



O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DE UM DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Revista de Direito Privado | vol. 54 | p. 45 | Abr / 2013DTR\2013\3870

Regina Linden Ruaro

Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Professora Titular da PUC-RS.

Andrey Felipe Lacerda Gonçalves

Especialista em Direitos Fundamentais pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - FDSBC. Mestrando em Direito pelo PPGD/PUC-RS. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes.

Monique Bertotti

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestranda em Direito pelo PPGD/PUCRS. Bolsista do Programa de Bolsas de Mestrado e Doutorado da PUC-RS - Proboas, com atuação no Parque Científico e Tecnológico da PUC-RS - TecnoPuc.

Veyzon Campos Muniz

Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul - Esmafe-RS. Bacharel em Direito pela PUC-RS. Mestrando em Direito pelo PPGD/PUC-RS. Bolsista da Capes.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: O presente estudo tem por escopo analisar os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, a partir da dimensão prospectiva de um (novel) direito à proteção de dados pessoais no âmbito da experiência jurídica brasileira. Assim, a partir de referenciais sociológicos, contextualiza-se a atual sociedade pós-moderna e como ela lida com a proteção de direitos individuais. Segue-se a investigação com apontamentos acerca da privacidade na perspectiva constitucional, propondo-se conceituações e distinções entre intimidade e vida privada. Por conseguinte, assevera-se a problemática carência legislativa no que tange à proteção de dados, entendida como garantia fundamental individual, ainda carente de positivação no país.

Palavras-chave: Direitos fundamentais - Privacidade - Intimidade - Proteção de dados pessoais.

Abstract: This study has the purpose to analyze the fundamental rights to privacy and intimacy, from the prospective dimension of a (novel) right to protection of personal data within the Brazilian legal experience. So, from sociological references, contextualizes the current postmodern society and how it deals with the protection of individual rights. Follow up the research with notes about privacy in constitutional perspective, proposing concepts and distinctions between intimacy and privacy. Therefore, asserts itself problematic legislative grace when it comes to data protection, fundamental individual construed as a guarantee, positivization still lacking in the country.

Keywords: Fundamental rights - Privacy - Intimacy - Protection of personal data.

Sumário:

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS - 2. A PÓS-MODERNIDADE E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO NA SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA - 3. APONTAMENTOS SOBRE A PRIVACIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL - 4. NORMAS PROTETIVAS DA ESFERA INDIVIDUAL E A (CARÊNCIA DE UMA) PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A privacidade¹ é um dos bens da vida mais caros ao ser humano, uma vez que, sem ela, o homem expõe-se de modo a violar sua própria personalidade. George Orwell (pseudônimo de Eric Arthur Blair), em sua última obra literária, "1984", escrita em 1949, proporcionou ao público a oportunidade de visualizar uma sociedade completamente dominada por um governo totalitário, onde tudo era feito



dados pessoais em nosso ordenamento. Foram acrescentados ao Código Penal (LGL\1940\2) crimes como a invasão de dispositivo informático a fim de obter, adulterar ou destruir dados particulares sem autorização (art. 154-A) e a interrupção ou perturbação de serviço informático, telemático ou de informação de utilidade pública (art. 266, § 1.º).

Outrossim, a questão dos dados pessoais no Brasil aparece dispersada em diversas relações sociais, entretanto, sem que haja a devida percepção global protetiva da matéria, observam-se alguns exemplos normativos. No campo do Direito do Público, por exemplos, vê-se a recente alteração legislativa concernente à identificação criminal, promovida pela Lei 12.037/2009, que criou o banco de dados de perfil genético destinado a armazenar informações genéticas dos investigados, sem que haja qualquer menção à concordância do acusado. A referida Lei dispõe que a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação (art. 5.º) e que os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (art. 5.º-A).

Mister referir, também, o recentíssimo Dec. 7.950, de 12.03.2013, o qual institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, o qual, apesar de permitir a identificação de criminosos que cometeram crimes violentos, viola o inc. LXIII do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3), o qual assegura o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Outro banco de dados criado é o cadastro positivo (Lei 12.414/2011), que possibilita às empresas que trabalham com crédito a consulta de informações individuais referentes ao adimplemento de obrigações, sem que haja o consentimento prévio do cidadão quanto à inserção de seus dados no sistema.

Na seara tributária, vem se tornando frequente a quebra de sigilo fiscal por autoridade administrativa, sem autorização do juiz, no curso de procedimentos administrativos, em visível violação da privacidade do cidadão, por meio de uma interpretação dada pela Receita Federal aos dispositivos da Lei 10.174/2001 e à LC 105/2001, regulamentada pelo Dec. 3.724/2001.

No âmbito processual, observa-se a crescente informatização do processo sem que se tome a devida cautela quanto à publicidade de dados pessoais. Mesmo considerando a hipótese do segredo de justiça, por vezes, o que se vê são informações íntimas publicadas na rede e disponíveis ao acesso de qualquer um. Assim, eventualmente, questões ligadas a matrimônio, orientação sexual, estadias em orfanatos, doenças degenerativas e dados fiscais, podem ser publicadas no âmbito de um processo judicial em prejuízo à intimidade do indivíduo. Ainda nessa senda, há a questão da prova obtida por violação de perfis criados na Internet, muito utilizada em ações de divórcio, defesas trabalhistas, execuções fiscais etc.

Já no campo do Direito Privado, verifica-se a livre contratação acerca do compartilhamento de dados de outrem, muito utilizada por instituições financeiras que trabalham com “análise de crédito”, traçando um perfil de “bom pagador” utilizado para autorizar ou não a compra de determinado bem. Esse compartilhamento também se materializa no envio de cartões de crédito e em abertura de contas bancárias, sem requisição do consumidor.

Importa pontuar, por conseguinte, que a proteção de dados pessoais vem sendo tratada no recente PLC 3.558/2012, de autoria do Deputado Armando Vergílio, que dispõe, timidamente sobre a utilização de sistemas biométricos, a proteção de dados pessoais, além de dar outras providências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade pós-moderna, ninguém escapa à vigilância, e a privacidade é um bem jurídico tão valioso quanto frágil. Como se pode evidenciar, na pós-modernidade a proteção dos direitos fundamentais atinentes à vida privada do indivíduo encontra-se em situação delicada. Mesmo com ciência da importância da necessidade do sigilo de dados pessoais, percebe-se que o direito à privacidade, assegurado implicitamente pelo Texto Constitucional, carece de uma maior efetividade na realidade brasileira.

Apesar de o homem tender à vida em sociedade e de esta ser essencial para o seu desenvolvimento e sobrevivência, a privacidade e a intimidade são fundamentais. Nem tudo o que o homem pensa precisa ser compartilhado, e é aí que nascem os direitos à privacidade e à intimidade.

O Panóptico benthaniano se faz presente nesse contexto, com algumas modificações temporais, em nossa sociedade, sendo prática arraigada o controle a todo custo da vida dos cidadãos. Explica-se o fenômeno da seguinte forma:

“(...) o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce: enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. Para isso, é ao mesmo tempo excessivo e muito pouco que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia: muito pouco, pois o essencial é que ele se saiba vigiado; excessivo, porque ele não tem necessidade de sê-lo efetivamente. Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo. Para tornar imprescindível a presença ou a ausência do vigia, para que os prisioneiros, de suas celas, não pudessem nem perceber uma sombra ou enxergar uma contraluz, previu Bentham, nem só as persianas nas janelas das salas centrais de vigia, mas, por dentro, separações que o cortam em ângulo reto e, para passar de um quarto a outro, não portas, mas biombos: pois a menor batida, uma luz entrevista, uma claridade numa abertura trairiam a presença do guardião. O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-se visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.”²⁹

Portanto, essa espécie de Grande Irmão tem a função de disciplinar a sociedade, fazendo com que se sinta permanentemente vigiada, mesmo quando tal vigilância não está efetivamente ocorrendo. Esse poder é exercido, em nossa sociedade, pelos meios de informatização, os quais controlam a vida do indivíduo e seus dados de forma que este sabe que está sendo vigiado, mesmo não visualizando a presença dos vigilantes.

Giza-se: estamos submetidos a esse poder, e não há como ter noção de quais informações pessoais são publicizadas ou possuem potencial para ser. Por conseguinte, é que se faz necessária a proteção de dados,³⁰ como novel direito fundamental, instrumental à defesa da vida privada e da intimidade, nucleares do direito à privacidade, a qual funciona como uma contraposição legítima à própria estrutura de sociedade pós-moderna.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie - Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões)*. Disponível em: [\[www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-c\]](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-c). Acesso em: 18.03.2013.

_____. Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20.03.2012.

_____. Dec. 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em:



[www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Dec. 7.950, 12 de março de 2013. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal (LGL\1940\2). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 9.472, de 16 de julho 1997. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 10.174, de 09 de janeiro de 2001. Disponível em: [www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2001/lei10174.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12414.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei 12.737, 30 de novembro de 2012. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

_____. Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm]. Acesso em: 20.03.2012.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Cláudia Constante Carvalho. *Identidade e intimidade: um percurso histórico dos conceitos psicológicos*. Disponível em: [www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*. vol. 12. n. 2. Joaçaba: Unoesc, 2011.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HAINZENREDER JR., Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

ORWELL, George. 1984. Disponível em: [www.ministryoflies.com/1984.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. *Nada a esconder? O direito a proteção de dados frente a medidas de segurança pública e intervenção estatal*. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9542]. Acesso em: 20.03.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARI-NONI, Luiz

Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

1 Artigo desenvolvido como requisito parcial à aprovação na disciplina de Proteção de Dados no Estado Democrático de Direito, ministrada pela Prof. Dra. Regina Linden Ruaro, no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PPGD/PUC-RS.

2 Sobre a caracterização da sociedade pós-moderna, recomenda-se a leitura de: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

3 Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 03.

4 RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Pineiro. *Nada a esconder? O direito a proteção de dados frente a medidas de segurança pública e intervenção estatal*. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9542]. Acesso em: 20.03.2013.

5 Análise da obra “Amor como paixão: para a codificação da intimidade” (1991) de Niklas Luhman. (CARVALHO, Cláudia Constante Carvalho. *Identidade e intimidade: um percurso histórico dos conceitos psicológicos*. Disponível em: [www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf]. Acesso em: 18.03.2013).

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

7 Atenta-se que, por meio do art. 12, combinado com os arts. 188 e 927 do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, há a possibilidade de invalidação de atos e negócios jurídicos ofensivos aos direitos de intimidade e privacidade e a indenização por atos lesivos, bem como a tutela inibitória de atos potencialmente prejudiciais.

8 Os direitos do homem provêm da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 369).

9 De acordo com Marina Celina Bodin de Moraes, a dignidade da pessoa humana possui duas acepções: do ponto de vista filósofo-político, refere-se ao elemento que distingue os seres humanos dos demais seres vivos; do ponto de vista jurídico, significa reconhecer o ser humano como sujeito de direitos. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SAR-LET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 111-144.

10 Justifica-se o sentido amplo dado à expressão “núcleo essencial”, eis que ora não se adentra em discussões doutrinárias acerca das importantes definições feitas em sede de teorias constitucionais, como por exemplo, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

11 Manifestação do Constituinte José Paulo Bisol em ata da primeira reunião da Comissão da