grupos. É por meio da expressão de pensamentos e ideologias, da exposição de características pessoais e aspectos íntimos que os indivíduos descobrem outras pessoas com características comuns que, em consequência, tornam possível a formação de grupos, em que os seus membros possuem uma identidade semelhante. Dito de outro modo, a tolerância e o respeito entre os diferentes grupos, bem como a construção de uma sociedade pluralista, pressupõem a autonomia dos indivíduos para decidirem quais as características ou fatos acerca da sua esfera da vida privada ou íntima que serão expostas ao domínio público.

Repudia-se, assim, a visão paternalista, comum nos regimes autoritários, em que o Estado limita as informações pessoais que o indivíduo pode externar, sob o argumento de proteção do titular contra si próprio. Neste sentido, Pinto afirma que a *autodeterminação* se contrapõe a toda forma de pretensa “protecção” paternalista, ainda que seja uma “tirania da dignidade”, em nome da concretização substancial da primeira. Ao mesmo passo, defende ser inadmissível impor ao titular limites ao próprio conteúdo do direito à privacidade, enquanto direito à «autodeterminação informativa» sobre a vida privada, através da invocação do limite da ordem pública, de uma «protecção do homem contra si próprio» ou até de imposições resultantes de um conceito objetivo de «dignidade humana»²³⁹. Ademais, Pinto não admite que se imponha, sob o argumento de proteção da *dignidade da pessoa humana*, enquanto integrante da *ordem pública*, um limite ao exercício da disposição voluntária do direito à privacidade, pois, apesar da dignidade humana ser elevada a valor fundamental que confere sentido e unidade às disposições constitucionais, bem como ser elemento integrante da ordem pública do estado democrático de direito, deve reconhecer-se a liberdade de conformação da personalidade em autodeterminação, incluindo a liberdade de se excluir, em sua quase totalidade, do controle sobre a obtenção e exposição de informações sobre a vida privada durante um determinado período²⁴⁰.

²³⁹ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit.. Página 547.

²⁴⁰ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit.. Páginas 548-549. Compartilha deste entendimento ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Páginas 309-311; afirmando que a ordem jurídica pode estabelecer limites à autolimitação com relação ao exercício de direitos fundamentais, em decorrência dos valores superiores da comunidade. Todavia, devem ser consideradas as diferenças entre os *tipos de direitos fundamentais*. Os *direitos relativos a bens individuais*, cujo âmbito, grau de protecção constitucional e conteúdo são estabelecidos primariamente em função da vontade do titular (*reserva da intimidade privada*, propriedade, *autodeterminação informativa*, *inviolabilidade do domicílio*, imagem, dentre outros) diferem-se dos *direitos relativos a bens* que, por serem *pessoais*, constituem-se simultaneamente ou estão associados a valores comunitários (vida, identidade pessoal, integridade física, cidadania, dentre outros).

Acerca da renúncia de direitos fundamentais, Canotilho afirma que “se a Constituição só permite restrição através de lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar a força dirigente dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis susceptíveis, inclusive, de renúncia”²⁴¹. Em sequência, o autor destaca, ainda, algumas orientações que devem ser seguidas na matéria da renúncia aos direitos de personalidade, quais sejam: 1) deve-se ter sempre em mente que é irrenunciável qualquer direito “medularmente inerente” à dignidade da pessoa humana; 2) também são irrenunciáveis os direitos fundamentais em sua totalidade, todavia, há que se manter uma distinção entre a renúncia ao núcleo intocável do direito (constitucionalmente proibida) e a limitação voluntária ao exercício de direitos (aceitável sob determinadas condições)²⁴².

Depois de expostas algumas posições doutrinárias sobre a renúncia a direitos fundamentais e estabelecidos alguns critérios acerca da limitação voluntária do direito à privacidade, far-se-á, agora, uma breve análise desta matéria no caso dos chamados *reality shows* (à participação de indivíduos em programas televisivos caracterizados pelo confinamento de pessoas e pela vigilância contínua e ininterrupta do cotidiano daqueles que aceitam participar). Em tais situações, aqueles que aderem à participação no programa estão, em tese, a negociar o seu direito irrenunciável à privacidade.

Veja-se, num primeiro momento, o célebre programa televisivo apelidado de *Big Brother*, um dos *reality shows* que mais se propagou pelo mundo. O *Big Brother* trouxe uma grande inovação na programação televisiva, expondo a vida real de seus participantes, que ficam confinados em uma casa monitorizada por inúmeras câmeras em troca de prémios em dinheiro e/ou de outras vantagens. O referido programa de televisão é baseado em um livro escrito em 1984 por *George Orwell*, no qual é narrada a história de uma sociedade que se encontrava em permanente vigilância. Pato, em artigo sobre a temática, bem destaca que “neste programa é transpostada uma barreira de forma inédita, é abolida de forma absoluta qualquer distinção entre publicidade e privacidade. E é precisamente na inédita transposição dessa barreira que apostam, de forma deliberada, o programa e a sua propaganda. O domínio da publicidade estende-se

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit.. Página 463.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit.. Página 464.

à casa de banho e ao quarto de dormir. Não há qualquer tipo de relacionamento que escape a esse domínio”²⁴³.

Foi, exatamente, por esse carácter inovador, bem como gerador de uma nova realidade artística de programação e de intromissão na esfera de privacidade de seus participantes, que os *reality shows* causaram tanta discussão. Ora, o debate jurídico, nomeadamente a discussão em torno da sua repercussão em esferas de direitos fundamentais, não poderia deixar de emergir. Muitas são as esferas de direitos fundamentais em pauta quando se traz à discussão os *reality shows*, como, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa através da liberdade de programação, o livre exercício de arte ou profissão. No entanto, na análise a que se vai proceder, buscará ater, apenas, à questão que diz respeito à privacidade e à possibilidade sua renúncia, ou seja, uma análise numa ótica daquele indivíduo que aceitou submeter-se àquela situação de vigilância permanente, abrindo mão de boa parte, ou quase a totalidade, de sua privacidade.

Em obra de Canotilho e Machado, dedicada à análise das dimensões de direitos tocadas pela realização de *reality shows*, destaca-se a passagem em que os autores afirmam que “do ponto de vista jurídico-constitucional, uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renunciar a esse direito, mas sim a exercê-lo autonomamente de acordo com as suas próprias preferências. O direito à intimidade é compatível com diferentes modos de utilização”. Numa sociedade pluralista, em que os indivíduos têm incomensuráveis e antagónicas visões de mundo, bem como interesses e objetivos completamente distintos, o direito à privacidade deverá ser analisado de acordo com a concepção do próprio titular, evitando-se, assim, que o *direito* à privacidade se transforme em um unidimensional *dever* de privacidade²⁴⁴.

Fica claro, portanto, que a decisão pela exposição da vida privada é algo que está dentro da liberdade de ação do indivíduo, sem que isso implique em uma suposta renúncia ao direito à privacidade, uma vez que o próprio titular do direito também é responsável pelo alcance e pela proteção da sua esfera íntima e privada, modelando o próprio *objeto de proteção*.

²⁴³ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *A propósito do Big Brother*. In: Revista Brotéria Cristianismo e Cultura, vol. 157, 2003. Página 466.

²⁴⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Op. cit.. Páginas 56-57.

Complementando esta idéia, acrescenta-se que o exercício da limitação voluntária do direito à privacidade deve basear-se na *autonomia do indivíduo* no momento da decisão pela restrição. Esta autonomia decorre da capacidade do titular do direito em determinar o próprio comportamento individual, bem como reger as relações jurídicas das quais faz parte, para, assim, decidir de forma *livre e autodeterminada*.

Nas relações entre semelhantes entende-se que, resguardada a vontade livre e esclarecida, os limites substanciais da autolimitação não devem ser os princípios da proporcionalidade ou da racionalidade, mas sim aqueles que sejam incontestavelmente referentes ao núcleo essencial dos direitos, ou seja, a dignidade da pessoa humana, ou de valores comunitários básicos²⁴⁵.

Já nas relações entre um indivíduo perante uma autoridade dotada de poderes públicos ou perante uma entidade privada/indivíduo que detenha um poder jurídico ou de fato, é legítimo à autoridade judiciária, com fulcro na ordem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a *adequação*, a *necessidade*, a *proporcionalidade* e a *racionalidade* da autolimitação, “pressupondo-se e provando-se a vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza, quanto mais expressiva for a duração, intensidade ou grau de perigo da limitação, a qual jamais poderá ser uma renúncia total, perpétua ou irrevogável”. Assim, estas limitações ao indivíduo de dispor dos seus direitos objetivam salvaguardar o caráter livre e esclarecido da vontade, porém justificam-se principalmente pela necessidade de cumprir com deveres de proteção estatal de determinados bens jurídicos pessoais²⁴⁶.

Entretanto, o posicionamento acima exposto não é pacífico, pois Silva discorda da obrigatoriedade de acautelamento e fiscalização da autoridade judiciária nas relações de autolimitação do direito à privacidade entre desiguais, defendendo ser inadequado qualquer critério geral de abrandamento do nível de influência da autonomia privada quando houver desigualdade material ou de poder entre os envolvidos, uma vez que, o que se deve verificar é o grau de *autonomia real* das partes²⁴⁷.

Portanto, refuta-se que, a autonomia do indivíduo não se confunde com a comprovação da (des)igualdade material das partes, pois mesmo no caso de uma extrema desigualdade material e de poder, ainda assim pode estar resguardada a

²⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 312.

²⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.. Página 312.

²⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005. Páginas 157-158.

autonomia de ambos, como, por exemplo, na relação jurídica entre os canais de televisão que transmitem os *reality shows* e os participantes individuais.

Nesse contexto, Abreu, em artigo intitulado «Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: O Caso do *Big Brother*», bem pondera que a proteção do indivíduo contra si próprio, sob o pretexto de proteção da dignidade humana, corresponderia a aplicar esta última contra a sua própria teleologia intrínseca, tendo em vista que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana consiste na liberdade decisória do indivíduo sobre a sua própria vida²⁴⁸. Ou seja, entende ser perigoso defender uma atuação do Estado em tais casos, com o intuito de proteger os indivíduos de seus próprios atos e decisões, dado que tal posição passa por uma imposição de valores, nomeadamente, significa limitar uma liberdade de escolha de que valores e de que conceito de liberdade e privacidade o indivíduo possui, atingindo, assim, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Aliada à autonomia, vale ressaltar que à declaração de limitação voluntária, atendendo à natureza pessoal dos interesses em causa, impõe-se a verificação da *integridade do consentimento*, não podendo este ser fruto de situações de necessidade, dependência, ou inferioridade econômica do titular do direito, que levem à disposição da privacidade em virtude de temerem consequências na sua recusa²⁴⁹. Por último, destaca-se que a autolimitação deverá ser *temporária*, sendo inconstitucional a disposição perpétua, pois tal importaria uma renúncia à titularidade do direito e não apenas ao seu exercício.

Outro questionamento que, naturalmente, se faz a respeito da possibilidade de disposição voluntária do direito à privacidade, bem como da atitude do indivíduo que participe do evento televisivo, é qual o impacto que estes representam na vida pessoal de quem se submete a tal confinamento, *maxime* se há, ou não, um decréscimo do valor da dignidade da pessoa humana.

Canotilho e Machado, em sua obra já mencionada a respeito dos *reality shows*, destacam que este modelo de programa não degrada de forma grave e irremediável a capacidade física, moral e psicológica de desenvolvimento individual ou social do participante, bem como das suas possibilidades de interação social digna, livre e igual. Em contrapartida, proporciona a alguns dos competidores, que não apenas aos

²⁴⁸ ABREU, Luís Vasconcelos. *Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular. O caso do Big Brother*. In: Revista do Ministério Público, n.º 101, 2005. Página 116.

²⁴⁹ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ...* Op. cit.. Página 539.

vencedores, oportunidades sociais, culturais, profissionais e econômicas que os mesmos dificilmente teriam se não houvessem ingressado no programa²⁵⁰.

Em sentido aproximado entende Abreu, afirmando que o massivo número de candidatos que estão dispostos a comercializar a sua intimidade em troca da possibilidade de alcançar fama e dinheiro, objetivos primordiais para uma majoritária parte da população contemporânea, faz com que se transformem em “estrelas do consumo popular”²⁵¹.

Patto refuta estes argumentos, nomeadamente os de que este tipo de programas proporciona inúmeras benesses, alçando socialmente o indivíduo que antes estava encoberto pelo anonimato. Embora o autor saliente que não se deve confundir a violação da dignidade da pessoa humana com a produção de danos físicos ou psicológicos, pois a pessoa pode ser instrumentalizada sem que nela se provoquem danos dessa natureza, não deixa, no entanto, de afirmar que a fama e a riqueza dos participantes de *reality shows* é fruto da instrumentalização da pessoa humana que, com a violação absoluta da privacidade, acabam estabelecendo um preço à sua dignidade²⁵². Patto alerta, ainda, para a ocorrência de danos psicológicos aos concorrentes, afirmando que essa ideia não pode, pura e simplesmente, ser tomada por absurda, uma vez que, na própria equipe dos programas, trabalham psicólogos, que fazem um acompanhamento constante do comportamento dos participantes, o que vem comprovar a consciência de risco de danos dessa natureza²⁵³.

Fazendo uma análise dos argumentos *supra* expostos sobre a ocorrência, ou não, de prejuízos ao indivíduo em sua dignidade, pode afirmar-se que todos os argumentos aduzidos são válidos, isto é, não há só benefícios, nem só prejuízos quando se opta por participar de um *reality show*. O que se deve sempre ter em vista é que a opção por participar, ou não, implica uma aceitação das regras do jogo, o que constitui o exercício de uma liberdade, ou seja, uma atividade volitiva que só pode dizer respeito a cada um individualmente. Ao afirmar-se que há, necessariamente, uma violação da dignidade significa impor ao indivíduo uma opção de valores que este, eventualmente, não tem. Ademais, é importante deixar claro que, dentre as regras do *reality show*, está previsto que o participante poderá, voluntariamente, abandonar a casa a qualquer momento, acarretando apenas na desclassificação do concurso, assim, não implicando

²⁵⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Op. cit.. Página 70.

²⁵¹ ABREU, Luís Vasconcelos Op. cit.. Página 117.

²⁵² PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit.. Página 467.

²⁵³ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit.. Página 467.

uma restrição permanente ao direito à privacidade. Dessa maneira, resta demonstrada uma *limitação temporária e revogável* a qualquer momento, de acordo com a vontade do titular do direito.

Em jeito de conclusão pode afirmar-se que o regime jurídico adotado pelos *reality shows* não pode ser identificado com uma renúncia de direitos, pois a participação nestes programas não conduz a uma restrição permanente ao direito à privacidade. Como já antes exposto, trata-se de uma limitação voluntária do exercício do direito à privacidade, que pode ser revogada a qualquer tempo, restando essa revogação ao critério exclusivo do titular do direito. Fica, portanto, intacto o núcleo essencial do direito à privacidade, uma vez que passado o período de limitação do direito, ele retorna com todo o seu potencial, dispondo o indivíduo de todos os meios juridicamente possíveis para defesa própria.

4. DIREITO À PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

4.1 Sociedade da Informação

A cada dia são mais numerosos os processos descobertos pela ciência e pela técnica que permitem a invasão da esfera pessoal alheia. Não se busca barrar a utilização desses recursos, que oferecem aos indivíduos melhores condições de vida e que trazem vantagens, contribuindo, assim, para o progresso da Humanidade. A tarefa do Direito consiste em analisar as mudanças de hábitos e comportamentos advindas com o progresso da ciência, bem como determinar a licitude ou ilicitude dos fins a que estes se destinam.

Jamais o avanço da tecnologia se fez tão presente como ocorre nos dias de hoje, com a constante evolução da informática. O tema ganha destaque com a propagação do uso de redes abertas e o desenvolvimento do poder computacional, o que trouxe ao cotidiano do Homem infinitas benesses. Todavia, o avanço tecnológico, ao proporcionar o cruzamento de informações pessoais e o monitoramento eletrônico de pessoas físicas e empresas, proporciona, também, uma ameaça ao direito à privacidade, desde logo porque os dados armazenados nem sempre se destinam a fins científicos, técnicos ou estatísticos. Perante este cenário é inevitável que o valor da *informação* tenha adquirido imensa importância no meio social e econômico.

Em 1975, pela primeira vez, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – utilizava-se da expressão *sociedade da informação*, ocasião em que fazia apelo aos conhecimentos do estudioso norte-americano Marc Porat, que havia realizado um estudo relativo à definição e medida da *economia da informação*. Como não poderia ser diferente, surgiram, também, na Europa as primeiras preocupações com a proteção das informações pessoais perante o galopante desenvolvimento informático. Em 1993, a expressão *sociedade de informação*, com base nas «auto-estradas da informação», foi empregue no continente europeu pelo Presidente da Comissão Européia, Jacques Delors, por ocasião do Conselho Europeu de Copenhaga, chamando a atenção para a importância de mobilizar

as forças económicas europeias e aprimorar os serviços públicos a fim de obter, o mais rapidamente possível, as *infraestruturas da informação*²⁵⁴.

Mas, afinal, do que se trata quando se refere a *sociedade da informação*? Trata-se de uma nova dimensão fundamental da sociedade global, em que os valores imateriais – dados, informações, conhecimentos científicos e tecnológicos – passaram a constituir a força motora da formação e desenvolvimento sociais, políticos e económicos, na qual as *tecnologias da informação* determinam a natureza fundamental da sociedade²⁵⁵. Nas *tecnologias da informação* inclui-se o conjunto convergente de tecnologias em microeletrónica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão, optoelectrónica, engenharia genética e todos os processos tecnológicos interligados por uma interface de linguagem comuns, na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada processada e transmitida²⁵⁶.

Marques e Martins buscam definir a *sociedade da informação* afirmando tratar-se de um novo paradigma de sociedade, na qual a energia é, progressivamente, substituída pela *informação*, como fonte principal do progresso social, assentando, pois, “sobre o uso óptimo das novas tecnologias da informação e da comunicação, em respeito pelos princípios democráticos, da igualdade e da solidariedade, visando reforço da economia e da prestação de serviços públicos e, a final, a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos”²⁵⁷.

Partindo da premissa de que a *informação* é principal ativo da *sociedade da informação*, destaca-se que as atividades centradas na *informação* têm tomado o lugar das atividades industriais como principal setor da economia, resultando em uma substituição das variáveis centrais da sociedade industrial - trabalho e capital - pelas variáveis centrais da sociedade pós-industrial - informação e conhecimento-, ou seja, bens imateriais²⁵⁸. Assim, após a valorização de terras no período da revolução agrícola e dos bens de produção na revolução industrial, atualmente, destaca-se a *informação* como condição determinante para o desenvolvimento cultural, político e económico de determinada sociedade, o que justifica a utilização intensiva de *tecnologias da*

²⁵⁴ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2006. Páginas 38 e 39.

²⁵⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e forma de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003. Página 28.

²⁵⁶ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8.^a Ed. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Página 67.

²⁵⁷ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Páginas 40 e 41.

²⁵⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Páginas 28 e 29.

informação para a colhimento, processamento, armazenamento e transmissão da *informação*.

Neste contexto em que a *informação* se apresenta como a *mola propulsora* de diversos setores da sociedade moderna, Castells afirma que hoje se vivencia a chamada *revolução da tecnologia da informação*, que contrapõe às demais revoluções já presenciadas pela Humanidade, afirmando que, ao passo em que estas se deram apenas em algumas sociedades e em limitadas áreas geográficas do planeta, com uma lenta expansão para outras regiões, aquela tem-se difundido, pelas últimas décadas, de forma galopante, sem se importar com limites demográficos e sociais²⁵⁹.

Logo, por meio do desenvolvimento e universalização de novas tecnologias da informação e das comunicações, a *revolução da tecnologia da informação* afetou amplamente diversos setores científicos, culturais, económicos, jurídicos e sociais. Compartilhando desta concepção, Tomé afirma que, por meio do desenvolvimento de novas tecnologias, os recursos informáticos têm adquirido caráter universal e acessível, o que ocasionou uma informatização da sociedade, resultando, conseqüentemente, em uma reformulação da sua organização. Ademais, ressalta, ainda, que as novas tecnologias são responsáveis por transformar a *informação* em um dos valores fundamentais da sociedade moderna, o que, de forma inevitável, tem levado a sociedade a substituir a forma de vida voltada para os bens físicos, para a centralizar no conhecimento e na informação²⁶⁰.

Assim, pode concluir-se que a *sociedade da informação* pode ser conceituada como uma nova forma de organização social, econômica e industrial, caracterizada pela aproximação das pessoas com a informação por meio das novas tecnologias da informação e da comunicação, na qual, através da informatização de diversos setores, se abrem vias de participação dos cidadãos em todas as facetas da vida econômica e social, integralizando, conseqüentemente, a sociedade e melhorando a qualidade de vida de todos²⁶¹.

Contudo, não se pode olvidar e é necessário deixar clara a controvérsia do debate acerca do potencial transformador e da direção que pode tomar a sociedade com as mudanças provenientes da criação de novas tecnologias.

²⁵⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Op. cit.. Página 70.

²⁶⁰ TOMÉ, Hermínia Campuzano. *Vida privada y datos personales: su protección frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000. Páginas 19 e 20.

²⁶¹ TOMÉ, Hermínia Campuzano. Op. cit.. Página 20.

De um lado, está a utopia positiva, destacando que a sociedade da informação se apresenta como uma oportunidade histórica de realização dos direitos da cidadania, uma vez que as possibilidades técnicas de comunicação e acesso à informação permitiram um maior usufruto dos direitos e liberdades inerentes aos regimes democráticos, disponibilizando aos cidadãos mais e melhores meios de expressão, criação, participação e interação. Ou seja, por meio das «tecnologias da liberdade», criam-se as condições que faltavam na sociedade industrial para o pleno exercício das liberdades de expressão e de informação²⁶².

Por outro lado, existe uma utopia negativa, que afirma que a sociedade da informação é um risco no sentido do aumento das desigualdades sociais de acesso à informação, podendo, também, favorecer a violação das garantias fundamentais de proteção da vida privada. Assim, esta posição destaca ser inevitável, com o crescente avanço tecnológico, que haja uma centralização e oligopolização dos instrumentos de poder e controle social, bem como uma discrepância entre os ricos, que têm disponibilidade de acesso às novas tecnologias, e os pobres, que, em face do desprovimento econômico, veem negado acesso às informações. Além disso, a parte da doutrina que ressalta o lado negativo da sociedade da informação assinala, ainda, o perigo de um fortalecimento dos métodos de vigilância e controle da liberdade individual pelos órgãos estatais²⁶³.

Neste sentido, afirma Castells que a sociedade da informação, principalmente por meio da Internet, deveria ser utilizada para fomentar a democracia tendo em vista ser, em tese, uma forma eficaz de aproximação dos cidadãos e seus líderes políticos, na qual estes poderiam disponibilizar documentos e informações oficiais, não sigilosos, bem como ter conhecimento das opiniões e problemas do povo, facilitando, assim, a interatividade entre estes sujeitos. Dessa forma, ao invés do Estado vigiar o povo, este é que poderia vigiar o exercício do Estado, algo que deveria ser direito das pessoas, uma vez que, em teoria, o poder emana do povo. Todavia, Castells realça que os estudos têm apontado para uma realidade bastante negativa (com exceção de algumas democracias escandinavas), na qual os Governos têm utilizado os avanços tecnológicos para espionar

²⁶² GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Páginas 31 e 32.

²⁶³ GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Página 32. Acerca dos dois trópicos doutrinários observar também CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático: direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Página 624.

e controlar o povo, sem estimular qualquer participação da sociedade²⁶⁴. Esta questão da vigilância do Estado sobre o indivíduo será aprofundada no *item* sobre o panoptismo na *sociedade da informação*.

Fazendo uma análise conjunta dos argumentos positivos e negativos sobre o potencial transformador e a direção que pode tomar a sociedade com as mudanças provenientes da criação de novas tecnologias, pode afirmar-se que ambos os argumentos são válidos, não trazendo só benefícios nem só prejuízos aos indivíduos, uma vez que dependem da forma como são desenvolvidas estas novas infraestruturas, podendo ser moldadas para centralizar ou descentralizar o controle sobre as informações, proteger ou invadir o direito à privacidade, bem como aumentar ou diminuir as desigualdades de acesso a serviços importantes²⁶⁵.

Sendo a *informação* a fonte principal do progresso social contemporâneo, de forma inevitável, houve uma supervalorização desta, o que, conseqüentemente, ocasionou uma separação entre o grupo dos países *ricos em informação*, ou seja, aqueles que produzem conhecimento por meio de pesquisas científicas e investem este conhecimento adquirido na execução de novos produtos e serviços e, de outro lado, os países *pobres em informação*, que são aqueles que, em razão de um déficit tecnológico, são obrigados a adquirir os produtos e serviços dos países tecnologicamente mais avançados.

Esta cisão não se dá apenas no âmbito global, mas, também, dentro da própria sociedade, uma vez que, de acordo com Cunha, a sociedade da informação é estratificada em castas, ou classes, na qual se privilegiam elitismos oligárquicos, proliferam os evitamentos sociais, se insinuam certas formas de etiqueta, bem como se sustentam a ação repressiva da censura e a detenção oligárquica dos meios de comunicação, limitando o acesso, a direção, a forma, o tempo e a duração da comunicação²⁶⁶.

Ademais, como outra característica negativa da sociedade da informação, destaca-se a crescente onda de desemprego em razão dos avanços tecnológicos, com o surgimento, por exemplo, da possibilidade de *emprego à distância*, na qual o empregador se utiliza de poucos funcionários para executar o trabalho que antes era realizado por um número bem superior de indivíduos, assim como no caso de

²⁶⁴ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. 2.^a Ed. Tradução de Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. Página 186.

²⁶⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Página 33.

²⁶⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. Op. cit.. Página 629.

funcionários que, mesmo possuindo qualificação informática, são substituídos por meios eletrônicos automatizados, que desempenham as funções para a qual foram projetados sem qualquer intervenção humana. Todavia, Castells discorda parcialmente desta assertiva, afirmando que as mudanças tecnológicas não provocam desemprego no mercado de trabalho pois, embora alguns trabalhadores sejam dispensados e algumas atividades extintas, aparecem novos cargos, são criados empregos em novos setores, e mais trabalhadores não colocados são reempregados, com exceção daqueles que são demasiadamente idosos para se adaptarem, sendo o seu destino decidido pelas políticas públicas de cada sociedade. Contudo, o autor não deixa de admitir que, realmente, existe uma correlação entre inovação tecnológica e emprego e níveis de vida dos trabalhadores, pois quanto menos tecnologicamente avançada for uma empresa, região ou país, mais se encontra exposta ao despedimento coletivo de seus trabalhadores, uma vez que não consegue acompanhar a competitividade²⁶⁷.

Com a supervalorização da informação, pôde perceber-se uma utilização acentuada da tecnologia pelo setor privado. Isto foi observado principalmente pelo fato das empresas privadas não só utilizarem a rede para processar informações, bem como principal meio de comunicação, modificando, assim, de forma intensa, o modo de administração das empresas. Além disso, com a nova economia, advinda pela sociedade da informação, surgiram *quatro camadas de empresas* relacionadas com as diversas atividades provenientes da internet (*empresas.com*): a primeira camada compreende empresas privadas que oferecem infraestruturas para internet, ou seja, empresas de telecomunicações, provedores de serviços de internet e fabricantes de equipamentos; a segunda corresponde às empresas em que os seus produtos são programas e serviços para transações via internet, prestando consultorias em tecnologia de informação e dedicando-se às criação e manutenção de sítios e portais; a terceira camada é formada pelo setor publicitário; e, a última é formada pelas empresas que realizam transações econômicas, rotuladas de *e-commerce* (comércio eletrônico)²⁶⁸.

²⁶⁷ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política*. Org. Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Conferência promovida pelo Presidente da República, 2005. Disponível em: «http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf». Acessado em 05 de dezembro de 2013. Páginas 21 e 22.

²⁶⁸ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Op. cit.. Páginas 191 e 192. Assim, MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Página 50; afirmam que, com base no interesse público e no bem comum, cabe ao Estado corrigir os efeitos perversos da lei do mercado, competindo-lhe, assim, na defesa do interesse geral, evitar que no domínio do acesso à cultura as tecnologias sejam fator de desigualdade e de segmentação, resultando na exclusão informacional de uma grande massa populacional, por falta de uma alfabetização digital, competindo, ainda, ao Estado fazer com a que a tecnologia se adapte às pessoas, «se

Contudo, as mudanças administrativas, por meio dos avanços tecnológicos, não se deram apenas no âmbito privado, mas, também, no setor público, buscando o Estado, entre outros objetivos, diminuir os custos e a burocracia oriunda dos serviços públicos, dar maior transparência aos gastos públicos, tornar efetiva a participação cidadã na administração pública, dinamizar os serviços públicos e proporcionar uma administração mais eficiente. No Brasil foi, *inclusive*, criado o *governo eletrônico*²⁶⁹, que, de forma mais prática, leva ao cidadão o ensino à distância, emite certidões *online*, informa acerca de sítios que contêm informações úteis sobre serviços públicos relevantes, permite a consulta do diário oficial eletrônico, possibilita o peticionamento eletrônico, permite os pagamento e consulta do fisco, etc.

Ademais, o poder público tem, também, se utilizado da tecnologia da informação para administrar *infraestruturas básicas* da sociedade, tais como: fornecimento de água, energia, comunicação telefônica, controle de transportes, etc. No entanto, é necessário não olvidar que uma vasta utilização da informática na administração deste tipo de recursos básicos pode implicar uma maior *vulnerabilidade* na prestação do serviço, ou seja, cogita-se sobre a possibilidade de uma paralisação do fornecimento destas infraestruturas básicas por intermédio de um agente mal-intencionado, que se utilize de uma fragilidade do sistema para ameaçar ou causar danos à sociedade. Imaginemos, por exemplo, a possibilidade de um indivíduo que se aproveite de uma falha no sistema de controle de tráfego aéreo para nele interferir, com o intuito de provocar um caos generalizado. Ora, a extensão dos danos seria, como se imagina, catastrófica.

Este cenário de utilização da informação pela administração estatal, assim como para a geração de riquezas, possibilita uma *guerra informacional* à escala global, o que, conseqüentemente, levou a uma preocupação com um tipo de segurança que fosse eficaz na *Era da Informação*. Certamente que a habilidade para obter uma informação crucial, contaminar bases de dados ou criar desordem nos sistemas de comunicação-chave se converteu numa arma importante neste *ambiente* tecnológico. E

humanize», contribuindo, assim, para a satisfação das necessidades de cada indivíduo e para permitir que todos tenham acesso às redes globais de informação, afastando as barreiras econômicas.

²⁶⁹ Mais informações podem ser obtidas no sítio «<http://www.governoeletronico.gov.br/>». Acessado em 06 de dezembro de 2013.

quanto maior for a dependência de um Governo e de uma Sociedade na sua rede (avançada) de comunicação, mais expostos estarão ao ataque de *hackers*²⁷⁰⁻²⁷¹.

Desta forma, tornam-se cada vez mais comuns os crimes cometidos no mundo da informática, também denominados de *cibercrimes*, que se materializam nos já mencionados atentados às infraestruturas básicas da sociedade e dos sistemas de defesa, assim como na violação de acesso aos bancos de dados ou sistemas informatizados, estelionatos eletrônicos (*phishing scams*), pornografia infantil, atentado à autoria intelectual, propagação de vírus eletrônico, espionagem industrial, invasão de privacidade, etc. E, diferentemente do que ocorre nos delitos cometidos no mundo físico, os *cibercriminosos* podem efetuar grandes ataques virtuais de maneira individual ou em pequenos grupos, o que dificulta a captura dos responsáveis²⁷², sem mencionar a possibilidade do autor do crime se localizar em um país distante do local em que a vítima foi lesada, o que dificulta, desde logo, a averiguação e a punição.

Outra característica marcante da sociedade da informação relaciona-se com a revolução que sofreram as formas de comunicação com o criação da *internet*, ou das “*auto-estradas da informação*”, como menciona Ascensão, pelo fato de se apresentar como um meio de comunicação entre computadores com características de grande capacidade de transmissão de informações, rapidez e fidedignidade que, sobretudo, ultrapassa as fronteiras nacionais. Este agrupamento de redes promoveu o intercâmbio de informações não apenas de um indivíduo para outro, mas entre várias pessoas ao mesmo tempo, possibilitando uma interatividade que anteriormente não era possível com a radiodifusão ou com a telefonia²⁷³.

A título de exemplificação destes benefícios trazidos pela *internet*, destaca-se o sítio *Google* como uma ferramenta em que qualquer indivíduo, seja por meio de um computador pessoal, telefone celular ou outro aparelho eletrônico *entra* na rede, podendo, de forma simples e rápida, ter acesso a informações sobre assuntos diversos, em diferentes idiomas, independentemente da localização física. Além deste, merece, também, ênfase o sítio *Facebook* como um serviço de rede social que permite aos usuários cadastrados criarem um perfil pessoal, adicionar outros usuários como amigos,

²⁷⁰ *Hacker* é um indivíduo hábil em enganar os mecanismos de segurança de sistemas de computação e conseguir acesso não autorizado aos recursos destes, geralmente a partir de uma conexão remota em uma rede de computadores. In *Novo Dicionário Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3.ª Ed. Rio de Janeiro, 1999. Página 1025.

²⁷¹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet...* Op. cit.. Página 190.

²⁷² CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet...* Op. cit.. Página 190.

²⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade da Informação*. Direito da Sociedade da Informação. Vol. 1. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Páginas 164 e 165.

trocar mensagens instantâneas, buscar o perfil de outros indivíduos cadastrados, participar em grupos de interesse comum a outros utilizadores, bem como publicar fotografias e expressar pensamentos pessoais, independentemente de fatores geográficos ou temporais. Só para se ter uma ideia do seu uso, saliente-se que o *Facebook*, criado em 2004, conta atualmente já com mais de um bilhão de usuários ativos, e, em média, 316.455 pessoas cadastram-se por dia nesta rede social como novos usuários²⁷⁴.

Diante do fluxo intenso e globalizado de informações por meio da internet é possível observar o caráter *desterritorializante* da sociedade da informação. Enquanto os Estados contemporâneos continuam a basear-se em limites territoriais para determinar sua Soberania, percebe-se que, no mundo virtual, é árdua a tarefa de impor fronteiras geográficas, impossibilitando, pois, o poder estatal de controlar, de forma eficaz, os serviços de comunicação, o que leva a um *enfraquecimento da soberania dos Estados*. Conforme expõe Lévy, pela rede podem circular livremente de um ponto a outro do mundo digital bens informacionais, tais como programas, dados, informações, sem que sejam fiscalizados por qualquer barreira alfandegária, bem como serviços financeiros, médicos, jurídicos, educação à distância, consultoria e outros, que podem ser prestados por empresas estrangeiras, perdendo o Estado o controle dos fluxos econômicos e informacionais transfronteiriços. Além disso, este autor alerta ainda que, pelo fato das legislações nacionais obedecerem às fronteiras territoriais do Estado, o ciberespaço possibilita que as normas que tratam da informação e comunicação (censura, direitos autorais, associações proibidas, etc.) sejam facilmente contornadas em face da possibilidade do servidor que distribua ou organize a comunicação proibida estar instalado em qualquer «paraíso de dados» ou mesmo fora da fronteira jurisdicional do Estado, o que torna inaplicáveis as leis nacionais que dizem respeito à informação e à comunicação²⁷⁵.

Em suma, diante desta supramencionada (e aqui brevemente descrita) *revolução* da tecnologia da informação, consagrou-se um novo paradigma designado *sociedade da informação*.

²⁷⁴ Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>>. Acessado em 07 de dezembro de 2013.

²⁷⁵ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. 3.^a Ed. São Paulo: Editora 34, 2010. Páginas 210 e 211.

4.2 O Panoptismo na Sociedade da Informação

A vigilância estatal na sociedade não é algo novo, existe e persiste desde os primórdios da Humanidade. Os governantes sempre mantiveram o hábito de manipular os indivíduos, adentrando em sua intimidade, garantindo, assim, a soberania estatal perante adversários, opositores e prisioneiros, exercendo, desta maneira, seu poder disciplinar²⁷⁶.

O filósofo francês Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, discorre acerca do exercício do poder disciplinar e dos seus reflexos para o indivíduo e para a coletividade. Este estudo mostra-se de fundamental importância para o entendimento dos fundamentos filosóficos do exercício do poder disciplinar na sociedade contemporânea, ou seja, na sociedade da informação. Segundo o pensador, a disciplina objetivava tornar o Homem mais obediente e útil, manipulando seu comportamento, com a intenção de apagar do indivíduo sua força política e exaltar sua utilidade como ser submisso²⁷⁷. Com o passar do tempo, o Estado procurou, cada vez mais, especializar-se nas formas de controlar as pessoas, o que gerou reflexos, *inclusive* na seara da criminalidade. O crescimento econômico, o aumento nas produções, o poder de polícia mais efetivo e avançado, com técnicas mais modernas de colheita de informações, tornou a marginalidade mais astuta, na qual a violência física deixou de ser o objeto principal, e cujos criminosos passaram a ser mais bem treinados e experientes em fraudes complexas²⁷⁸. Portanto, este cenário de crescimento evolutivo da criminalidade demandou uma atenção do Estado para combatê-la, baseando-se em um novo método de vigilância. Através de uma estrutura física que, com um único olhar, fosse possível observar tudo ao redor, “o olho perfeito a que nada escapa e centro em direção ao qual todos os olhares convergem”²⁷⁹.

Após constatar a eficiência da implantação deste novo mecanismo de vigilância, o Estado estendeu ainda mais as formas de observação dos indivíduos, passando a controlar não só o passado dos mesmos, mas, também, seu presente e futuro.

²⁷⁶ SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na internet: um enfoque jurídico*. Bauru: Edipro, 2001. Página 38.

²⁷⁷ MAIA, Antônio C.. *Sobre a analítica do poder de Foucault*. Tempo Social. Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2): 83-103, outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v0712/analise1.pdf>>. Acessado em 14 de dezembro de 2013. Página 93 e 94.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20.ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. Páginas 64 - 74.

²⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Op. cit.. Páginas 143-146.

Diante disso, o número de instituições disciplinares cresceu vertiginosamente, bem como o investimento em estudos acerca das tecnologias de controle do comportamento humano, tornando-se a vigilância um dos principais mecanismos de poder do Estado²⁸⁰.

Na obra *Panopticon*, Jeremy Bentham descreve um modelo arquitetural utilizado, de entre outros, na construção de presídios, escolas, fábricas, que permite a vigilância constante dos indivíduos que lá se encontram. Este modelo, chamado de panóptico, consiste na edificação de um anel e, no centro, de uma torre, o que garante ao vigilante, que está no centro, a observação total de todos que se encontram ao seu redor. Da estrutura arquitetural panóptica, percebe-se que aqueles que se encontram presos, além de sofrerem pelo confinamento, têm a consciência da eterna vigilância a que estão submetidos, pois para que o modelo seja eficiente não é necessário que o indivíduo saiba que está sendo assistido, precisa é estar certo de que poderá sê-lo a qualquer momento²⁸¹.

Segundo Foucault, “o panóptico é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos”²⁸². E em razão dessa permissão ao Estado de vigiar constantemente os indivíduos, o panoptismo mostra-se como uma característica marcante das sociedades contemporâneas. Frise-se que o panóptico não se restringe apenas a um modelo arquitetônico que permite a vigilância constante a quem se encontra sob observação, pois, para Foucault, o grande trunfo do modelo panóptico é ser um meio de exercício do poder, através da coleta do maior número possível de informações, o que possibilita um maior controle dos indivíduos. Este mecanismo de vigilância constante assegura automaticamente o exercício do poder, o que consagrou a sua adoção pelas sociedades contemporâneas como arma de fortalecimento dos aparelhos de Estado.

Porém, Foucault discorre ainda que há uma quantidade significativa de relações de poder na sociedade atual que transcendem a seara estatal e que não podem ser analisadas sob a ótica da legalidade ou da soberania, tais como as relações familiares, a relação pai-filho, a relação homem-mulher, ou a relação patrão-empregado. Ou seja, o Estado, mesmo com toda a sua estrutura, é incapaz de dominar toda a alçada de poder, pois o modelo oferece apenas a superestrutura²⁸³.

²⁸⁰ MAIA, Antônio C.. Op. cit.. Páginas 95 e 96. Acessado em 14 de dezembro de 2013.

²⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Op. cit.. Páginas 165-167.

²⁸² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ª Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. Página 87.

²⁸³ MAIA, Antônio C.. Op. cit.. Página 88. Acessado em 14 de dezembro de 2013.

Por todo o exposto, percebe-se a evolução do poder disciplinar a partir do século XIX. A vigilância constante dos indivíduos tornou-se um mecanismo de poder, tanto do Estado como das instituições privadas, caracterizando-se como um instrumento de controle que está presente em todo o campo social. Diante da grandiosidade da estrutura, as pessoas ficaram submetidas à vigilância total e constante, o que caracteriza uma sociedade panóptica.

Relativamente aos objetivos do Estado, aduz-se que, atualmente, não se pode considerar a soberania estatal somente como *poder de império*, ou seja, aquele que determina voluntariamente os limites de suas decisões e ações. Soberania estatal seria um poder condicionado para o ingresso num sistema de coordenação internacional decorrente da crescente globalização, recusando-se, portanto, a ideia de Estado efêmero e poder relativo. Ademais, afirma-se que a verdade estatal na atualidade deve ser considerada na seara da sociedade contemporânea que, em decorrência do crescimento tecnológico e da cultura cibernética, têm gerado processos de comunicação e informação. Conclui-se, assim, que não há uma substituição da *Era do Capitalismo* para a *Era da Informação*, mas sim uma evolução capitalista que muda o seu foco, no sentido em que a informática dá uma nova forma ao capital²⁸⁴.

Em razão deste novo cenário social, político e econômico, cujo mais importante tesouro é a informação, percebe-se a presença marcante do uso da tecnologia da informação para vigilância e fiscalização dos indivíduos. Neste campo, os principais instrumentos utilizados são a formação de arquivos com informações pessoais e a vigilância do comportamento das pessoas.

Na *Era Medieval*, o poder disciplinar, explorado pela Igreja, utilizava a técnica da reunião de arquivos que continham informações pessoais acerca das pessoas que ameaçavam seu controle sob o povo. O Estado, observando o sucesso desse instrumento de poder, adotou-o também, o que se tratou, segundo Foucault, da biopolítica, que objetivava transformar o povo para conduzir a evolução da sociedade e fortificar o Estado²⁸⁵.

Atualmente, a coleta de arquivos pessoais não é mais uma regalia exclusiva nem da Igreja nem do Estado. Empresas privadas selecionam informações pessoais sem

²⁸⁴ PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. Página 31.

²⁸⁵ REVEL, Judith. Michel *Foucault: conceitos essenciais*. Tradução de Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005. Disponível em: «<http://www.uesb.br/eventos/pensarcomveyne/arquivos/REVEL-Conceitos-essenciais.pdf>». Acessado em 14 de dezembro de 2013. Páginas 26-28.

autorização dos seus proprietários, e relacionam-nas com dados adquiridos de operadoras de telefonia, provedores de internet, administradoras de cartões de crédito, ou qualquer outro meio que forneça dados para o processo de elaboração do perfil dos consumidores. Desta forma, a privacidade dos indivíduos se converte em moeda de troca na era da informação.

De entre essas empresas, as que mais atentam contra a proteção da privacidade dos indivíduos na internet são as *empresas.com*, ou seja, as que prestam serviços pela internet. Em razão da principal fonte de rendimento econômico dessas empresas ser a publicidade e o *marketing*, estas vistoriam seus clientes e negociam informações pessoais, realizando todo e qualquer artifício para traçar o perfil de seus consumidores²⁸⁶.

Desta forma, o ciberespaço expõe a privacidade de seus usuários diante de uma enorme concentração de informações de caráter pessoal, uma vez que a grande maioria dos serviços prestados na internet exige o fornecimento de dados pessoais, sendo poucos os *sites* que dispensam esse tipo de informação. Qualquer acesso registra os dados do usuário, e, mesmo que indiretamente, também suas opiniões, gostos, ciclo de relacionamentos, hábitos de consumo, nível social, dentre outros. E a grande questão diz respeito ao fato de que o armazenamento desses dados nem sempre é feito de forma clara e evidente, para finalidades pré-determinadas e pré-autorizadas pelo proprietário, mas, principalmente, de forma encoberta e, muitas vezes, contrária ao interesse do titular²⁸⁷. Neste cenário, reduz-se absurdamente o custo de recolhimento das informações, chegando ao ponto de que, no ciberespaço, ao contrário do que ocorre no mundo real, o anonimato é a exceção, enquanto o registro e fornecimento de informações pessoais é a regra, favorecendo o alastramento imediato e em massa das informações digitalizadas²⁸⁸.

Pelo exposto, depreende-se que, assim como no século XIX o Estado não era o único que utilizava este mecanismo de poder, o modelo panóptico da era da informação abarca todos os que estão em uma posição de supremacia, podendo tratar-se *inclusive* de empresas privadas no pólo dominante. De resto, o que se percebe é que a grande maioria das tecnologias utilizadas pelo Estado para exercer a vigilância perante os indivíduos foi elaborada por empresas privadas.

²⁸⁶ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Op. cit.. Página 207.

²⁸⁷ GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Páginas 173 e 174.

²⁸⁸ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade*. Tradução de Paula Rocha Vidalinc. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Páginas 52 e 53.

De acordo com Castells, os principais motivos para que as empresas de tecnologia da informação colaborem tanto na reconstrução do *velho mundo* de controle e da repressão são: em primeiro lugar, porque precisam quebrar a privacidade de seus clientes para poder vender. E, em segundo lugar, porque necessitam do apoio do Governo para preservar seus direitos de propriedade na economia baseada na internet²⁸⁹.

Nesse deslinde, percebe-se uma relativa relação de dependência dos governos com relação à iniciativa privada, em se tratando do desenvolvimento de tecnologias para implantação dos mecanismos de vigilância, principalmente no que tange à elaboração e produção de equipamentos modernos. Tal situação representa, de certo modo, uma debilidade do Estado no exercício do poder disciplinar, uma vez que este não é detentor da inteligência para elaboração de equipamentos, mas, por outro lado, demonstra, também, sua fortaleza, pois atualmente sua superestrutura de poder penetra toda a sociedade.

A ação organizada entre os governos para garantia da vigilância resulta em alguns prejuízos. O primeiro deles para o Estado, que termina por sofrer restrições à sua soberania, pode observar-se pelo facto de este se ver compelido a atuar conjuntamente com outras nações para coibir a criminalidade no ciberespaço. O segundo prejuízo ocorre contra a liberdade de expressão, pois a comunicação das informações pode acontecer de maneira indiscriminada, em decorrência da conexão existente entre as agências de inteligência dos países. Essa observação perene, como no modelo panóptico descrito por Foucault, faz com que os indivíduos se comportem de forma artificial, pois sabem que estão sendo observados, e podem agir de modo diferente daquele como agiriam se não o soubessem.

Desta forma, apesar da vigilância constante fazer com que as pessoas se portem de maneira falsa e dissimulada, pois sabem que estão sendo observadas a todo momento, não se pode, contudo, afirmar que, atualmente, se vive em um mundo completamente artificial, pois, conforme aduz Foucault, as pessoas não se tornariam virtuosas simplesmente por terem a consciência de estarem sendo observadas²⁹⁰.

Em contrapartida ao domínio estatal no controle das informações pessoais existentes na internet, vem aumentando o número de artifícios para neutralizá-lo, como

²⁸⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Op. cit.. Página 216.

²⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Página 225.

a criptografia²⁹¹, utilizada na cifragem do conteúdo das comunicações. Todavia, a criptografia não garante ao usuário anonimato completo, pois apesar da mensagem original não poder ser decodificada por meio do IP (*internet protocol*)²⁹² - protocolo denominado TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) -, uma espécie de linguagem comum que permite a comunicação entre as redes, independentemente de suas peculiaridades tecnológicas, a origem da mensagem, ou seja, seu emissor, pode ser determinado.

O estudioso da rede Lévy discorre acerca da preocupação dos Estados com relação à criptografia, tratando-a como um atentado à sua soberania e segurança. Por esse motivo, o Governo dos Estados Unidos buscou estabelecer um padrão criptográfico que somente seria decodificado por eles. Ocorre que proibir o uso da criptografia em determinado país não barra o uso da mesma indiscriminadamente pelo mundo, uma vez que praticantes de terrorismo ou crime organizado podem tranquilamente adquirir tais instrumentos na rede, não se preocupando com a prática criminosa²⁹³.

Em suma, com a evolução da sociedade e baseando-se no modelo panóptico criado por Bentham, descrito posteriormente por Foucault, a vigilância tornou-se um dos principais mecanismos de poder do Estado, no que tange ao controle dos indivíduos. Na atual sociedade da informação, essa vigilância é posta em prática, principalmente, utilizando os instrumentos tecnológicos mais modernos, pois a internet mostrou-se um meio de comunicação social *online* poderoso e eficaz na coleta e difusão de informações pessoais, seja pelo Estado ou pelo setor privado, atentando perigosamente contra a privacidade e intimidade das pessoas.

4.3 Riscos da Internet à Privacidade

A *internet* surgiu como meio às constantes ameaças de uma guerra nuclear entre as grandes potências - os Estados Unidos e a extinta União Soviética - na qual

²⁹¹ NETO, Amaro Moraes e Silva. Op. cit.. Página 112. “A criptografia (que certamente teve seu nascedouro com a própria escrita) é a ciência de se escrever cifradamente, de modo que apenas os que detêm a chave da cifragem possam ler a mensagem em questão. É a possibilidade de se misturar letras. Em poucas palavras: é transformar dados legíveis em ilegíveis aos olhos indesejáveis. É uma tecnologia básica para a defesa de nossos interesses e da própria democracia.”

²⁹² MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Página 57.

²⁹³ LÉVY, Pierre. Op. cit.. Páginas 205-206.

havia uma preocupação com respeito à concorrência tecnológica. Em 1958, um ano após a então União Soviética lançar o satélite *Sputnik*, os EUA criam a DARPA – *Defense Advanced Research Projects Agency* – para coordenar os contratos de investigação federais. Mais tarde, esta Agência inaugura a rede *Advanced Research Projects Agency Network* – ARPANET –, com o escopo de assegurar uma segura e sobrevivente rede de comunicações para organizações ligadas à investigação científica na área da defesa, na qual todos os pontos se equivalem, não havendo um comando central, permitindo, assim, que se um ponto de conexão fosse atingido os outros continuariam a poder comunicar²⁹⁴.

Na década de 1980, a tecnologia da ARPANET passou a ser utilizada também para conectar universidades e grandes empresas, designando-se, agora, por *Interconneted Networks* – Internet²⁹⁵. Contudo, esta expansão gerou no Departamento de Defesa Americano uma preocupação com a segurança do seu sistema informático, o que motivou a divisão em a MILNET, destinada exclusivamente para fins militares, e a ARPANET, que tinha fins científicos. Encerrados os trabalhos da rede ARPANET em 1990, a rede NFSNET, da *National Science Foundation* – NSF – torna-se o eixo principal da Internet. Contudo, em 1995, diante do fato da tecnologia de rede ser aberta ao domínio público e com o *boom* da desregulamentação das telecomunicações, o Governo americano privatizou a Internet²⁹⁶. A partir daí, surgiram diversos provedores de acesso que permitiram que a Internet se lançasse ao mundo e alcançasse toda a sociedade.

Assim, a Internet destaca-se não apenas como uma rede informática de natureza global, mas, também, como uma interconexão de inúmeras redes por meio do protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*). O conceito dominante da Internet era o de que não tinha uma única finalidade, mas que fosse uma infraestrutura geral que possibilitasse o advento de novas aplicações, como sucede com a *World Wide Web* – WWW –, que são páginas criadas por qualquer pessoa munida de um *software* apropriado e com acesso a um computador “hospedeiro”²⁹⁷ para publicar informações, textos, gráficos, *clips* de som e vídeo. Ademais, também merece destaque a *Internet Relay Chat* – IRC –, que permite a comunicação em tempo real entre

²⁹⁴ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Páginas 56-57.

²⁹⁵ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Página 57.

²⁹⁶ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2008. Páginas 28-30.

²⁹⁷ Designa-se computador hospedeiro ou *host computer* o computador que aloja as informações que o utilizador pretende consultar, servindo, por isso, de anfitrião ao computador do utilizador. FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Nota 91. Página 68.

assinantes da internet, bem como reuniões face a face e o intercâmbio de informações²⁹⁸.

Com essa interligação entre as diversas redes de comunicação, a internet foi um divisor de águas no acesso a informações, permitindo que indivíduos, organizações e Estados pudessem participar deste intercâmbio de dados em redor do mundo. Com isso, Castells destaca o surgimento de um novo modelo econômico apelidado de *economia informacional, global e em rede*. *Informacional* pelo fato da produtividade e da competitividade das empresas, regiões ou nações dependerem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. *Global* por suas atividades produtivas, de consumo e circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) serem organizados em escala global. E é *em rede* pelo fato das condições históricas permitirem que a produtividade e a concorrência estejam diretamente conectadas como uma rede global de interação.²⁹⁹

Contudo, com o surgimento deste novo modelo econômico de supervalorização da informação, em conjunto com a voracidade inerente à concorrência do mercado, as empresas *online* começaram a utilizar-se das informações pessoais acerca da intimidade e da vida privada dos indivíduos que estão disponíveis na rede para tentar identificar potenciais clientes que navegam pela *web*, mostrando a sociedade da informação ser, também, uma ameaça ao direito à privacidade dos indivíduos que utilizam a internet. Com efeito, quando um usuário navega pela rede diversos dados e informações são deixados por onde passam (páginas da *web*, *mailing list*, etc.). Estes dados e informações podem ser fornecidos voluntariamente pelo próprio indivíduo, como é o caso de formulários preenchidos para efetuar uma compra *online* em um determinado *website* no qual são exigidas diversas informações pessoais do comprador³⁰⁰; ou involuntariamente, por meio de determinados dispositivos informáticos que capturam os “rastros” deixados pelos usuários quando acessam uma determinada página da *web*, dos quais constituem exemplo os *cookies*, questão que será exposta mais adiante. Dessa maneira, cada vez que um indivíduo acessa a um meio de comunicação *online* existe uma série de informações pessoais respeitantes ao seu computador, ao tipo de ligação à

²⁹⁸ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Páginas 57-60.

²⁹⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Op. cit.. Página 119.

³⁰⁰ Também há páginas *web* de propriedade do Governo que colhem dados e informações dos usuários da rede, como é o caso da página da Receita Federal do Brasil, que permite que o indivíduo forneça *online* todos os dados para a declaração do imposto de renda. Tal situação pode levar o usuário da internet a questionar-se se estas informações tomarão destinos diversos dos originários.

internet e aos hábitos de navegação na mesma, que podem ser recolhidos e utilizados para invadir a esfera íntima e privada do usuário da internet.

Assim, os *prestadores de serviços da sociedade da informação*, diante destas informações capturadas com ou sem o conhecimento dos usuários, podem elaborar bancos de dados com verdadeiros perfis pessoais que classificam os internautas em várias categorias, como, por exemplo, de acordo com os assuntos pesquisados, produtos ou serviços obtidos, gênero, faixa etária, etc., que serão posteriormente utilizados para atividades de *marketing* e publicidade. É aqui que resta demonstrada uma clara invasão à privacidade dos indivíduos que se utilizam da internet, haja vista que o normal seria que esses dados e informações fossem utilizados apenas para a finalidade para a qual foram colhidos, o que nem sempre acontece, diante da possibilidade de *websites* que vendem ou cedem as informações de seus usuários a terceiros, que geralmente são outros *prestadores de serviços da sociedade da informação*³⁰¹.

A título de exemplificação, menciona-se o caso da *Toysmart*, que era um *website* de venda de brinquedos na internet, majoritariamente detido pelo grupo Walt Disney, que entrou em processo de falência em 2000. Contudo, quebrando a promessa de sigilo aos seus clientes, a *Toysmart* procurou revender a outras empresas uma listagem com o perfil pessoal de seus 250.000 clientes, como se fosse parte do ativo da empresa. A empresa acabou fechando as portas em 2001, após uma denúncia feita pelo *Wall Street Journal*, ao qual também foram ofertados os perfis dos clientes, que resultou na destruição da base de dados da clientela pela própria *Toysmart* em troca de uma quantia de 50.000 dólares por parte de uma sociedade do grupo Disney, a Buena Vista³⁰².

Ademais, observa-se que a internet permite que seja feito um *monitoramento* das condutas virtuais dos indivíduos cadastrados nos bancos de dados dos provedores de acesso à *web*³⁰³. Tal é possível por meio de um cruzamento do número de IP (*internet protocol*), ou seja, um endereço numérico que o provedor do serviço de internet confere ao computador a fim de permitir a identificação do respectivo utilizador, com os ficheiros *logs*, também conhecido como *diários de navegação*, que registram, entre outros, as datas, os tempos de conexão, os *websites* visitados, e que são armazenados

³⁰¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Páginas 187-191.

³⁰² BELLEIL, Arnaud. Op. cit.. Página 54.

³⁰³ Vale aqui esclarecer que os meios de comunicação social são apenas servidores de conteúdo, não podendo, portanto, identificar os usuários que visitam o *website*, ressalvadas as situações em que solicitam o registo do utilizador para que possam ter acesso aos seus serviços. Via de regra, apenas os provedores de acesso à rede podem identificar o indivíduo que acede ao sítio eletrônico.

pelos fornecedores de acesso à internet. Neste caso os dados conseguidos pelo meio de comunicação fazem parte do conteúdo da privacidade do indivíduo pois, através desse cruzamento com o número de IP, os registos podem tornar-se identificáveis³⁰⁴, o que permite reconhecer o perfil do utilizador no que concerne a horários de utilização, duração das consultas e endereços visitados, podendo, assim, compor os *supra* mencionados bancos de dados utilizados para atividades de *marketing* e publicidade.

Outra forma de monitoramento eletrônico são os *cookies*, que consistem em dispositivos informáticos, enviados pelo *host computer* e instalados no *hard drive* do computador de um usuário que navegou pela primeira vez em determinado *website*, com a finalidade de guardar informações sobre o visitante, sem o consentimento deste³⁰⁵. Inicialmente, os *cookies* foram criados para tornar mais cômoda e personalizada a navegação pela internet, buscando facilitar um posterior acesso à mesma página *web*, bem como oferecer um tratamento individualizado ao usuário. Porém, logo os responsáveis pelos *websites* perceberam que poderiam coletar dados dos visitantes e, por meio destes, rastrear os movimentos das pessoas que visitassem suas páginas³⁰⁶.

Todavia, os *cookies* são ficheiros neutros, ou seja, poderão ter uma finalidade boa ou má, dependendo do destino que servir no *host computer*. Dessa maneira, só podem tornar-se verdadeiras ameaças à privacidade dos usuários da internet se o computador no qual foi instalado o dispositivo de monitoramento for associado a um utilizador. É o que acontece quando este forneceu, ao preencher questionários, por exemplo, informações suficientes para que seja estabelecida uma ligação entre a sua identidade real e a navegação que está a efetuar a partir de seu computador³⁰⁷. Consequentemente, as informações coletadas através dos *cookies* acabam por formar um ciclópico banco de dados, já que os *cookies* permitem que seja traçado um perfil do consumidor³⁰⁸.

Neste cenário, a *DoubleClick*, a maior sociedade de gestão de campanhas publicitárias da internet, adquiriu a *Abacus Direct*, que possuía um banco de dados de *marketing* com cerca de 90 milhões de famílias americanas cadastradas. A *DoubleClick* projetou, então, ligar esses dados nominativos aos milhões de rastros eletrônicos, obtidos graças aos *cookies*, no âmbito da sua atividade na internet. Dessa maneira, os

³⁰⁴ CASTRO, Catarina Sarmiento. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 159.

³⁰⁵ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 68-69.

³⁰⁶ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Páginas 195-196.

³⁰⁷ BELLEIL, Arnaud. Op. cit.. Página 67.

³⁰⁸ SILVA NETO, Amaro Moraes e. Op. cit.. Página 79.

cookies não somente permitiram rastrear a atividade de um computador, mas, também, identificar os indivíduos, o que configurou uma clara invasão à privacidade dos usuários cadastrados. Diante o ocorrido, a *DoubleClick* teve sua imagem fortemente abalada, o que levou a marca a voltar atrás e a tomar medidas com o intuito de fortalecer sua política em matéria de privacidade³⁰⁹.

Acerca das supramencionadas formas de investigação da vida privada dos utilizadores de *websites* pelos meios de comunicação social, quais sejam por meio do cruzamento do número de IP do computador com os ficheiros *logs* e pelos *cookies*, destacam-se alguns mecanismos de auto-regulação que podem ser utilizados quer pelo usuário da internet, quer pelos prestadores de serviço da sociedade da informação para minimizar potenciais conflitos. Com efeito, as PET`s (*Privacy Enhancing Technologies*) são mecanismos que permitem aos utilizadores apagar os vestígios pessoais de suas mensagens ou ações na internet, de modo que não se possa associar um dado conteúdo a um usuário, seja através de uma encriptação dos dados considerados pessoais, seja por meio de um designado *anonymizer software*, que impede o recolhimento de informações sobre o computador. Além disso, foi desenvolvido pelo Consórcio *World Wide Web*³¹⁰ um *software* – o P3P (*Platform for Privacy Preferences Project*) – que permite ao utilizador criar o seu próprio perfil de privacidade e integrá-lo no programa de navegação da WWW, fazendo com que o computador verifique se as características de uma determinada página da *web* que pretende acessar estão de acordo com as preferências especificadas, impedindo o acesso em casos de desarmonia. Com relação à investigação da vida privada por meio dos *cookies*, existem mecanismos contidos na maioria dos programas de navegação na internet, tais como o *Internet Explorer* e o *Firefox*, que permitem aceitar ou rejeitar *cookies*, seja em blocos ou em *websites* específicos³¹¹.

De tal modo, estes mecanismos buscam mitigar possíveis conflitos entre a liberdade de comunicação social e o direito à privacidade, partindo de uma perspectiva de controle de cada utilizador em face das possibilidades de cada meio de comunicação social. No entanto, é importante mencionar que nenhum destes mecanismos é inteiramente seguro, o que não permite uma isenção de responsabilidade por parte dos

³⁰⁹ BELLEIL, Arnaud. Op. cit.. Página 54.

³¹⁰ Consiste em uma organização privada formada por profissionais e utilizadores de internet que propõem soluções de auto-regulação para os conflitos no ciberespaço, opondo-se à adoção de medidas rígidas de regulamentação. FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Nota de rodapé 104. Página 72.

³¹¹ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 75-76.

meios de comunicação social sob o argumento de que os utilizadores dispõem de meios para controlar investigações às quais os computadores pessoais estão suscetíveis³¹².

A Directiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, afirmou, em seu Considerando 25, que sempre que os dispositivos testemunhos de conexão (por exemplo, os *cookies*) tiverem uma finalidade legítima, como, por exemplo, facilitar a prestação de serviços de informação, a sua utilização será permitida. Todavia, o referido dispositivo ressaltou que a autorização dos *cookies* ou dispositivos análogos é condicionada ao fornecimento de informações claras e precisas acerca das finalidades desses testemunhos de conexão, dispondo, ainda, que, aos usuários, deveria ser assegurado o arbítrio de recusar a instalação de *cookies* ou outros dispositivos similares em seus equipamentos³¹³.

Também merecem destaque os *spywares*, que consistem em dispositivos informáticos que são instalados no computador de forma dissimulada em programas gratuitos (*freewares*), sendo oferecidos aos internautas, sem o conhecimento destes dispositivos adicionais. Os *spywares* são programados para relatarem informações precisas sobre o computador que os hospeda e, por consequência, os hábitos do utilizador³¹⁴. Desta forma, é evidente a invasão à privacidade dos usuários de internet, uma vez que, por meio destes maléficos dispositivos instalados, é possível acessar dados confidenciais dos usuários como, por exemplo, o furto de senhas, dados de cartões de crédito ou documentos salvos no computador.

A fim de coibir os *spywares*, é salutar uma Decisão da Câmara de Representantes dos EUA que, em 23 de maio de 2005, aprovou penalidades para aqueles que instalassem *spywares* sem o conhecimento do proprietário do computador infectado. Decidiu-se que o indivíduo ou empresa que disseminasse estes programas estaria sujeito a sofrer uma pena de até cinco anos de prisão, bem como poderia ser obrigado a pagar uma multa de até três milhões de dólares por infração³¹⁵.

Há, ainda, uma outra forma de mácula ao direito à privacidade no *ciberespaço* que não pode ser esquecida, qual seja o acesso, por parte dos utilizadores, a informações

³¹² FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 76.

³¹³ EUR-lex. *Directiva 2002/58/CE*. Disponível em: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF>». Acessado em 20 de dezembro de 2013. A Lei n.º 41/2004 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a referida Directiva europeia, sem qualquer inovação na matéria estudada neste trabalho.

³¹⁴ BELLEIL, Arnaud. Op. cit.. Página 67.

³¹⁵ MCGUIRE, David. *House approves spyware penalties*. *Washington Post*. Reportagem de 24 de maio de 2005. Disponível em: «<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/05/23/AR2005052302000.html>». Acessado em 16 de dezembro de 2013.

não desejadas. Aqui destaca-se, em especial, o direito à privacidade familiar, uma vez que se colocam os problemas relativos ao acesso a *conteúdos prejudiciais*³¹⁶ por parte de crianças. Tal situação mostra-se possível pelo fato da internet consistir em uma estrutura de hiperligações através das quais o indivíduo navega entre os conteúdos disponíveis em várias páginas. Diferentemente das demais violações à privacidade *online*, em há uma investigação ou uma divulgação da vida privada do sujeito, nestas situações são expostas, ao usuário da internet ou sua família, dados que, de alguma forma, agridem a intimidade de suas vidas³¹⁷.

Existem alguns aspectos que devem ser referidos com relação à configuração desta *intrusão* à vida privada. Em um primeiro aspecto refere-se que somente se pode considerar intrusão na vida privada uma situação em que o sujeito não tem conhecimento da possibilidade de encontrar informações de natureza ofensiva à sua vida privada, ou seja, não lhe é apresentada qualquer advertência de conteúdo ofensivo. Além disso, é necessário levar em consideração o sujeito que é exposto aos dados prejudiciais ou ofensivos. Um sujeito maior e esclarecido, ciente da extensa gama de conteúdos de naturezas diversas que podem ser encontrados na *web*, atua numa área de liberdade que pode não ser abarcada na situação de intrusão da vida privada, devendo apenas assegurar-se ao sujeito que sejam tomadas decisões de modo livre e esclarecido. Todavia, o mesmo tratamento não pode ser dado nos casos em que um menor, ao acessar um meio de comunicação social *online*, inadvertidamente entra em contato com informações que lhe podem causar abalo³¹⁸.

No intuito de evitar a referida intrusão na vida privada, destacam-se alguns mecanismos de auto-regulação, que podem ser utilizados para evitar possíveis conflitos. O primeiro, denominado de PICS (*Platform for Internet Content Selection*), é um sistema padrão que busca harmonizar os sistemas de classificação de conteúdo na internet, a fim de reunir o máximo possível de informações a respeito do conteúdo dos *websites* ativos na rede. Assim, o usuário da internet, por meio de um programa de filtragem e verificação que controla os conteúdos de cada página associada à PICS, poderá rejeitar o acesso aos conteúdos que entenda serem ofensivos. Como segundo mecanismo destacam-se as *Net-iquettes*, que são códigos de conduta elaborados pelos

³¹⁶ O âmbito deste trabalho restringe-se ao problema da forma como os meios de comunicação social no *ciberespaço* podem provocar a intrusão na vida privada de conteúdos que o usuário não pretende ter acesso ou pode considerar ofensivos. Assim, excluem-se desta análise os conteúdos ilegais, desde logo porque estes são tutelados pela lei penal.

³¹⁷ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 71.

³¹⁸ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 72.

próprios fornecedores de conteúdo para aqueles materiais não ilegais, mas que possam abalar alguns utilizadores, sendo assim uma espécie de “etiqueta do ciberespaço” em que os próprios fornecedores de conteúdo determinam as regras de classificação³¹⁹.

Ademais, embora a internet seja um ambiente eminentemente público, a intangibilidade do mundo virtual causa em seus usuários uma falsa sensação de privacidade, o que os acaba levando a uma descuidada exposição de aspectos de suas vidas privadas neste meio de comunicação. Tal é possível observar na *internet relay chat* (IRC)³²⁰ quando se tem um diálogo entre vários sujeitos que participam de grupos abertos, ou fechados, mediante sua conexão com o provedor de serviço de uma rede IRC. Os participantes desse “bate-papo” utilizam pseudônimos ou *nicknames* para manterem preservada a sua identidade. Todavia, no decorrer de vários diálogos, os sujeitos acabam adquirindo confiança em seus companheiros de *chat*, levando-os a revelar confidências e, eventualmente, a própria identificação. Há ainda indivíduos menos cuidadosos que, além de se identificarem, também relevam informações íntimas que deveriam restringir-se à vida pessoal e familiar, o que promove não apenas os *cibercrimes*, como fraudes e estelionatos, mas, também, a prática de crimes no mundo real, como, por exemplo, extorsão mediante sequestro.

Além dos *chats*, também é comum observar uma exposição de informações de caráter privado nos *blogs*, que se tratam de *diários eletrônicos* nos quais os usuários, ao mesmo passo que publicam opiniões pessoais na internet, se desnudam, ao expor suas características e experiências íntimas. Neste cenário, destaca-se o já mencionado *Facebook*, no qual, ao cadastrar-se, o indivíduo apresenta seu perfil pessoal e profissional no intuito de se tornar visível para outras pessoas. Além desta base de dados com o detalhamento do perfil de inúmeros indivíduos que é acessível às pessoas cadastradas, os usuários utilizam-se ainda deste *diário eletrônico público* para expressar, com o conhecimento de todos, pensamentos, partilhando, ocasionalmente, *links* para artigos ou arquivos de multimídia que consideram pertinentes e, fortuitamente, informações pertencentes à esfera da vida pessoal e familiar, fomentando a prática de *cibercrimes* e crimes no mundo real, como já foi acima mencionado.

³¹⁹ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 77.

³²⁰ A *Internet relay chat* (IRC) trata-se de um protocolo de comunicação que permite manter conversações simultâneas de computador a computador através da rede, e com usuários de praticamente todo o mundo, escrevendo mensagens, as quais podem ser lidas e respondidas de forma imediata, respeitando, obviamente, a estrutura técnica do equipamento e da rede. Trata-se de um sistema que proporciona um meio de comunicação escrita multilateral baseado no protocolo da internet. PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Página 90.

Deste modo, com a criação de uma *cultura da auto-exposição* na internet, com a finalidade de se sentirem *digitalmente incluídos* na sociedade da informação, alguns indivíduos acabam desnudando a sua privacidade em excesso, promovendo a possibilidade de serem localizadas na rede por meio de motores de busca, a exemplo do *Google*, que direcionam às páginas que descrevem os perfis individuais de forma mais detalhada. De acordo com Costa Júnior, “a tecnologia acoberta, estimula e facilita o devassamento da vida privada, (...) as pessoas condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica (...) sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade”³²¹.

Em face das particularidades do mundo virtual, merecem, também, destaque os aspectos da *divulgação* de informações relativas à vida privada de um sujeito no *ciberespaço*. Primeiramente, ressalta-se que a informação publicada na esfera virtual tem uma capacidade de dano bastante elevada, em proporção semelhante aos meios de comunicação de massas, como as redes de televisão mundiais ou jornais que têm distribuição global, devido ao grande número de destinatários que esta pode alcançar. Assim, a partir do momento em que uma determinada informação é disponibilizada na *internet* a sua propagação pode alcançar os milhões de computadores que integram as diversas redes que compõem a Rede. Dessa forma, a divulgação de informações de conteúdo da vida privada na *web* adquire particular relevo, pois, além da exposição da privacidade se encontrar potenciada quanto aos destinatários, também se encontra disperso o meio através do qual a informação é transmitida, dificultando, assim, a localização da fonte do dano³²².

Neste contexto, a *media* tem noticiado diversos casos de divulgação de informações acerca da vida íntima de determinado sujeito no *ciberespaço*, em que resta demonstrada a potencialidade das consequências dessas exposições. Um dos casos remonta à história de Júlia Rebeca, uma brasileira de 16 anos de idade que, após gravar um vídeo em que se relacionava sexualmente com uma amiga e um amigo, assistiu àquele a espalhar, ainda que de forma desconhecida, pelo Brasil, por meio de um *chat* para telefones celulares chamado *Whatsapp*. Júlia Rebeca, tomando consciência da amplitude de destinatários que poderiam ter acesso ao seu vídeo difundido na *internet*, cometeu suicídio antes mesmo que seus pais soubessem da divulgação³²³.

³²¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit.. Página 23.

³²² FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 70-71.

³²³ DORIA, Pedro. *Após a violência virtual*. Planeta Digital. Ano 17. Edição 774. Publicado em 16 de novembro de 2013. Disponível em:

Dentro deste mesmo cenário, devem mencionar-se, também, os inúmeros casos divulgados pela imprensa dos vários cantos do mundo em que pessoas, geralmente ex-namorados, publicam na internet vídeos ou fotografias de conteúdo íntimo para chantagear ou causar dano emocional na vítima. A *pornografia da vingança* é possível graças à rapidez com que uma informação se difunde pela internet, sendo transmitida entre telefones celulares, destes para computadores e *websites* de pornografia em questão de minutos, adivinhando-se já a proporção global de destinatários que pode alcançar, e logo percebendo a vítima a potencialidade de exposição da sua intimidade na *web*³²⁴.

Curiosamente, ou não, observa-se que os mais ameaçados não são, porém, as personalidades da cultura, política ou esportes, cujas vidas há décadas despertam interesse público, mas sim os indivíduos comuns, que se encontram ameaçados pela tecnologia da informação. A mesma tecnologia da informação que permite um lavrador africano ter acesso, por meio do aparelho de celular, a informações sobre a previsão do tempo para planejar sua plantação, também possibilita a destruição da reputação de indivíduos comuns.

Na Califórnia (EUA), a Assembléia Legislativa estadual publicou uma das primeiras leis do mundo específicas contra o que se pode apelidar de *revenge porn* – a lei SB 255 –, que fornece às vítimas deste delito as ferramentas necessárias para processar o indivíduo que publicar imagens na internet sem seu consentimento. Todavia, a referida norma não é eficaz contra todas as modalidades de *pornografia da vingança* pois proíbe apenas a disseminação de imagens por quem as capturou, sem abranger as situações em que a própria vítima gravou o vídeo ou fotografia e um terceiro a distribuiu, posteriormente, na *web*. No Brasil, em dezembro de 2013, a presidência sancionou a Lei Carolina Dieckmann – Lei n.º 12.737 – que busca punir aqueles que, sem a permissão do proprietário do computador, roubam as informações e as distribuem pela internet, como, por exemplo, os *hackers* e os técnicos de informática que se apossam dos dados do computador enquanto prestam alguma assistência técnica. Esta lei, entretanto, não é eficaz contra os ex-namorados que, de forma consentida,

«http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed774_apos_a_violencia_virtual». Acessado em 17 de dezembro de 2013.

³²⁴ Mais informações em: «<http://www.endrevengeporn.org/>». Acessado em 17 de dezembro de 2013.

obtiveram as imagens íntimas de suas companheiras e, posteriormente, se utilizaram destas para chantagear ou causar dano emocional na vítima^{325 326}.

Em face da natureza específica e inequívoca da divulgação de informações relativas à privacidade nos meios de comunicação social *online*, não existem mecanismos de auto-regulação que impeçam totalmente tal exposição. Contudo, como mecanismo regulamentador, existe o *notice and take down*, que consiste na advertência que o utilizador faz ao meio de comunicação social *online* sobre a existência de dados que ferem o seu direito à privacidade. Caso a entidade comunicada concorde com a violação, o conteúdo será voluntariamente retirado³²⁷. Relativamente a este mecanismo, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 7/2004, por meio dos seus arts. 18.º e 35.º, prevê um *notice and take down* provisório, de forma a impossibilitar o acesso a informação *online*, conferindo à ICP – ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações) a possibilidade de, cautelarmente, retirar os dados que violam a privacidade³²⁸.

Sobre este mecanismo em sua forma obrigatória, Farinho afirma que nem sempre será deferido o pedido de retirada dos dados relativamente aos quais se afirma violarem a privacidade do indivíduo, sendo apenas uma medida existente que poderá permitir a tutela da privacidade em casos de urgência. Ademais, o autor destaca, ainda, que este instituto não deve ser visto como uma censura prejudicial à notícia, mas sim como uma forma de salvaguardar a vida privada ou íntima de uma lesão irreversível³²⁹.

Ainda no que toca à invasão da privacidade pelos meios de comunicação eletrônicos, existem técnicos da área de informática que afirmam que a internet não consiste em uma verdadeira ameaça ao direito à privacidade, haja vista que a informática dispõe de avançados processos técnicos que reforçam a segurança e preservam as garantias individuais. Outros afirmam que os riscos causados às garantias

³²⁵ DORIA, Pedro. *A pornografia da vingança*. Redes Sociais. Ano 17. Edição 770. Publicado em 29 de outubro de 2013. Disponível em: [«http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ed770_a_pornografia_da_vinganca»](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ed770_a_pornografia_da_vinganca). Acessado em 18 de dezembro de 2013.

³²⁶ Conforme aduz o art. 154-A, caput do Código Penal Brasileiro (alterado pela Lei n.º 12.737/12) – Art. 154-A – “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. (grifo nosso). BRASIL. Presidência da República. Lei N.º 12.737/12. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112737.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112737.htm). Acessado em 18 de dezembro de 2013. Pela leitura do referido artigo, deduz-se claramente que o mesmo não tipifica situações em que a obtenção das imagens íntimas pelo autor do crime é feita de forma consentida.

³²⁷ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 76-77.

³²⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 7/2004. Disponível em: [«http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=952094»](http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=952094). Acessado em 19 de dezembro de 2013.

³²⁹ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 90.

individuais são uma forma de compensação pelos outros benefícios advindos com o desenvolvimento tecnológico. O primeiro argumento não pode prosperar, pelo fato de, ao mesmo passo que a informática desenvolve recursos técnicos para a proteção da privacidade, novos mecanismos tecnológicos de espionagem também acompanham este progresso. Com relação à segunda alegação, não se podem utilizar as benesses do progresso tecnológico como justificativa para a violação de um direito fundamental ao ser humano, qual seja o direito à privacidade³³⁰.

É por tudo isto que se adverte acerca da necessidade de conhecimento relativamente aos riscos que a comunicação social *online* pode ocasionar à privacidade dos indivíduos que dela fazem uso. Uma vez consciencializados acerca destes riscos, os internautas poderão utilizar-se desses recursos tecnológicos indispensáveis à atual conjuntura social, sem se auto-expor demasiadamente. Além disso, também se faz importante a adoção de uma política por parte dos prestadores de serviços da sociedade da informação que busque, entre outros, minimizar as invasões aos dados de natureza pessoal de seus usuários, dar conhecimento de quais informações privadas estão sendo manipuladas e reservar ao indivíduo o direito de fazer uso, ou não, de recursos tecnológicos que monitoram a sua privacidade.

4.4 Intromissão Estatal na Privacidade

A intromissão do Estado na esfera privada individual é outro dos principais riscos à privacidade, através do uso da rede mundial de computadores na sociedade da informação. Como exemplo das formas mais comuns de atuação e intervenção estatal na vida privada de seus cidadãos estão a coleta de dados pessoais e a vigilância por meio de sistemas de inteligência.

Hodiernamente, a coleta de informações pessoais é necessária e imprescindível ao regular andamento das atividades estatais. As questões que surgem dizem respeito ao problema da desproporcionalidade da quantidade e qualidade dos dados coletados, que não se coadunam adequadamente com os objetivos a serem prosseguidos pelo Estado no uso das informações individuais, e às formas de armazenamento, transmissão e

³³⁰ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Op. cit.. Página 83.

interconexão entre diferentes entes públicos e, até mesmo, entre Estados Soberanos distintos.

Os dados coletados pelo ente público servem os mais variados fins, como informações demográficas, estatística, pagamento de tributos, investigação e combate à criminalidade. Porém, tais dados devem receber um tratamento diferenciado, que necessita ser adequado e seguro, de forma a garantir a sua integridade, autenticidade e sigilo.

A realização de atividades administrativas através das informações obtidas junto aos cidadãos é uma via irreversível, pois a nova administração com base na eletrônica é um instrumento de maior eficiência e de melhor resposta às necessidades do cidadão. Há, também, por certo, uma participação mais efetiva do indivíduo em relação aos rumos que o Estado escolherá para a realização de suas políticas públicas³³¹.

Os dados pessoais fornecidos pelos cidadãos aos entes governamentais devem classificar-se como informações sigilosas. Ora, tal classificação implica que o acesso a estes somente deverá ocorrer por agentes estatais que tenham absoluta necessidade de conhecimento das informações para o regular exercício de seu cargo, emprego ou função. Dessa maneira, isto é, em consequência da necessidade de manipulação de dados pelas instituições públicas, há a obrigação de observância de três princípios norteadores dos sistemas de gestão de dados pessoais de cidadãos: proporcionalidade da qualidade e quantidade de dados coletados aos fins prosseguidos, acesso restrito a pessoas que tenham absoluta necessidade dos dados para o desempenho de suas funções e preservação da segurança dos dados.

A preocupação em relação aos dados pessoais tornou-se algo ainda maior com o aparecimento de sistemas automatizados, pois a capacidade de interconexão das informações armazenadas em diferentes bancos de dados potencializa a possibilidade de descontrole em relação à administração de dados pessoais. Contudo, o cruzamento de inúmeros dados e de diferentes origens tem grande utilidade para as atividades de interesse geral/público exercidas pelos entes estatais. Através da comparação de dados é possível identificar a ocorrência de diversas modalidades de fraude, principalmente aquelas ocorridas contra a previdência e contra o fisco. Tal comparação também tem grande valia na identificação de problemas gerais e na formulação de soluções por meio da elaboração de políticas públicas mais eficientes para persecução do bem comum.

³³¹ GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit.. Página 185.

Em contrapartida aos benefícios da disponibilização de dados ao Estado, o uso generalizado de mecanismos de interconexão de informações pessoais armazenadas em diferentes bancos de dados públicos gera constantes preocupações em relação ao direito à privacidade, pois, no dizer de Steven C. Carlson e Ernest D. Miller, os Governos utilizam essas informações de modo irrestrito para violar a autodeterminação dos indivíduos:

«Os governos têm incrementado seus sistemas de detecção de fraudes e diminuído os custos por meio de programas de cruzamento de dados. (...) A interconexão dos dados acarreta preocupações em relação ao direito à privacidade, pois o governo utiliza essas informações de modo irrestrito para monitorar e vigiar os indivíduos. A autonomia destes é violada quando seus dados são usados para propósitos diversos daqueles para os quais foram coletados. Indubitavelmente, identifica-se uma colisão entre o direito individual à privacidade e o interesse público de que os administradores decidam de foram acertada, implementando políticas públicas eficientes»³³².

Acresce que a preocupação com a preservação do direito à privacidade nesses casos não se limita ao simples direito ao isolamento, mas abrange algo maior, que diz respeito a atuações contrárias ao estabelecimento de práticas políticas de discriminação em razão de partidarismo político, opções religiosas, etc.

O conflito existente entre a proteção de informações confidenciais dos cidadãos e o impulso de colher e guardar cada vez mais dados pessoais é constante e, aparentemente, irreversível.

Na União Europeia é obrigatória a instituição, por seus membros, de uma Agência de Proteção de Dados Pessoais ou designação de uma autoridade de controle, por força da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa. Mesmo com tal imposição, os Estados-membros têm preferido a criação de entidades responsáveis pela coleta de dados pessoais pelo fato de serem mais rentáveis ao Estado. A mencionada Directiva dispõe que as entidades de proteção de dados pessoais devem gozar de total independência em relação aos demais aparelhos do Estado para que o exercício de sua competência ocorra com total liberdade e imparcialidade. O ideal é que a indicação dos membros das entidades gestoras de dados pessoais seja realizada com

³³² CARLSON, Steven C., MILLER, Ernest D. *Public Data and Personal Privacy*. Volume 16, Edição 1, Artigo 4. Santa Clara Computer & Technology Law Journal, 2000. Páginas 83-109. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol16/iss1/4/>>. Acessado em 18 de dezembro de 2013.

base em critérios técnicos e não políticos, de modo a que não sirvam de instrumento de utilização de uma corrente política em detrimento de outra³³³.

Neste âmbito, em Portugal existe a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), que constitui uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade e com a competência de controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições normativas da proteção de dados pessoais³³⁴. Ainda no tocante ao papel exercido pela CPND, Farinho bem destaca que: “o CNPD tem uma função de primeira ponderação de bens constitucionais, com recurso ao princípio da proporcionalidade nas suas dimensões de adequação, necessidade e do meio em relação aos fins, sempre que houver de compatibilizar o direito do sujeito a aceder e controlar o uso dos seus dados pessoais e o direito dos jornalistas em aceder e tratar informação respeitante a esses dados”³³⁵.

Assim, entende-se que a análise quanto à proporcionalidade entre o direito da privacidade e o direito de informação jornalística deve, por certo, estender-se quanto à análise da proporcionalidade entre os dados sensíveis e a necessidade do Estado de dispor de tais dados para exercer com eficiência suas atividades mais essenciais.

Uma outra vertente de influência do aparato estatal sobre a privacidade na internet diz respeito à necessidade de uma regulação da liberdade manifestada por meio da rede mundial de computadores. No plano do direito internacional de regulação do acesso à internet, quando recorremos a este ramo do direito deparamo-nos com uma ausência de legislação reguladora global. Contudo, há como se extrair a pretensão de proteção dos dados pessoais por meio dos instrumentos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos.

Em Portugal, a Constituição da República prevê, em seu já mencionado art. 35.º, a proteção de dados pessoais, o que representou uma inovação no território europeu aquando da edição da carta em 1976. Este dispositivo tem como escopo o impedimento de que cada cidadão seja tratado unicamente como dados a serem informados ao Estado³³⁶. Das diretrizes constantes da já mencionada Diretiva Europeia

³³³ União Européia. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. N.º L 281/31. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acessado em 19 de dezembro de 2013.

³³⁴ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Página 79.

³³⁵ FARINHO, Domingos Soares. Op. cit.. Páginas 80-81.

³³⁶ CASTRO, Catarina Sarmiento. *Direito da Informática...* Op. cit.. Página 33.

e desta disposição da Constituição Portuguesa, veio a lume a Lei n.º 67/98, conhecida como Lei da Protecção de Dados Pessoais³³⁷.

Dentre as disposições da Lei de protecção de dados, tem especial importância para o tema deste trabalho o Capítulo II desse diploma, pois tal trecho trata da qualidade e legitimidade dos dados, bem como das regras de segurança e confidencialidade no manuseio das informações. De acordo com as normas estatuídas, tem-se que as regras de segurança de dados impõem deveres de guarda adequada da informação, manutenção da integridade, além de evitarem a possibilidade de que haja acessos não autorizados, especialmente aos dados pessoais. Além disso, a confidencialidade dos dados é garantida pelo dever de sigilo, que se traduz na obrigação de que aquelas pessoas responsáveis pela utilização dos dados têm o dever de cuidado de não divulgar os mesmos em nenhuma hipótese, podendo *inclusive* responder criminalmente em caso de violação de tal imposição³³⁸.

Deste modo se percebe que é recomendável que existam normas que especifiquem quais os dados que podem ser coletados e quais os que são proibidos. Por certo, existem dados sensíveis, como os referentes à origem étnica, convicções políticas e religiosas, patrimônio, que merecem um resguardo maior frente à necessidade de um ente público de deles dispor.

Uma problemática que emerge, desde logo, com relação à intervenção estatal na privacidade dos cidadãos diz respeito à possibilidade de utilização dos dados fornecidos pelo particular para fins diferentes daqueles que geraram o fornecimento dessas informações, e a conseqüente necessidade de imposição de restrições, pelo menos, em relação ao compartilhamento de dados sensíveis entre órgãos públicos e entre estes e entidades privadas.

Neste âmbito, destaca-se que, inicialmente, deve prevalecer o interesse público na obtenção da informação para a realização das atividades do Estado. Os dados coletados estão num arquivo público, que pode fornecer as informações a diversas atividades distintas da inicial, e tal é susceptível de ocorrer sem autorização prévia do titular dos dados. Estabelecer a necessidade de prévia anuência do titular a cada utilização dos dados seria algo extremamente dispendioso, burocrático e mesmo inviável. Contudo, apesar de se admitir a inviabilidade de autorização para utilização

³³⁷ PORTUGAL. Lei n.º 67/98. Comissão Nacional de Protecção de Dados. Disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acessado em 19 de dezembro de 2013.

³³⁸ CASTRO, Catarina Sarmiento. *Direito da Informática...* Op. cit.. Páginas 267-272.

dos dados com fins diversos, o Estado deve, a nosso ver, impor restrições ao compartilhamento de dados sensíveis entre seus órgãos públicos. Com efeito, qualquer manipulação de dados sensíveis implica a necessidade de adoção de procedimentos de segurança que evitem a interceptação e utilização dos mesmos por terceiros não autorizados. Deve, também, ser observado o conceito da doutrina norte-americana do *need to know* (necessidade de conhecer), que estipula que somente pode ter acesso a uma informação sigilosa o funcionário do Estado que tenha necessidade de dela dispor de maneira indispensável à realização da sua atividade funcional.

A busca de informações privilegiadas e vigilância de outros povos remontam à Antiguidade, mas, no século XX, tais atividades ganharam contornos científicos bem mais sistematizados e assumiram um importante papel no jogo político-econômico internacional. A conhecida prática de espionagem estatal, bastante utilizada nos tempos da Guerra Fria, não é mais do que a aquisição, de forma sistemática, de informações sensíveis e estratégicas de interesse nacional. O acesso a tais dados por governos, através, entre outros meios, de escutas telefônicas, de monitoramento de pessoas, de interceptação telemática e de atividades de agentes infiltrados implica uma violação direta da privacidade dos indivíduos.

Ao longo do tempo, vários foram os mecanismos que buscaram armazenar dados de cidadãos que tinham como objetivo identificá-los em todos os seus aspectos pessoais, sendo que o manuseio desses sistemas teve fins altamente condenáveis em alguns casos. Exemplo paradigmático é a identificação de judeus na Alemanha, aquando do governo de Hitler.

Mas, o marco revolucionário da tecnologia no tocante à espionagem estatal ocorreu no auge da Guerra Fria, quando os Estados Unidos da América e a Inglaterra criaram o chamado projeto *Echelon*, que tinha como atividade básica espiar as comunicações telefônicas e, em particular, vigiar e interceptar mensagens cifradas de países como a Líbia ou o Irão³³⁹. O projeto *Echelon* contou, além da participação dos seus criadores (acima mencionados), com o envolvimento de Nova Zelândia, da Austrália e do Canadá. Através deste sistema, os seus integrantes têm acesso a informações confidenciais relacionadas com a área econômica e a de desenvolvimento científico e tecnológico, a fim de favorecer grupos de empresas dos países participantes. As atuações do projeto foram já alvo de questionamentos e de censura por entidades

³³⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Página 168.

internacionais, que chegaram a mudar os resultados de grandes transações firmadas por haver favorecimento a empresas, justamente em virtude do acesso a informações por meio do *Echelon*.

Atualmente, o controle da rede *Echelon* concentra-se na NSA (*National Security Agency*) estadunidense e no GCHQ (*Government Communications Headquarters*) britânico. Recentemente, os meios de comunicação divulgaram que, de acordo com documentos vazados por um analista de inteligência da NSA, a rede privada de computadores da empresa petrolífera estatal brasileira – Petrobrás – foi invadida pela agência de inteligência norte-americana, supostamente por interesses econômicos, haja vista que aquela empresa estatal possui, em sua base de dados, informações sigilosas referentes a resultados de pesquisas acerca de poços petrolíferos que serão brevemente leiloados para extração³⁴⁰.

Dentro do mesmo cenário, foi, também, divulgado pela imprensa uma operação de espionagem eletrônica, comandada pela NSA, em que eram monitorados os aparelhos de telefone celular da chanceler alemã Angela Merkel, da presidenta do Brasil Dilma Rousseff³⁴¹ e de outros líderes mundiais³⁴², o que não deixa margem para dúvidas sobre as reais intenções expiatórias, com fins de política estratégica, desta agência de inteligência.

O que mais espanto causa no projeto *Echelon* é o seu largo alcance, pois ele conta com um considerável orçamento e é capaz de interceptar diversos tipos de transmissões e troca de dados, como ligações telefônicas, mensagens de correio eletrônico, mensagens via aparelhos celular, fax, páginas da internet. Há, *inclusive*, quem afirme que o projeto seria capaz de interceptar 90% (noventa por cento) de todo o tráfego de informação da rede³⁴³.

No entanto, e apesar de se ter tornado do conhecimento público, bem como de ter sido alvo de duras críticas por parte da comunidade internacional, o *Echelon*

³⁴⁰ Globo. *Petrobrás foi alvo de espionagem de agência dos EUA, aponta documento*. Reportagem de 08 de setembro de 2013. Disponível em: «<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/09/petrobras-foi-alvo-de-espionagem-de-agencia-dos-eua-aponta-documento.html>». Acessado em 09 de dezembro de 2013.

³⁴¹ Globo. *Documentos revelam esquema de agência dos EUA para espionar Dilma*. Reportagem de 01 de setembro de 2013. Disponível em: «<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/documentos-revelam-esquema-de-agencia-dos-eua-para-espionar-dilma-rousseff.html>». Acessado em 09 de dezembro de 2013.

³⁴² GORMAN, Siobhan; ENTOUS, Adam. *Obama Unaware as U.S. spied on World Leaders: Officials*. *Wall Street Journal*. Reportagem de 28 de outubro de 2013. Disponível em: «<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304470504579162110180138036>». Acessado em 09 de dezembro de 2013.

³⁴³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Página 170.

continua em funcionamento, com o argumento de favorecer o combate ao terrorismo, ao narcotráfico e ao crime organizado. Do quadro apresentado, pode afirmar-se que o Projeto *Echelon* defende sua necessidade com base no argumento de estar ao serviço da segurança nacional de seus integrantes, quando, na verdade, ele também serve de instrumento para fins altamente danosos na defesa de interesses cuja democraticidade é duvidosa.

Contudo, deve realçar-se que a atividade de espionagem estatal não é exclusiva dos norte-americanos. Há, também, notícias de que países integrantes da União Europeia criaram um sistema – o *Enfopol* – que surgiu através de informações oriundas de interceptações telefônicas e telemáticas realizadas pelas polícias europeias, que trocavam dados em busca de maior efetividade no combate à criminalidade.

A atuação de entes públicos na interceptação de dados sensíveis com a finalidade de identificar a prática de crimes pode ser plenamente justificável. Porém, é necessário não esquecer que tal intromissão na esfera privada pode levar a um completo esvaziamento do conteúdo do direito à privacidade.

Denota-se que há uma constante entre a confiança do cidadão no Estado e a desconfiança que o Estado deposita nos indivíduos por ele administrados, e a internet, se num primeiro momento se mostrou como um refúgio para escapar a essa constante intromissão estatal, conferindo liberdade aos cidadãos, quando o poder público de tal se apercebeu utilizou-se dessa mesma ferramenta (e em reação a tal liberdade) para exercer um controle ainda mais amplo³⁴⁴. Conclui-se, assim, que uma das grandes ameaças, senão a maior delas, à privacidade de dados sensíveis dos cidadãos por meio da internet é a constante atividade de utilização e até mesmo de interceptação de informações pessoais realizadas pelo próprio aparelho estatal.

O cenário ideal para uma convivência harmônica entre as atividades essenciais do Estado e o núcleo intangível do direito à privacidade seria o estabelecimento de um livre acesso do cidadão ao uso de seus dados pessoais por qualquer órgão, com a informação específica da finalidade dessa utilização, de modo que houvesse a possibilidade de impugnação de uma má administração dos dados junto dos órgãos de defesa de dados pessoais, que, por gozarem de independência, poderiam livremente atuar e bloquear atividades indevidas.

³⁴⁴ CASTELLS, MANUEL. *Galáxia da Internet*. Op. cit.. Página 219.

No que toca à espionagem estatal, o *frágil* cidadão não tem meios de defesa contra sistemas de estrutura mundial que são capazes de interceptar praticamente todas as informações circulantes na rede (mundial) de computadores³⁴⁵. O combate a essa atividade só pode dar-se por meio de organismos internacionais, através do aprimoramento dos órgãos de defesa dos direitos humanos, já que a violação do direito à privacidade é, por certo, uma violação desses direitos, o que, desde logo, implica a imposição de severas sanções aos Estados que ponham em risco o conteúdo inviolável desses direitos de cada cidadão na comunidade internacional.

³⁴⁵ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit.. Página 183.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi dito, formularam-se algumas conclusões a respeito do confronto do direito à privacidade na sociedade da informação. Por meio desta investigação, busca-se contribuir para a interpretação e aplicação deste direito fundamental de forma mais ampla, levando em consideração as diversas dimensões dessa garantia no contexto social, econômico e político. Ademais, ressalta-se a necessidade de implementação de políticas públicas a fim de assegurar a maior efetividade desse direito fundamental, diante os constantes avanços tecnológicos, assim como uma conscientização dos usuários destes meios de comunicação *online* acerca dos riscos à privacidade que advêm com tais avanços.

Primeiramente, no âmbito civil, percebe-se que a compreensão dos direitos gerais da personalidade precede o estudo sobre o direito à privacidade, vez que este é espécie da qual aquele é gênero. Além disso, observou-se que a dignidade da pessoa humana decorrerá da premissa de que todo homem terá personalidade jurídica. Com esta, por sua vez, advém a titularidade de certos direitos subjetivos essenciais, gerais, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e imprescindíveis, os quais recebem a denominação de direitos da personalidade, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica admite sua defesa contra ameaças.

Dessa forma, do estudo do direito da personalidade, conclui-se que este tem sido desfibrado em múltiplos direitos fundamentais, numa grande afinidade com a dignidade da pessoa humana, com o intuito de desenvolvimento da personalidade do Homem, visando uma maior proteção da esfera jurídica do titular. Assim, percebe-se ainda que, os direitos da personalidade se encontram constitucionalizados em um grau máximo, e declarados, do ponto de vista legal, como direitos fundamentais.

Concluiu-se também, que privacidade e liberdade estão interligadas, pois a privacidade não é garantida sem liberdade, o que é observado nos regimes repressivos; da mesma forma que não se exercita a liberdade sem privacidade, mostrando-se indispensável à livre manifestação do pensamento, expressão e crença.

A privacidade está dividida em cinco espécies: física, domiciliar, das comunicações, decisional e informacional.

Além disso, observou-se que estabelecer uma definição precisa de privacidade aparenta ser uma atividade de realização inexecutável. Entretanto, buscando reunir suas

peculiaridades, conclui-se que o direito à privacidade consiste na faculdade de obstar a intromissão de terceiros na sua intimidade e vida privada (natureza negativa), bem como na prerrogativa de controlar informações, a fim de evitar o acesso e a divulgação sem o consentimento do titular (natureza positiva). A intimidade consiste na esfera mais interior do indivíduo, onde resguardam-se as informações mais sensíveis, pensamentos e crenças. Ao passo que a vida privada corresponde à esfera dos fatos da vida particular, que não descrevem aspectos extremamente restritos à personalidade da pessoa humana, mas que não se deseja que seja divulgado ou do conhecimento de outros indivíduos.

Observou-se também que o sujeito ativo do direito à privacidade poderá ser uma pessoa física ou um grupo de pessoas que estão unidas por um laço de afetividade ou confiança. Ademais, o direito à privacidade também é assegurado às *peessoas jurídicas*, às *peessoas já falecidas*, ao *de cujus*, às *peessoas notórias* e aos *menores e interditos*, todos com suas ressalvadas peculiaridades.

Além disso, observou-se que os direitos fundamentais têm uma dimensão *subjetiva* e outra *objetiva*. Na sua dimensão subjetiva, os efeitos são voltados para as relações entre pessoas físicas e jurídicas com o Estado ou terceiros particulares. Já a sua dimensão objetiva decorre do significado dos direitos fundamentais como princípios basilares da ordem jurídica constitucional, produzindo efeitos que vinculam os poderes públicos por meio dos valores que protegem, servindo de fundamentação para o Estado Democrático de Direito.

De grande importância nesta investigação, restou demonstrado acerca da *privacidade informacional* (ou *direito à autodeterminação informativa*), que consiste na faculdade através da qual o indivíduo controla a utilização das informações acerca da sua vida privada, bem como de seus dados pessoais, facultando ao titular o direito de negar ao Estado informações de cunho pessoal ou, ressalvados os casos previsto no texto constitucional, obrigando o poder público de abster-se do tratamento de determinados dados pessoais.

Quanto ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais e do direito à privacidade observa-se que a sua delimitação é extremamente importante, vez que é necessária uma boa definição da extensão do direito, na medida em que, é ela que orienta a conformação no caso de possíveis colisões entre direitos fundamentais. Assim, pode-se identificar em cada um deles, um núcleo essencial que resguarda suas formas típicas de exercício/gozo, assim como pode ser reconhecido, também, um espaço de proteção que vai perdendo o rigor progressivamente à medida em que se afasta do

núcleo central do direito fundamental até ao limite, no qual deixa de receber qualquer resguarda de bens ou valores, sendo este denominado de *limite imanente* do direito fundamental, pois a partir deste limite inicia-se o âmbito de proteção de outro direito.

Conclui-se ainda que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é variável e elástico, determinado pela análise das peculiaridades do caso concreto gerando um confronto entre os bens ou valores resguardados constitucionalmente que são conflitantes *in casu*, garantindo a máxima efetivação de ambos os direitos, por um juízo de ponderação.

Quanto a restrição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, esta pode ocorrer *expressa* ou *implicitamente*. As restrições expressas são aquelas em que a própria Constituição restringe determinado direito fundamental (*restrições constitucionais direitas*) ou prevê a possibilidade do poder legislativo o restringir por meio de ato normativo (*reserva de lei restritiva*). Já as restrições implícitas dizem respeito a limites imposto aos direitos fundamentais, mesmo sem previsão constitucional expressa, por ser essencial para a ponderação entre o direito fundamental e outros valores constitucionais contrapostos, a exemplo das *restrições não expressamente não autorizadas pela Constituição*.

Com relação a este último limite, também chamados de *limites imanentes*, trata-se de uma matéria bastante polêmica, em razão de ser complexa sua justificação constitucional, bem como árdua a modelação concreta do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente garantido do direito. O setor da doutrina que critica a utilização dos limites imanentes para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais afirma que, as normas que tratam de direitos fundamentais consideram-se como imperativos de otimização que devem ser aplicadas, na melhor forma possível, com base no texto jurídico e respectiva situação fática. Porém, não é possível estabelecer um padrão de critérios de resolução de conflitos entre direitos, que seja válido em termos gerais, de forma abstrata, pois a ponderação no caso concreto é uma necessidade ineliminável.

Em se tratando dos conflitos que resultam da autolimitação de um direito, ou seja, por vontade do próprio titular, seja no âmbito de um contrato ou por meio do consentimento que permita uma intervenção limitadora, pública ou privada, observa-se que a decisão de expor, ou não, informações de caráter pessoal está na disponibilidade do próprio indivíduo, podendo expor-se até o limite que desejar, e devendo o Estado apenas advertir acerca dos perigos iminentes em função da maior vulnerabilidade do titular do direito.

Mas especificamente em relação aos *reality shows*, conclui-se que, na opção pela sua participação não há só benefícios nem só prejuízos, pois o regime jurídico adotado pelos mesmos não pode ser identificado como uma renúncia de direitos, vez que a participação nestes programas não conduz a uma restrição permanente ao direito à privacidade. Trata-se de uma limitação voluntária do exercício deste direito, que pode ser revogada a qualquer tempo, restando esta revogação ao critério exclusivo do titular do direito. Fica, portanto, intacto o núcleo essencial do direito à privacidade, já que, passado o período de limitação do direito, ele retorna com todo o seu potencial, dispondo o indivíduo de todos os meios juridicamente possíveis para sua defesa.

Observou-se, ainda, que também que a sociedade da informação se apresenta como uma nova forma de organização social, econômica e política em que utiliza-se intensamente da tecnologia da informação para a coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações, sobressaltando a informação como principal matéria-prima deste modelo social.

Neste contexto, destaca-se o avanço tecnológico no setor da comunicação social, especialmente com o advento da internet, o controle das infraestruturas críticas por meio de recursos tecnológicos, o desenvolvimento da criminalidade no meio eletrônico, a escala mundial do fluxo de informações, enfraquecimento dos limites territoriais, dentre outras mudanças memoráveis.

Assim, observa-se o crescimento do interesse dos governos e do setor privado em ter acesso às informações relacionadas à privacidade das pessoas, a fim de traçar o perfil dos cidadãos, assumindo a sociedade um caráter de permanente controle e vigilância dos indivíduos por meio das novas tecnologias que surgiam.

Concluiu-se ainda que o método panóptico baseia-se na premissa da vigilância constante dos indivíduos para que se construa um saber detalhado sobre os mesmos. A pessoa, ao saber que está sendo exposta em tempo integral a monitoramento constante, passa a se comportar de maneira diversa daquela que agiria se não estivesse sendo observada. Essa vigilância “visível”, porém “inverificável” consiste em um importante mecanismo de poder para os Estados, por isso foi incorporado pelas sociedades contemporâneas, estendendo-se por uma rede de controle que permeia todo o campo social. Na atual conjuntura da sociedade da informação ainda é possível observar a presença absoluta do modelo panóptico nos mecanismos adotados para monitoramento dos indivíduos, diferenciando-se do método criado por Bentham e descrito por Foucault, tão somente na adoção de recursos tecnológicos mais modernos.

Além disso, restou demonstrado que a internet se destacou como meio propício à invasão da privacidade de seus utentes, destacando-se intensa troca de informações entre os diversos prestadores de serviço da sociedade da informação sem a anuência dos titulares desses dados, bem como o monitoramento dos usuários por meio do IP, a disseminação da cultura da auto-exposição, intrusão na privacidade por meio de informação que é considerada ofensiva pelo internauta, a coleta de dados de navegação dos usuários por meio de *cookies* e a disseminação de programas desenvolvidos para execução de ações maliciosas, qual seja, os *spywares*. Em meio ao que foi mencionado, busca-se alertar os usuários da *web* para que esses indivíduos passem a usufruir desses meios de comunicação *online* de maneira mais consciente no que toca à preservação da própria privacidade.

Ademais, ficou clara a necessidade da coleta de informações pessoais como recurso imprescindível ao exercício das atividades do Estado. Entretanto, é necessário ressaltar-se a necessidade de serem impostos limites ao uso dos dados de caráter pessoal, tanto pelas entidades públicas como pelas empresas privadas, assim, no intuito de evitar-se abusos e excessiva intromissão na privacidade das pessoas.

Além disso, também restou demonstrada a coleta de informações pessoais por meio de espionagem sob o comando dos sistemas de inteligência de algumas nações, na qual o cidadão individual não tem meios de defesa para evitar que os sistemas de estrutura mundial interceptem as informações que circulam pela internet. Dessa maneira, o combate contra esta atividade de espionagem só pode dar-se por meio de organismos internacionais, através do aprimoramento dos órgãos de defesa dos direitos humanos, uma vez que a violação do direito à privacidade configura uma ofensa destes direitos, conseqüentemente, o que implica na imposição de severas sanções aos Estados que ponham em risco o conteúdo inviolável desses direitos de cada indivíduo na comunidade internacional.

Em face de um constante avanço na tecnologia da informação, ressalta-se que este estudo merece uma constante atualização, destacando-se as possíveis transgressões que o direito à privacidade ainda poderá sofrer no cenário da sociedade da informação em constante evolução.

REFERÊNCIAS

ABREU, Luís Vasconcelos. *Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular. O caso do Big Brother*. In: Revista do Ministério Público, n.º 101, 2005.

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Enesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Teodoro bastos de. *O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado*. Boletim da faculdade de Coimbra. Vol. LXXIX. Coimbra, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade da Informação*. Direito da Sociedade da Informação. Vol. 1. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. In Novo Código Civil – questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Vol. 6. Coords.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Método, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade*. Tradução de Paula Rocha Vidalinc. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do art. 8.º do Código Civil*. Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1988.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

CARLSON, Steven C., MILLER, Ernest D. *Public Data and Personal Privacy*. Volume 16, Edição 1, Artigo 4. Santa Clara Computer & Technology Law Journal, 2000. Páginas 83-109. Disponível em: «<http://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol16/iss1/4/>». Último acesso em 18 de dezembro de 2013.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. 2.^a Ed. Tradução de Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8.^a Ed. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política*. Org. Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Conferência promovida pelo Presidente da República, 2005. Disponível em: «http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf». Último acesso em 05 de dezembro de 2013.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CASTRO, Jorge Rosas de. *Direito à reserva da intimidade da vida privada versus direito à honra: a ofensa à honra de terceiros cometida em privado*. Scientia Iuridica. Tomo LIX, N.º 321, Janeiro/Março, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2.^a Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático: direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson S. L., 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DODENA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DORIA, Pedro. *A pornografia da vingança*. Redes Sociais. Ano 17. Edição 770. Publicado em 29 de outubro de 2013. Disponível em: «http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ed770_a_pornografia_da_vinganca». Último acesso em 18 de dezembro de 2013.

DORIA, Pedro. *Após a violência virtual*. Planeta Digital. Ano 17. Edição 774. Publicado em 16 de novembro de 2013. Disponível em: «http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ed774_apos_a_violencia_virtual». Último acesso em 17 de dezembro de 2013.

DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 66, abril/jun. 1980. Disponível em: «<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181214>». Último acesso em 15 de julho de 2013.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Volume 1, 11.ª Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

FARINHO, Domingos Soares. *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20.ª Ed. Petrópoles: Editora Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 1, parte geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid, 2000.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e forma de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GORMAN, Siobhan; ENTOUS, Adam. *Obama Unaware as U.S. spied on World Leaders: Officials*. *Wall Street Journal*. Reportagem de 28 de outubro de 2013. Disponível em: «<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304470504579162110180138036>». Último acesso em 09 de dezembro de 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUERRERO, Manuel Medina. *La Protección Constitucional de la Intimidad Frente a los Medios de Comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GUTWIRTH, Serge. *Privacy and the Information Age*. Traduzido por Raf Casert. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. 3.^a Ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAIA, Antônio C.. *Sobre a analítica do poder de Foucault*. *Tempo Social. Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 7(1-2): 83-103, outubro de 1995. Disponível em: «<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v0712/analise1.pdf>». Último acesso em 14 de dezembro de 2013.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: «http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf». Último acesso em 23 de outubro de 2013.

MCGUIRE, David. *House approves spyware penalties*. *Washington Post*. Reportagem de 24 de maio de 2005. Disponível em: «<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/05/23/AR2005052302000.html>». Último acesso em 16 de dezembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *Lá configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5ª Ed., Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO SÉCULO XXI: *o dicionário da língua portuguesa*. 3.ª Ed. Rio de Janeiro, 1999.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *A propósito do Big Brother*. In: *Revista Brotéria Cristianismo e Cultura*, vol. 157, 2003.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Estudos em homenagem a Cunho Rodrigues*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

PINTO, Paulo Mota. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*. Boletim da Faculdade de Direito LXXVI. Coimbra: 2000.

PINTO, Paulo Mota. *Jurisprudência Constitucional*. N.º 10, Abril – Junho. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXIX. Coimbra, 1993.

RAPOSO, Vera Lúcia. *A Vida Num Código de Barras*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica*, nº 101. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. Tradução de Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005. Disponível em: «<http://www.uesb.br/eventos/pensarcomveyne/arquivos/REVEL-Conceitos-essenciais.pdf>». Último acesso em 14 de dezembro de 2013.

REVORIO, F. Javier Díaz. *La intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. Nº 20/21. Valencia: Universidad de Valencia, 1997.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, Intimidade e Vida Privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: Juruá, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Inês Moreira. *Direito fundamental à privacidade vs. persecução criminal – A problemática das escutas telefônicas*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Inês Moreira. *Direito fundamental à privacidade vs. persecução criminal – A problemática das escutas telefônicas*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na internet: um enfoque jurídico*. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TOMÉ, Hermínia Campuzano. *Vida privada y datos personales: su protección frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

Jurisprudências, legislações e outros endereços eletrônicos

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *Constituição Federal da República*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm». Último acesso em 30 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei N.º 12.737/12. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm». Último acesso em 18 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 70.814/SP. Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília (DF), 01 de março de 1994. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília (DF), 24 de junho de 1994, página 16649. Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870814%2E%2E+OU+70814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asmr4wz>». Último acesso em 05 de novembro de 2013.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS. Parecer n.º 18/2000, 02 de maio de 2000. Relatora: Catarina Sarmento e Castro. Disponível em: «<http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2000/htm/par/par018-00.htm>». Último acesso em 19 de julho de 2013.

CORTE EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma. 4 de novembro de 1950. Disponível em: «http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf». Último acesso em 16 de julho de 2013.

ESPANHA. Congreso de los diputados. *Constitución española de 1978*. Disponível em: «<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>». Último acesso em 17 de julho de 2013.

EUR-lex. *Directiva 2002/58/CE*. Disponível em: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF>». Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

EUROPA. Conselho Europeu. Resolução n.º 428/70. Disponível em: «<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>». Último acesso em 22 de julho de 2013.

Globo. *Documentos revelam esquema de agência dos EUA para espionar Dilma*. Reportagem de 01 de setembro de 2013. Disponível em: «<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/documentos-revelam-esquema-de-agencia-dos-eua-para-espionar-dilma-rousseff.html>». Último acesso em 09 de dezembro de 2013.

Globo. *Petrobrás foi alvo de espionagem de agência dos EUA, aponta documento*. Reportagem de 08 de setembro de 2013. Disponível em: «<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/09/petrobras-foi-alvo-de-espionagem-de-agencia-dos-eua-aponta-documento.html>». Último acesso em 09 de dezembro de 2013.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Resolução n. 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas. 10 de dezembro de 1948 Disponível em: «http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf ». Último acesso em 15 de julho de 2013.

ONU. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Resolução n. 2200-A (XXI). 16 de dezembro de 1966. Disponível em: «<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>». Último acesso em 16 de julho de 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pacto de San Jose da Costa Rica*. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: «<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>». Último acesso em 17 de julho de 2013.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Protecção de Dados. *Lei de Protecção de Dados Pessoais*. Disponível em: «http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm». Último acesso em 5 de julho de 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 7/2004. Disponível em: «<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=952094>». Último acesso em 19 de dezembro de 2013.

PORTUGAL. Lei n.º 67/98. Comissão Nacional de Protecção de Dados. Disponível em: «http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm». Último acesso em 19 de dezembro de 2013.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Código Civil português*. Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: «http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis». Último acesso em 22 de julho de 2013.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Código de Processo Penal português de 1987*. Disponível em: «[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=)». Último acesso em 31 de outubro de 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. *Constituição da República portuguesa de 1976*. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art01>». Último acesso em 29 de outubro de 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. Processo n.º 363/97, 1ª Seção. Acórdão n.º 616/1998. Relator: Conselheiro Arthur Maurício. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>». Último acesso em 04 de julho de 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. Processo nº 695/06, 3ª Seção. Acórdão nº 155/2007. Relator: Conselheiro Gil Galvão. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>». Último acesso em 03 de julho de 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 227. Disponível em: «<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=273>». Último acesso em 19 de julho de 2013.

União Européia. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. N.º L 281/31. Disponível em: «http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf». Último acesso em 19 de dezembro de 2013.

União Européia. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. N.º L 281/31. Disponível em: «http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf». Último acesso em 19 de dezembro de 2013.

WIKIPÉDIA: *a enciclopédia livre*. Disponível em: «<http://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>». Último acesso em 07 de dezembro de 2013.