

# A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E A INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA<sup>1-2</sup>

## PROTECTION OF PRIVACY AND INVIOABILITY OF CORRESPONDENCE

**Giulio M. Salerno**

Professor Titular de Direito Público na Universidade de Macerata, Itália

**RESUMO:** O presente trabalho tem como fim abordar a questão da proteção da privacidade e da inviolabilidade da correspondência no ordenamento jurídico italiano. Nesse contexto, será apresentado o quadro jurídico normativo da Itália e de outros países, a visão da doutrina e da jurisprudência da Corte Constitucional italiana sobre o tema e o papel do Garante para a proteção dos dados pessoais. Por fim, será tratada a questão da inviolabilidade de liberdade e do segredo da correspondência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito constitucional; privacidade; correspondência.

**ABSTRACT:** *The present work intends to approach the privacy protection and the mail integrity questions on the Italian law. In this context will be presented both the Italian and the foreigner legal frameworks, comparative*

*studies about the privacy as well as the jurisprudence of the Constitutional Court of Italy about this theme and the role of the "Garante" for the private data protection. In conclusion will be presented the question of the mail integrity, its freedom and its confidentiality.*

**KEYWORDS:** *Constitutional law; privacy; mail.*

**SUMÁRIO:** 1 A definição da proteção da privacidade na evolução do ordenamento; 2 A relevância constitucional da privacidade nas reflexões da doutrina; 3 A privacidade na jurisprudência constitucional; 4 A tutela dos dados pessoais e o Garante para a proteção dos dados pessoais; 5 A inviolabilidade da liberdade e do sigilo da correspondência; Referências.

<sup>1</sup> Referências do texto em italiano: SALERNO, Giulio M. La protezione della riservatezza e l'invioabilità della corrispondenza. In: NANIA, Roberto; RIDOLA, Paolo (Org.). *I Diritti Costituzionali*, v. II. 2. ed. rev. e amp. Turim: Giappichelli, 2006. p. 617-673. O presente texto, originalmente, é um capítulo de livro.

<sup>2</sup> Tradução de Duílio Landell de Moura Berni (Mestrando em Direito pela PUCRS).

**SUMMARY:** 1 The definition of protection of privacy in its evolution; 2 The constitutional relevance of privacy in the legal thought; 3 Privacy in constitutional jurisprudence; 4 The protection of personal data and the office of the “Garante” for the protection of personal data; 5 The inviolability of freedom and secrecy of correspondence; References.

## 1 A DEFINIÇÃO DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NA EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO

### 1.1 INTRODUÇÃO

Não é raro que no mundo do Direito um termo seja compreendido em uma tal pluralidade de significados que assuma contornos e conteúdos jurídicos diversos, seja diacronicamente, na evolução do complexo do ordenamento, seja sincronicamente, nos múltiplos âmbitos de operação do mesmo ordenamento. Em uma fenomenologia, a privacidade se constitui em um exemplo emblemático e consideravelmente recente no Direito italiano. De fato, somente depois da chegada do Código Civil de 1942 – com todas as dificuldades derivadas do confronto com modelos conceituais já presentes de um modo particular nos ordenamentos anglo-saxões (cfr. § 1.6)<sup>3</sup> – primeiro a doutrina e depois a jurisprudência começaram a se interrogar com alguma consciência sobre a presença de formas e modalidades de proteção jurídica ligadas àquela peculiar esfera das vivências humanas que se qualifica normalmente como privada, íntima ou como reservada, e neste sentido como merecedora de uma tutela jurídica nos confrontos que não justificam ingerências, interferências ou outras indevidas formas de indiscrição provenientes do exterior.

Assim, a progressiva interação entre a atividade de reencontrar isoladas frações normativas postas sob tutela de específicas formas de proteção de âmbitos privados ou de qualquer modo reservados (cfr. § 1.2), a efetiva aplicação de instrumentos de tutela jurisdicional imediatamente acionáveis a favor da esfera da vida privada (cfr. sempre o § 1.2), a elaboração doutrinária dos fundamentos jurídicos da proteção da privacidade ao interno da Constituição<sup>4</sup> (cfr. §§ 1.3 e 2<sup>o</sup>) e a intervenção de documentos internacionais explicitamente colocados a favor da tutela dos direitos humanos e especificamente em favor da privacidade (cfr. § 2.3) contribuíram no seu complexo a traçar uma perspectiva do ordenamento substancialmente favorável ao ampliamto e ao aprofundamento da tutela da

<sup>3</sup> N. t.: conferir o § 1.6.

<sup>4</sup> N. t.: A palavra “Constituição”, no presente texto, sempre fará referência à Constituição da República Italiana de 1948, quando não houver uma referência específica a outro país.

privacidade, perspectiva na qual internamente encontrou-se espaço e, em fim, uma volumosa disciplina normativa no tema da proteção dos dados pessoais (cfr. § 1.2).

Neste quadro, a inviolabilidade da liberdade e do sigilo da correspondência, disposta no art. 15 da Constituição, aparece, de um lado, como uma referência utilizável para assentar e delimitar constitucionalmente a mesma noção de privacidade (cfr. §§ 1.3 e 5º) e, de outro lado, como um interessante exemplo de quanto seja intrincada a relação entre a dimensão individual e a pública, ou de qualquer modo social, das liberdades constitucionais (cfr. § 5.1).

Este articulado e complexo processo de maturação da esfera – ou, dependendo da interpretação assumida, das esferas – da privacidade juridicamente protegida (ou protegidas) em sede constitucional, todavia, não se pode dizer como dogmaticamente concluído, ainda porque, no atual estágio da evolução do sistema normativo, não parece ter atingido resultados definitivos, dotados de incontroversa univocidade. Em particular, para introduzir a análise dos institutos jurídicos relativos à proteção da privacidade de um ponto de vista do direito constitucional, aos fins expositivos do presente artigo, é útil manter distintos os fatores de ordem estritamente jurídico-normativos daqueles que podem mais amplamente colegar-se às modificações dos perfis ético-políticos da problemática em questão. Se, de fato, é inegável a estreita interconexão entre o nascimento e a mudança das exigências de natureza ética e política que ao interno de uma dada coletividade estimulam a predisposição de instrumentos jurídicos voltados a disciplinar novos setores do ordenamento ou a tutelar interesses primariamente negligenciados ou insuficientemente protegidos e a consequente releitura das mesmas disposições constitucionais – e diretamente dos princípios delas derivados – que possam religar-se às mudanças assim verificadas do substrato normativo, parece oportuno que do atual “estado dos fatos” se mantenha aquela distância científica necessária para evitar que caiamos, sem muita evidente influência, no que pode ser produzido pelo fascínio daquilo que é somente imediato e contingente.

## 1.2 A EVOLUÇÃO DO QUADRO JURÍDICO-NORMATIVO NA ITÁLIA

De um primeiro ponto de vista, aquele mais estritamente jurídico-normativo, sublinha-se a originária ausência de uma disciplina legislativa da privacidade, ausência que podíamos só parcialmente suprir às já recordadas e escassas previsões civilísticas; em outro sentido, deve se reconhecer que, sobretudo

dos anos setenta em diante, emergiram não poucas disciplinas normativas, na maioria com caráter setorial ou com caráter realmente microssetorial, nas quais são afrontadas múltiplas questões atinentes à proteção da esfera privada ou da esfera reservada. Não é possível, todavia, negar-se, seja a extemporaneidade que com frequência tem caracterizado as intervenções do legislador – e também, no terreno da concretização jurídica, a ação dos próprios juízes – sobre o tema em questão, seja ainda em relação à insuficiência dos resultados efetivamente produzidos a favor da garantia global da privacidade. Finalmente, a pouca atenção que as forças políticas haviam dedicado por longo tempo à problemática da privacidade foi desmentida com o surgimento da regulação legal – imposta pelo respeito de obrigações internacionais – em matéria de proteção dos dados pessoais e especialmente aqueles sensíveis, a partir da Lei nº 675/1996, que pode bem definir-se como a lei seminal no interno de uma articulada atividade de regulação jurídica a qual o tumultuoso desenvolvimento tende a servir de remédio o “Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais”, adotado com o Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junho de 2003, que entrou em vigor em 27 de fevereiro de 2004 (cfr., sobre a relação problemática entre os múltiplos atos de regulação presentes nesse novo setor do ordenamento, A. Simoncini; em geral, G. Alpa). Neste último setor, de outra parte, a originária aplicação somente no âmbito informático – ou, segundo a terminologia utilizada, o “tratamento” dos dados mediante meios eletrônicos – é, no estado atual, superada, referindo-se as vigentes disposições das informações consideradas “pessoais” que prescindem da sua presença ao interno dos bancos de dados ou da necessidade de recorrer a meios automatizados. Nesse sentido, sustentou-se que “o velho direito de ser deixado sozinho” (assim, G. Busia) teria deixado seu lugar para um complexo de garantias jurídicas que oferecem ao indivíduo o controle sobre as informações de caráter pessoal que lhes digam respeito diretamente. Em particular modo se é reforçado o papel desenvolvido com esse fim por uma autoridade – o Garante para a proteção dos dados pessoais – ao qual é atribuído um complexo de funções públicas diretamente conexas ao objetivo de tutelar o direito agora explicitado no art. 1º do código anteriormente referido, ou seja, o direito de cada indivíduo presente no ordenamento (“qualquer um”, está escrito na disposição legal, e, então, trata-se de um cidadão, ou de um estrangeiro) “à proteção dos dados pessoais que lhe dizem respeito” (assim é o art. 1º do Decreto Legislativo nº 196/2003). Todavia, é evidente, tal proteção jurídica não absorve por inteiro a temática da privacidade, nem constitui uma explicitação parcial, ainda que de notável relevância na sociedade contemporânea. Isto é testemunhado pelo

referido código, em que, especificando os fins que o guiam, afirma-se que ele é dirigido a garantir que o tratamento dos dados pessoais se desenvolva “no respeito dos direitos e das liberdades fundamentais, além da dignidade do interessado, com particular referência à privacidade, à identidade e ao direito à proteção dos dados pessoais” (cfr. art. 2º, § 1º, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Com esta disposição, entendeu-se acentuar a relevância da situação jurídica subjetiva (o “direito à proteção dos dados pessoais”) que é colocada no centro do código em questão, mas que foi corretamente aproximada a outros princípios de caráter diretamente constitucional, como aqueles dirigidos à tutela da dignidade do homem, à identidade pessoal e, propriamente, à privacidade. Então, de um lado, deve afastar-se, seja aquela interpretação de quem tentasse deduzir da mencionada disposição um tipo de divergência entre a temática da privacidade e a questão da proteção dos dados pessoais, seja a tese de quem sustenta a substancial coincidência da privacidade com as garantias destinadas ao tratamento dos dados pessoais; de outro lado, encontra uma posterior confirmação conforme se referirá com mais profundidade proximamente (cfr., *infra*, § 1.5), vale dizer que não se pode negar a intrínseca pluralidade de conteúdo da noção de privacidade e das pretensões de caráter constitucional a ela colegadas.

Brevemente, a evolução do quadro normativo – da primitiva presença de poucas disposições ao surgimento de numerosos preceitos que ampliarão, em um quadro não sempre coerente, as esferas de privacidade tuteladas pelo ordenamento – obrigou a doutrina e a jurisprudência (primeiro a ordinária, depois também a constitucional) a um intenso trabalho de pesquisa dirigido a recompor unitariamente o fundamento, o objeto e os instrumentos jurídicos de garantia da privacidade, com resultados que por outro lado não aparecem ainda como definitivamente consolidados e que talvez sejam tidos como ainda mais precários do que as inovações ocorridas sobre diversos planos da normativa por último recordada.

Por exemplo, nas contribuições de uma parte da doutrina desenvolvidas depois da entrada em vigor da Constituição, entendia-se individuar não somente formas essenciais de tutela da privacidade, mas de uma maneira mais geral, por meio da aplicação analógica, uma tutela generalizada da privacidade, na específica normativa civilística relativa ao direito ao nome (art. 6º do Código Civil), ao direito à imagem (art. 10 do Código Civil; arts. 96 e 97 da Lei nº 633, de 22 de abril de 1941, sobre direito autoral), ao direito autoral (arts. 8º, 9º e 12 da citada Lei nº 633/1941) ou, ainda, ao direitos das pessoas públicas e dos seus

parentes sobre as cartas de natureza pessoal (arts. 93 e seguintes da citada Lei nº 633/1941) (cfr., por todos, A. de Cupis, A. Ravà, F. Carnelutti e, depois, V. Sgroi; mas *contra* G. Pugliese, que entendia tratar-se de uma limitação da liberdade de manifestação do pensamento e, portanto, de leis extraordinárias insuscetíveis de aplicação analógica – *ex art. 14, Disposições preliminares do Código Civil*). Mais articulado o percurso seguido pela Corte de Cassação: inicialmente, afirmava explicitamente a existência de um direito à privacidade (cfr. Sentença nº 4.487, de 22 de dezembro de 1956), chegando em um primeiro tempo a reconhecer substancialmente o direito de tornar públicas ou não os acontecimentos estritamente ligados à vida privada, fazendo derivar diretamente do art. 2º da Constituição (Sentença nº 990, de 20 de abril de 1963), para depois proclamar em claras letras a presença de um direito à privacidade no âmbito da vida íntima e familiar, resultante de múltiplas normativas legislativas (por exemplo, também aquelas relativas ao dever de reserva dos trabalhadores domésticos ou, ainda, aqueles ligados à tutela penal do domicílio no confronto de gravações de áudio ou vídeo), e constitucionalmente fundadas seja no art. 2º da Constituição – interpretada em sentido evolutivo – como também nos arts. 3º, 13, 14, 27, 29 e 41 da Constituição (cfr. a Sentença nº 2.129, de 27 de maio de 1975, depois confirmada, por outro lado, da Sentença nº 5.790/1979). Na jurisprudência constitucional, remete-se, em geral, sobre a privacidade, ao § 3º, e, especialmente, sobre a inviolabilidade da esfera privada nas comunicações privadas, ao § 5.2.

Sobre as normativas, de caráter setorial ou, ainda, microssetorial, que especificamente tutelaram, também de um ponto de vista penal, tal exigência de privacidade muitos anos depois da entrada em vigor da Constituição, veem-se, em particular, a Lei nº 330, de 20 de maio de 1970 – o assim chamado Estatuto dos Trabalhadores –, que, nos arts. 4º e 8º, tutela a privacidade do trabalhador vetando respectivamente “o uso de aparelhos audiovisuais e de outros aparelhos com a finalidade de controlar à distância as atividades dos trabalhadores” e de “efetuar indagações sobre a opinião política, religiosa ou sindical do trabalhador, como também sobre fatos não relevantes aos fins da valoração da atitude profissional do trabalhador”; a Lei nº 98, de 8 de abril de 1974, que introduz o art. 615-*bis* do Código Penal, que proíbe qualquer interferência ilícita na vida privada, isto é, de um lado, a atividade de “indiscrição” intentada por quem, “mediante o uso de instrumentos de gravação de imagens ou de sons, procura indevidamente notícias ou imagens atinentes à vida privada”, que se desenvolvem no domicílio alheio, e, de outro lado, a atividade de “divulgação” colocada por aquele que “revela ou difunde mediante qualquer outro meio de informação ao público as

notícias ou as imagens obtidas”, nos modos anteriormente indicados; a Lei nº 121, de 1º de abril de 1981, que, em matéria de recolhimento e elaboração de dados para a finalidade de segurança pública junto ao Centro de Elaboração de Dados do Ministério do Interior, no art. 12, veda penalmente que os oficiais públicos comuniquem ou façam uso de dados ou de informações em violação a própria lei ou fora dos limites por essa previstos; o novo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1988, que, nos arts. 270-271, prevê limites à utilização dos resultados das interceptações telefônicas e em outros procedimentos penais; a Lei nº 135, de 5 de junho de 1990, que, nos arts. 5º a 8º, disciplina o direito de que não venham divulgados os dados relativos à infecção da Aids; o Decreto do Presidente da República (D.P.R.) nº 309, de 9 de outubro de 1990, que, no art. 75, prevê o direito de que não sejam divulgados os dados relativos à toxicodependência; a Lei nº 547, de 23 de dezembro de 1993, que, em matéria de delitos informáticos, introduziu, entre outros, o art. 615-ter do Código Penal (acesso abusivo a um sistema informático ou telemático protegido com medidas de segurança e contra a vontade expressa ou tácita de quem tem o direito de excluí-lo), o art. 615-quater (detenção e difusão abusiva de códigos de acesso a sistemas informáticos ou telemáticos) e o art. 615-quinquies (difusão de programas destinados a danificar ou interromper um sistema informático); a ampla normativa sobre o tema de proteção dos dados pessoais e em espécie “sensíveis”, cujo início é marcado pela Lei nº 675/1996, e que agora é em grande parte reunida no citado Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais, adotado com o Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junho de 2003, sobre a base do art. 1º da Lei nº 127, de 24 de março de 2001 (sobre tal complexo normativo, que tem em consideração ainda numerosas diretivas comunitárias adotadas sobre a matéria, entre os quais, ultimamente, as Diretivas nºs 95/46/CE e 2002/58/CE, remete-se *infra* ao § 4); a Lei nº 150, de 7 de junho de 2000, que, no art. 1º, § 4º, põe em destaque a atividade de informação e de comunicação da Administração Pública (as assim chamadas comunicações institucionais) sobre o limite de respeito das normas vigentes sobre o tema “de tutela da privacidade dos dados pessoais”; o Decreto Legislativo nº 259, de 1º de agosto de 2003 (o assim chamado “Código das Comunicações Eletrônicas”), que, na disciplina dos meios de comunicação eletrônica, impõe o respeito do direito constitucionalmente garantido de “sigilo das comunicações” (cfr. com art. 4º, § 1º, alínea b); a Lei nº 155, de 31 de julho de 2005, que converteu em lei o Decreto Legislativo nº 144, de 27 de julho de 2005, que modificou, entre outras, algumas disposições sobre a disciplina das comunicações com o fim de oposição ao terrorismo internacional.

Também na Constituição, finalmente, com a nova redação do art. 68, decorrente da Lei de Revisão Constitucional nº 3, de 29 de outubro de 1993, o tema da privacidade foi abordado quando se dispôs que, para submeter os parlamentares “a interceptações, em qualquer forma, de conversações ou comunicações e ao sequestro de correspondência”, é necessária a autorização da Câmara à qual ele pertença (art. 68, § 3º).

As obrigações internacionais sobre as quais se fez referência para introdução da disciplina dos dados pessoais são aquelas derivadas da Convenção do Conselho da Europa nº 108 sobre a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado dos dados das pessoas físicas, adotada em Estrasburgo, em 28 de janeiro de 1981 (quanto à sua ratificação e execução, conferir a Lei nº 98/1989, cuja entrada em vigor, condicionada à emanação de uma normativa nacional de tutela dos dados pessoais, veio somente em 1º de julho de 1998, depois da aprovação da Lei nº 675/1996), do protocolo de adesão do Governo Italiano ao acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, relativo à criação de um espaço comum de livre circulação de pessoas e mercadorias e, ainda, com a progressiva supressão das fronteiras (quanto à sua ratificação e execução, conferir a Lei nº 388/1993; o acordo, prevendo a instituição de um sistema automatizado para a elaboração dos dados – o assim chamado Sistema de Informação Schengen –, a criação de uma autoridade de controle comum, composta dos representantes dos países aderentes, e a instituição de arquivos nacionais submetidos à vigilância da parte das autoridades nacionais competentes, tornava necessária uma normatização e um aparato institucional previsto pela Lei nº 675/1996), da convenção baseada no art. 31 do Tratado sobre a União Europeia, que institui o Departamento Europeu de Polícia – Europol, estipulada em Bruxelas em 26 de julho de 1995 (quanto à sua ratificação e execução, conferir a Lei nº 93/1998; também tal disciplina prevê uma autoridade de controle comum, na qual internamente age um “comitê para recursos” dotado de poderes decisórios sobre recursos apresentados pelos cidadãos europeus em relação à tutela dos seus direitos eventualmente violados com o tratamento dos dados exercido pela Europol), da Convenção sobre o uso da informática no setor alfandegário (quanto à sua ratificação, conferir as Leis nºs 291 e 292/1998) e, em fim, mas não por último, a Diretiva nº 95/46/CE, que determinou a harmonização das legislações nacionais com o fim de tutelar a vida privada das pessoas, prescindindo de uma eventual relação contratual, de trabalho, ou de consumo, e da Diretiva nº 2002/58/CE, sobre o tema do tratamento dos dados pessoais e a tutela da vida privada no setor das comunicações eletrônicas (sobre

a progressiva adoção das referidas diretivas, iniciada com a Lei nº 675/1996, verificar os decretos legislativos previstas da contemporânea Lei nº 676/1996 e da lei comunitária para 1998, Lei nº 25/1999, o art. 26 da lei comunitária para 2003, Lei nº 14/2003, e, em muitos pontos, o já citado Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais, nº 196/2003, e o anteriormente citado Código das Comunicações Eletrônicas nº 259/2003, Não entendi. (cortar o vice-versa); o Parlamento Europeu recentemente vetou uma proposta da Comissão em matéria de conservação dos dados relativos às transmissões telefônicas e telemáticas, porque entendia lesiva aos direitos fundamentais).

Dos complexos acontecimentos representados pela evolução normativa do setor da proteção dos dados pessoais, vêm sinalizados ao menos os seguintes fenômenos: a presença de numerosas inovações, também mediante decretos legislativos “corretivos”, que modificaram em muitos pontos o regime inicialmente disposto pela Lei nº 675/1996 e que testemunham, por outro lado, a substancial “desparlamentarização” da regulamentação neste delicado âmbito da vida individual e coletiva; a atribuição de amplos poderes de decisão conjunta (também de relevância normativa) à nova autoridade independente constituída propositalmente para vigiar a correção das atividades relativas ao tratamento dos dados: o Garante para a proteção dos dados pessoais; e a previsão da utilização concorrente dos códigos deontológicos e de “boa conduta”, elaborados pelas próprias categorias de sujeitos diretamente operadores no setor de tratamento dos dados, e dos quais é dúbia a mesma qualificação de fontes normativas (sobre este aspecto se remete, entre outros, a U. de Siervo, G. Busia, A. Simoncini e V. Zeno-Zencovich). Tudo isso não contribuiu presumivelmente a conferir a este inovativo perfil de tutela da privacidade aquela imediata força de contundência sobre os comportamentos individuais e coletivos a qual talvez fosse lícito esperar: ativou-se um articulado mecanismo de proteções jurídicas destinado a agir em sentido não sempre expansivo, às vezes com base na busca de um consenso mais amplo, outras vezes subordinado a exigências de sentido oposto e de caráter sobretudo contingente. A adoção do referido Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais parecia representar um instrumento útil não somente para trazer a indispensável sistematização e necessária univocidade ao interno de uma disciplina que apresentava cada vez fracionada e de não fácil decifração, mas sobretudo para conferir unidade de implantação e ao mesmo tempo de endereço. Todavia, a complexidade da disciplina das comunicações e o emaranhado de normativas setoriais (também de proveniência comunitária) induzem a acreditar que as formas de proteção das esferas de privacidade

permanecem até agora fracionadas e, por assim dizer, “difusas” em uma pluralidade de âmbitos no ordenamento, alguns conexos, por sua vez, a distintos perfis de relevância constitucional.

Pode também lembrar-se que a originária e genérica definição da nova autoridade independente era aquela de “Garante da proteção dos dados” (assim é primeira formulação prescrita pelo art. 30 da Lei nº 675/1996), relembando assim aquela marca que era a base das primeiras normas estrangeiras em matéria de tutela dos dados no âmbito informático e nos processos automatizados (assim chamados “*Datenschutz*”), mas que em realidade não encontravam correspondência na estrutura mais analítica e sobretudo mais valorativamente caracterizada, que, por outro lado, era facilmente perceptível na leitura da disciplina introduzida com a lei italiana. Pouco depois, com o art. 3º, § 1º, do Decreto Legislativo nº 123, de 9 de maio de 1997, a autoridade assumiu a denominação mais completa e específica, qual seja, “Garante para a proteção dos dados pessoais”, marcando-se, assim, também a intrínseca conexão entre esta instituição pública e a garantia nas esferas da informação que possuem caráter pessoal e, portanto, reservadas, sobretudo em virtude dos princípios constitucionais relativos à proteção das esferas do sigilo e dos direitos de identidade pessoal; com essa denominação, veda-se, assim, a rubrica do *caput*, I, do Título II da Parte III do código adotado com o Decreto Legislativo nº 196/2003 (cfr., *infra*, § 2º).

### **1.3 A PRIVACIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE COLOCAM A PESSOA NO CENTRO DO ORDENAMENTO**

Bem visto, a manter esfumados os contornos das noções aqui em exame, contribuiu o próprio constituinte: a falta de uma específica disposição constitucional em matéria de privacidade conduziu os intérpretes a se interrogarem sobre a possibilidade jurídica de utilização dos princípios postos à base do ordenamento republicano da Constituição de 1948 em função integrativa ou até mesmo supletiva em relação ao fragmentado quadro normativo oferecido pela legislação vigente. Mais exatamente, buscou-se recorrer àqueles princípios de importância constitucional que, colocando o pleno desenvolvimento da pessoa humana no centro dos fins que devem ser perseguidos dos poderes públicos e reconhecendo – e no mesmo tempo garantindo – os direitos invioláveis do homem, podem consentir uma leitura favoravelmente sistemática das disposições constitucionais que, mais ou menos diretamente, aparecem colegadas à tutela da esfera da privacidade.

Trata-se, em primeiro lugar, das disposições que garantem, em modo inequívoco, específicas esferas de liberdade pessoal – entendidas não somente do ponto de vista estritamente físico-material, mas também como liberdade moral (art. 13) –, a inviolabilidade do domicílio (art. 14) e a inviolabilidade da liberdade e do sigilo das comunicações (art. 15), aquelas esferas que individualizam situações jurídicas subjetivas de vantagem que são primárias e fundamentais especificações do princípio personalista colocado no art. 2º (cfr. P. Barile; E. Cheli). Em segundo lugar, podem ser utilmente recordados os outros casos nos quais a Constituição faz expressa referência a situações, relações ou âmbitos de atividades humanas juridicamente protegidas de interferências externas; percebem-se, em particular, o direito ao exercício do culto privado religioso (art. 19), o direito ao nome (art. 22), a inviolabilidade do direito de defesa (art. 24), o direito da família como sociedade natural (arts. 29 e seguintes) e o respeito à pessoa humana na submissão a tratamentos sanitários obrigatórios (art. 32). Qualquer dificuldade, ao revés, encontra-se onde se compreenda utilizar aos fins da tutela da privacidade aquelas disposições constitucionais que garantem esferas de liberdade exercitáveis também no interior de âmbitos objetivamente delimitados ou delimitáveis; pode-se ainda referir, por exemplo, aos direitos de iniciativa econômica (art. 41), ou, ainda de forma mais geral, àqueles associativos (art. 18) (sobre este último aspecto, remete-se a A. Cerri). Nestes casos, a esfera privada poderia se dizer protegida na medida em que aos fatos ali desenvolvidos fossem aplicadas as garantias postas pela Constituição quanto à tutela dos referidos âmbitos privados (por exemplo, com base no art. 14 ou no art. 15).

Com este propósito, corretamente se destacou que, se a Constituição quer que certos predeterminados âmbitos da vida humana (pessoal, domiciliar, comunicativo, familiar, etc.) sejam protegidos de indevidas interferências e que certos sinais distintivos (em primeiro lugar, e por todos, aqueles identificáveis em qualquer indivíduo) não podem ser indevidamente subtraídos do legítimo titular, deve deduzir-se que “existem atos, comportamentos, expressões do pensamento tão estreitamente pertinentes à pessoa que o livre desenvolvimento dessa ou a sua liberdade moral – também essa tutelada pelo art. 13 – não podem se afirmar como asseguradas se outros podem, sem o seu consentimento, delas tomar conhecimento ou divulgá-las” (nesse sentido, M. Mazziotti di Celso). Com esses fundamentos, portanto, justificam-se as disposições legislativas que garantem algumas formas de segredo, isto é, incidindo sobre a possibilidade de acessar diretamente a determinadas fontes de informação, acabam por limitar

diretamente ou indiretamente a liberdade de manifestação de pensamento, especificamente quanto à tutela da privacidade alheia ou de sua intimidade (sobre a distinção entre limites diretos ou indiretos sobre a liberdade de manifestação do pensamento, v. A. Pace).

Quanto ao segredo, vejam-se os arts. 621 e 623 do Código Penal, em que se proíbe a revelação, respectivamente, de atos ou de documentos de outra pessoa, cujo conteúdo deva manter-se em segredo, e de informações destinadas a ficarem secretas, sobre descobertas e invenções científicas ou de aplicação industrial, e o art. 622, relativo ao segredo profissional sobre informações obtidas em razão desse estado, ofício, profissão ou arte, e revelados sem uma justa causa. Ademais, na esfera da privacidade, é neste ponto colegado também o segredo de profissão – cuja violação é penalizada pelo art. 326 do Código Penal – na vigente disciplina estabelecida pelo art. 15 do Decreto do Presidente da República nº 3, de 10 de janeiro de 1957, com sua modificação pelo art. 28 da Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, que prevê que o segredo de profissão pode ser aplicável à Administração Pública “fora das hipóteses e das modalidades previstas pelas normas de direito de acesso à informação”; em particular, o art. 24 desta última lei dispõe que o direito de acesso preclui para os “documentos cobertos pelo segredo de Estado [...] não somente nos casos de segredo ou proibição de divulgação previstos pelo ordenamento” como também em relação ao fim de “salvaguardar [...] a privacidade de terceiros, pessoas, grupos e empresas” (sobre o segredo de Estado, v. a Lei nº 801, de 24 de outubro de 1977, e as inovações introduzidas pela citada Lei nº 155/2005) (sobre estes perfis, cfr. recentemente A. Simonati). Vejam-se depois os arts. 114, 329 e 470 do Código de Processo Penal, que preveem limites para a publicação dos atos judiciais, não somente como garantia à exigência de realizar a justiça, mas também destinados à proteção da privacidade. Sobre as proibições legislativas de acesso a determinadas fontes de informação e, portanto, somente indiretamente incidente sobre a liberdade de manifestação do pensamento, cfr. o art. 615 do Código Penal, relativo à gravação de imagens ou sons da vida privadas dos outros efetuada indevidamente no domicílio dos outros – previsão que encontra justificação e fundamento também no art. 14 da Constituição –, no art. 616 do Código Penal, relativo ao conhecimento indevido da correspondência dirigida à outra pessoa, no art. 617 do Código Penal, relativo ao conhecimento ilícito de comunicações ou conversações telegráficas ou telefônicas, ou, ainda, no art. 617-*quarter* do Código Penal, relativo à interceptação ilícita de comunicações informáticas ou telemáticas. Sobre as proibições legislativas diretamente incidentes sobre a difusão de informações, cfr., por exemplo, o art.

618 do Código Penal, concernente à revelação sem justa causa do conteúdo de correspondência da qual se tenha tido conhecimento de maneira abusiva. Em todos estes últimos casos, o fato típico legislativo se liga à proteção das esferas do sigilo relativo à correspondência *ex art. 15 da Constituição* (cfr. *amplius* § 5º). Na doutrina, de resto, existe quem prefira não distinguir entre segredo e privacidade, considerando ambas expressões de exclusividade de conhecimento (cfr. G. Grisolia, rebatendo a tese de S. Pugliatti e A. de Cupis sobre a diferença de grau das duas figuras jurídicas). Veja-se, enfim, a articulada disciplina relativa ao tratamento e a difusão de dados sensíveis – e, em particular modo, relativos ao estado de saúde e à vida sexual – e daqueles submetidos aos sujeitos públicos, estabelecida ora pelo art. 22 do anteriormente citado Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais (Decreto Legislativo nº 196/2003).

Se é, portanto, verdade que este desenvolvimento exegético conseguiu êxitos conclusivamente úteis à afirmação da complexa relevância constitucional dos instrumentos jurídicos positivamente postos à tutela da privacidade, trata-se de soluções abertas ao reconhecimento da intrínseca pluralidade das instâncias propriamente constitucionais que podem ser colocadas como fundamento da mesma proteção da privacidade e, portanto, suscetível de flexíveis aplicações e interpretações, sobretudo quando se deva confrontar as específicas disposições legislativas com outros parâmetros ou interesses constitucionais que podem permitir a incidência sobre a mesma tutela da privacidade, quais sejam, por exemplo, aqueles relativos à própria liberdade de manifestação do pensamento (art. 21), ao bom andamento da Administração Pública (art. 97), aos bons costumes, à ordem pública e assim por diante. Em outros termos, a derivação apenas sistemática e indireta da tutela constitucional das esferas da privacidade não podem acentuar as dificuldades que normalmente se encontram em sede de ponderação entre interesses constitucionais potencialmente conflitantes (sobre esta atividade de ponderação na jurisprudência constitucional, cfr. §§ 3º e 5.2).

Bem diversamente, a proteção da privacidade, não apenas em relação à correspondência, mas também nos seus essenciais aspectos de garantia da vida privada e familiar em relação a ilícitos ou indevidas interferências externas, é prevista em numerosas cartas constitucionais estrangeiras. Limitando-se aos países que pertencem à União Europeia, explícitas referências à proteção das esferas privadas ou íntimas se encontram nas constituições da Espanha (cfr. art. 20.4, sobre o direito à intimidade), de Portugal (cfr. art. 34, sobre a inviolabilidade da habitação e da *privacy* da correspondência e de qualquer outro meio de comunicação privada), da Holanda (cfr. art. 10, sobre o direito ao respeito à

*privacy*), da Grécia (cfr. art. 9º, sobre a inviolabilidade da vida privada e familiar), de Chipre (cfr. art. 15, sobre o respeito à vida privada e à familiar e as condições que justificam às suas limitações), da Finlândia (cfr. art. 10, sobre o direito ao respeito da vida privada), de Malta (cfr. art. 32, sobre o direito ao respeito da vida privada e familiar), da Polônia (cfr. art. 49, sobre a garantia de liberdade e da *privacy* das comunicações, e art. 76, que impõem às autoridades públicas o dever de proteger os consumidores, os trabalhadores, os submetidos a atividades lesivas, entre outros, a esfera de privacidade destes últimos), e da Romênia (cfr. art. 26, sobre o respeito à vida íntima, familiar e privada), da Eslováquia (cfr. art. 16, sobre a inviolabilidade da *privacy*), da Letônia (cfr. art. 96, sobre a inviolabilidade da vida privada). Ademais, específicas referências à proteção dos dados pessoais, e, portanto, na ótica que a problemática em questão assumiu mais recentemente, encontram-se nos textos fundamentais da Alemanha (cfr. art. 87.1, sobre a coleta de dados com o fim de defesa da Constituição alemã para opor-se à atividade violenta ou ilegal), da Grécia (cfr. art. 9º-*bis*, sobre o direito a ser protegido em relação às atividades de coleta, tratamento e utilização de dados pessoais e sobre a atribuição a uma autoridade independente da função de proteção dos dados pessoais), de Portugal (cfr. art. 35, sobre o direito de todos os cidadãos acessarem os dados automatizados que lhe dizem respeito, o direito de ser informado sobre o seu uso, de corrigir os dados e de atualizá-los, os limites aos processos de tratamento de dados, a disciplina de bancos de dados, a proibição de identificar os cidadãos mediante números de identificação nacional com pluralidade de fins, a reserva legal em relação à transferência de dados ao exterior), da Holanda (cfr. art. 10, sobre o direito de cada indivíduo ser informado sobre dados registrados que lhe dizem respeito e sobre o uso destes dados e de corrigi-los), da Suécia (cfr. art. 2º do Capítulo II, sobre a proteção dos cidadãos contra lesões à sua integridade pessoal resultante do registro de informações que lhe dizem respeito mediante instrumentos eletrônicos de tratamento de dados), da Polônia, (cfr. art. 51, sobre os limites postos às autoridades públicas na coleta e aquisição de informações sobre os cidadãos, e o direito de cada cidadão de não fornecer informações pessoais se não nos casos previstos em lei, de acessar os dados que lhe dizem respeito, de pedir o seu cancelamento ou a correção de dados falsos, incompletos ou coletados sob violação da lei). Estes exemplos induzem a compreender oportuno, se não ao mais necessário, uma atualização do nosso Texto Constitucional para responder a uma questão de todo crucial aos fins da efetiva garantia do livre desenvolvimento da personalidade que é base dos direitos invioláveis do homem. Em um modo pelo qual se difunde a

“nova leveza e fluidez de um poder sempre com mais mobilidade, escorregadio, mutável, evasivo” e diante do qual se manifesta “a fragilidade, a frieza, a inconsistência e a provisoriedade dos laços e das redes de interação humana” (assim nas palavras de Z. Bauman, *A modernidade líquida*), a proteção das esferas da privacidade constituem um baluarte a ser reforçado também em nível constitucional porque ela representa uma premissa indispensável para manter viva não somente todas as liberdades individuais e coletivas, mas também, e ao mesmo tempo, o verdadeiro espírito democrático do ordenamento.

#### 1.4 A PRIVACIDADE NA MUDANÇA DOS PERFIS ÉTICO-POLÍTICOS

Por outro lado, isto é, aquilo que anteriormente se indicou sinteticamente como ético-político, é claro que não se pode não historicizar o problema da privacidade, o qual exprime presumivelmente em seu fundamento uma exigência considerada até mesmo como biológica do homem – aquela de fruir a possibilidade de isolamento, seja material ou psicológico, da coletividade (cfr. A. F. Westin citado por A. Cerri), e, portanto, de gozar de espaços de liberdade protegidos da ingerência alheia –, dispõe-se diversamente conforme o contexto social no qual os indivíduos se colocam e a posição de qualquer um concretamente assumida no âmbito da coletividade (assim, entre outros, manifesta-se A. Cataudella, distinguindo-se das impositões que ligam o foro da privacidade somente a certos tipos de sociedades ou de determinadas classes; cfr. por exemplo, S. Rodotà).

Portanto, devemos nos ocupar da privacidade na sociedade em que vivemos e operamos e não somente ocorre levar em consideração a cada vez mais veloz mudança – e conseqüente enriquecimento – das formas de agressão da esfera da privacidade que são colocadas à disposição pelas inovações tecnológico-científicas especialmente no setor da comunicação, mas é necessário também considerar o constante modificar-se das disposições ideais, morais e culturais nos confrontos da definição das fronteiras daquele que deve ser juridicamente tutelado como espaço reservado e, portanto, excluído e subtraído da curiosidade dos outros (sobre a relação entre concessões morais e demanda de tutela jurídica na presente “forma de vida comunicativa”, se remete por todos a J. Habermas). A afirmação – quase em via de assimilação pelos próprios ordenamentos estrangeiros em que a temática da privacidade se afirmou originariamente sobre a base de impositões culturais e disposições éticas sobretudo diversas das nossas (basta, a tal propósito, fazer um aceno ao puritanismo difundido no mundo anglo-saxão) – de conotações sociais fundadas sobre o enfraquecimento

da identidade individual em relação a modelos ou estilos de vida cada vez mais homogêneos e despersonalizados, geralmente inspirados na velocidade dos gestos e dos comportamentos mais do que em um aprofundamento consciente e racional dos seus significados, conduziu a uma instauração de relações interpessoais fortemente permeáveis e por isso capazes de maior invasibilidade da privacidade dos outros, mas ao mesmo tempo superficiais e frias e, logo, tidas como menos perigosas em relação à necessária proteção da própria dimensão “privada” (sobre este ponto ver as reflexos de A. Cerri).

Em síntese, com o crescer das possibilidades materiais de interferir na esfera privada dos indivíduos, sobreveio uma correspondente demanda difusa de mais efetiva tutela – também jurídica – dos espaços de liberdade individual de indevidas interferências externas (e provenientes sobretudo, mas não somente, das autoridades públicas) no aspecto comunicativo (sobre este ponto, cfr. P. Ridola), mas, ao mesmo tempo, chegou-se, se não a uma aceitação tendenciosa de um complexo recuo na linha das fronteiras entre o âmbito exclusivamente privado e aquele disponível ao conhecimento público, quanto menos à cada vez maior permeação das esferas comunicativas privada e pública (se o primeiro fenômeno é presumivelmente suscetível de juízos subjetivos e logo discricionários, o segundo é suficientemente demonstrado com a difusão das teorias da interpretação e do agir comunicativo, para as quais se remete ainda a J. Habermas).

Não por acaso, agora, segundo uma doutrina que na Itália se exercitou sobre o tema (vejam-se as contribuições de G. Busia e de A. Simonati) depois da entrada em vigor da legislação sobre a proteção dos dados pessoais (da Lei nº 675/1996 e seguintes), o núcleo da privacidade estaria entendido como substancialmente coincidente com o controle sobre a circulação dos dados informáticos ligados aos indivíduos e às suas atividades, e, portanto, seria juridicamente traduzido, por exatidão, no direito a acessar as informações que nos dizem respeito “para controlar a exatidão, para corrigir eventuais erros e, sobretudo, para supervisionar e dirigir a sua utilização ao longo do tempo” (assim G. Busia). Mas ao nosso entender é claro que, aceitando-se uma leitura interpretativa das instâncias ético-políticas atualmente prevalentes, a tutela da privacidade, do ponto de vista jurídico, acabaria por concentrar-se sobre a correção dos procedimentos de localização e de utilização dos dados informativos observados na sua objetividade, vindo-se, assim, a descuidar da importância qualitativa que pode ser fornecida do cânone do recato, que é entendido como expressão da exigência de se subtrair qualquer coisa pessoal da

curiosidade dos outros, até mesmo além da proteção, sobre a base do conceito de *privacy*, das informações que nos dizem respeito, dos perfis ligados à saúde, àqueles concernentes às opiniões políticas, de crença religiosa professada até a participação em grupos ou associações. Não se pode negar, por outro lado, que a impositação anteriormente lembrada, exatamente no que liga estreitamente a proteção dos dados pessoais e a esfera da privacidade, consente a esta última assumir uma dimensão propriamente social, ficando, assim, uma fonte de pluralidade de instrumentos indispensáveis para garantir a qualquer indivíduo a efetiva liberdade de decidir e de cumprir com plena autonomia as suas próprias escolhas, sem condicionamentos ou discriminações ligadas às informações e, portanto, a uma imagem que os outros têm do próprio indivíduo (cfr. S. Rodotà).

Consequentemente, é razoável sustentar que a tutela da privacidade, alargando-se à amplíssima e indeterminada atividade de colheita e tratamento dos dados informativos de caráter pessoal, pode vir a conter também o direito à autodeterminação informativa, talvez também porque se seja muito consciente de que os muros da proteção doméstica não possam mais oferecer uma proteção suficiente às ingerências e às indiscrições externas e, portanto, não podem constituir em auxílio indispensável à própria identificação da noção de privacidade. Do ponto de vista do interesse protegido, porém, é relevante que a garantia realmente concedida pelo ordenamento possa tender a destacar-se da defesa dos interesses de cada indivíduo à manutenção do sigilo dos próprios fatos pessoais; e isso se pode verificar sobretudo quando o valor primariamente em jogo se transforma naquele expresso no dado informativo em si e por si, o melhor conectado à disponibilidade do próprio dado pessoal a ser objeto passivo da atividade de coleta e tratamento dirigidos por terceiros (por exemplo, para finalidades econômicas). Com tal propósito, não se pode esconder que também os termos utilizados até agora pela normativa – por exemplo, “coleta”, “tratamento”, “perfil de autorização” – sugerem frios, mecânicos e quase impalpáveis processos de revelação e de acréscimo de informações, mais que uma atividade diretamente incidente sobre princípios e valores propriamente conexos à tutela da pessoa humana. O que se evita, então, é o enfraquecimento da tutela dos interesses ligados diretamente à pessoa humana e às suas esferas de sigilo constitucionalmente garantidas: a proteção destes interesses devem sempre prevalecer sobre a tarefa dedicada à mera função de controle da correta gestão – presente e futura – dos próprios dados. Esta disposição, que já foi notada, em particular, na análise da disciplina penal relativa aos atos lesivos à *privacy* (S. Fiore), parece encontrar eco nos códigos em matéria de proteção de dados

personais, em que, talvez com excessiva ênfase, afirma-se que “o tratamento dos dados pessoais é disciplinado assegurando um elevado nível de tutela dos direitos e das liberdades” fundamentais (entre as quais ressoa fortemente a privacidade) “no respeito dos princípios de simplificação, harmonização e eficácia das modalidades previstas para o seu exercício por parte dos interessados, como também para o cumprimento das obrigações por parte dos titulares do tratamento” (art. 2º, § 2º, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Em nosso entendimento, isso significa somente que, na execução das disposições contidas no código e, portanto, nas múltiplas atividades de atuação concreta das formas de garantias nele predispostas, é necessário ter em consideração e ponderar razoavelmente as exigências de simplificação, harmonização e eficácia dos procedimentos de tratamento dos dados pessoais. Então, uma leitura constitucionalmente correta impede que tais exigências possam superar a tutela de instâncias constitucionalmente protegidas, entre as quais a dignidade da pessoa humana e a privacidade. Que nesse sentido possa ser interpretada a *ratio legis* na qual se baseia o código em questão, resulta confirmado que, entre outros, prescreve-se o princípio da necessidade – que impõe de reduzir ao mínimo a utilização dos dados pessoais e de dados de identificativos, até mesmo excluindo-se a sua utilização quando se possam utilizar dados anônimos ou outras modalidades que consintam a identificação do interessado somente em caso de necessidade (cfr. art. 3º do Decreto Legislativo nº 196/2003) –, ou, ainda, preveja-se a predisposição dessas medidas e engenhos quando o tratamento dos dados (diversos daqueles sensíveis e judicializados, para os quais existe já uma disciplina peculiar) “apresenta riscos específicos para os direitos e as liberdades fundamentais, como também para a dignidade do interessado” (cfr. art. 17 do Decreto Legislativo nº 196/2003).

### **1.5 UM DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE OU UMA PLURALIDADE DE DIREITOS DA PRIVACIDADE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS?**

Então qual é o significado que hoje é reconhecido do ponto de vista constitucional à proteção da privacidade? Admite-se a existência de um direito constitucional à privacidade, ainda que fracionado nas específicas garantias postas à tutela dos múltiplos âmbitos de intimidade e privacidade constitucionalmente previstos, ou, ainda, podendo-se admitir a impossibilidade de uma reconstrução unitária, se seria possível traçar comuns fundamentos constitucionais aos direitos da privacidade disciplinados em sede legislativa? Quem ingenuamente

constata que a Constituição de 1948 nada diz expressamente sobre a proteção da privacidade poderia compreender como estranho tal questionamento a respeito do ordenamento constitucional. Por outro lado, se a posição central atribuída pela Constituição à pessoa humana – e à tutela de sua dignidade isonômica – no quadro dos princípios fundamentais resultantes em particular dos arts. 2º e 3º consente de colocar uma marca definitivamente sobre a proteção dos direitos individuais internamente ao ordenamento e, portanto, também abre a estrada para o reconhecimento – primeiro somente por parte da doutrina mais iluminada e depois com a sustentação concreta da jurisprudência constitucional (cfr. § 3º) – de múltiplas situações juridicamente protegidas em nome de motivações variadas que afluem ao amplo leito da privacidade, é na própria Constituição que são encontradas as razões que podem reconduzir a um sistema quanto às formas de proteção da privacidade positivamente vigentes.

Neste sentido, vale lembrar que, seja em razão da supremacia da Constituição que irradia os seus princípios axiologicamente fundamentais em toda operação do direito vigente (cfr., por todos, F. Modugno; sobre o peculiar significado expansivo dos valores constitucionais, se remete a R. Nania), seja pela imediata vigência de todas as disposições constitucionais – ainda daquelas tidas inicialmente como meramente programáticas pela jurisprudência da legitimidade, logo desmentida pela Corte Constitucional na sua primeira sentença histórica de 1956 –, já facilitaram a busca e o encontro de tais referências constitucionais à tutela da privacidade no emaranhado normativo vigente no momento de entrada em vigor da Constituição. Sobre tais referências é presumivelmente discutível a idoneidade de um desenho completo de um verdadeiro e próprio direito constitucional de (ou à) privacidade, dotado de um conteúdo jurídico claramente distinguível das específicas formas de garantias constitucionalmente voltadas à tutela da esfera privada e íntima; esses, todavia, permanecem pontos imutáveis no processo de identificação da importância jurídico-constitucional das instâncias e interesses ligados à esfera da privacidade.

A tal propósito, disse-se que o direito à privacidade assumiria metaforicamente o papel de um prisma pelo qual seria possível derivar a própria imagem da sociedade, que, havendo advertido sobre tal necessidade, acabou assim por reclamar a tutela e sucessivamente forjou as formas (Busia). Esta interpretação parece ligada a uma visão, por assim dizer, progressiva da privacidade e das formas conexas de tutela jurídica, visão essa que acaba – com algum inevitável forçamento – por premiar, do ponto de vista dogmático, as mais recentes instrumentações elaboradas na via legislativa, aquelas extremamente

ligadas à lembrada disciplina do tratamento dos dados pessoais e à instituição do “Garante para a proteção dos dados pessoais”, cujas funções são disciplinadas pelo arts. 30 e seguintes da Lei nº 275/1996.

Diversamente, notou-se que a privacidade se apresenta em realidade por meio de uma “constelação de direitos” (Modugno), distintos estruturalmente e formalmente, mas unidos por uma mesma raiz ideal de importância constitucional: a rejeição de intromissões que o ordenamento não consente naquela esfera que é juridicamente “reconhecida como própria da pessoa e da sua espontaneidade social” de caráter pessoal (Cerri), ou seja, daquela esfera na qual se podem fazer reentrar as múltiplas situações de interação social nas quais deve se reconhecer ao indivíduo a pretensão constitucionalmente relevante de manter um âmbito de si mesmo protegido da indiscrição dos outros e da publicidade.

O ponto de partida de uma análise global da proteção da privacidade em nosso ordenamento constitucional, portanto, não pode ser outro que não aquele de reconhecer a intrínseca pluralidade de conteúdo da noção em objeto, o que não significa renúncia à individuação de linhas constitucionais que caracterizam na essência o sentido e o alcance jurídico, aparecendo, ao contrário, o reflexo da inevitável constatação da multiplicidade das garantias constitucionais postas à tutela das diversas formas de proteção jurídica atualmente oferecidas do vigente ordenamento no tema da privacidade. Não se trata, então, de construir uma abstrata ordem dogmática entre as noções em exame (privacidade, *privacy*, direitos à autodeterminação informativa, dignidade social, direitos invioláveis, etc.), mas sim de definir os quadros de princípios e de interesses de importância constitucional entre os quais colocar a disciplina normativa vigente globalmente dirigida a proteger o indivíduo contra indevidas indiscrições externas.

## **1.6 A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE EM ALGUMAS SIGNIFICATIVAS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS**

De resto, uma leitura interpretativa assim feita não parece diversa daquelas normalmente utilizadas no exame das experiências estrangeiras, ainda naquelas em que há mais longo tempo a privacidade – conforme seja denominada e entendida – constitui patrimônio das garantias jurídicas oferecidas aos componentes do grupo social. É notório, de fato, que, desde o século XIX, a tutela da vida privada, nas diversas acepções nas quais estiveram atribuídas a tal objeto de proteção jurídica, fosse já realidade em outros ordenamentos estrangeiros, sobretudo no mundo anglo-saxão, seja na experiência inglesa, seja na estadunidense. No primeiro caso, é de todo óbvio colocar em evidência que

a falta de uma carta constitucional induz – poderia-se dizer por necessidade – a fracionar a busca jurídica da “privacidade” no exame dos múltiplos remédios oferecidos pelo ordenamento da *common law* (portanto, pela via jurisprudencial) à tutela das específicas manifestações da vida privada.

Entre as formas de proteção oferecidas pela via jurisprudencial pode ser lembrada a regra do *breach of confidence*, que, relativamente ao uso não autorizado de informações obtidas em via confidencial, mas sobre as quais existe uma obrigação de sigilo, nasce coincidentemente com a tutela judicial de caráter inibitório oferecida ao Príncipe Albert, marido da Rainha Vitória, contra o editor que pretendia publicar cópias não autorizadas de alguns quadros encomendados pelo Príncipe nos quais figuravam os componentes da família real e outros objetos de interesse pessoal deste último. Veja-se também a regra do *breach of copyright*, no que concerne à atividade de publicação sem o consentimento do titular dos relativos direitos, que vem confirmada no século XVIII em relação à publicação de qualquer carta sem a autorização do autor e desconhecimento do destinatário. Mais ligada com o direito à propriedade parece a regra do *trespass*, no que diz respeito à aquisição de informações sobre a vida privada dos outros mediante a invasão ou a violação dos direitos alheios (aqueles de propriedade). Sempre conexos a atos invasivos de natureza física, são a *nuisance* e a *defamation*, que dizem respeito a atos turbativos mediante emissão física, ou ainda na esfera da propriedade privada mediante trotes telefônicos, ou também outras atividades que gerem o sofrimento alheio (para mais amplas referências, cfr. A. Cerri).

Também nos Estados Unidos, conforme o nosso ordenamento – mas diferentemente das recentes constituições, como, por exemplo, a portuguesa –, nota-se a ausência de disposições constitucionais expressamente dirigidas a tutelar a *privacy*, originariamente afirmada pela doutrina na forma primordial “*a right to be let alone*”, direito fundado não somente na concessão prioritária dos bens ligados à personalidade, como também na tutela da “*inviolable personality*” (cfr. o famoso ensaio de S. D. Warren e L. D. Brandeis). Isso leva a individualizar na interpretação jurisprudencial – feita sobretudo pela Suprema Corte – as garantias oferecidas por numerosas emendas à Constituição norte-americana (sobretudo dos arts. 1º, 4º, 5º, 9º e 14), em um feixe de direitos não reconduzíveis a uma unidade ainda que somente sistêmica (cfr. A. Baldassarre e A. Pace). Podem ser lembrados, a título de exemplo, o direito de não escutar e de não olhar, como ainda o direito de silêncio, o qual pode ser ligado ao direito de não se autoincriminar e aquele também muito importante de não fornecer provas de ônus próprio; também, ainda, em virtude da individualização de uma

esfera intangível e não coercitiva de liberdade-autonomia dos indivíduos (e das formações sociais), o direito de ser protegido seja das indiscrições jornalísticas, seja das restrições provenientes dos poderes públicos e privados, também no campo da coleta das informações e da sua gestão nos assim chamados bancos de dados (cfr. A. Cerri).

Parece, portanto, necessário relevar, levando-se em consideração as mais recentes inovações legislativas; de um lado, o tema das relações entre a Constituição e a proteção da privacidade com o fim de delimitar mais precisamente a importância constitucional desta última no presente ordenamento (cfr. § 2º), de outro lado, determinar o conteúdo que as garantias jurídicas constitucionalmente previstas em favor da privacidade assumiram efetivamente na jurisprudência constitucional (cfr. especificamente §§ 3º e 5.2).

## **2 A RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE NAS REFLEXÕES DA DOUTRINA**

### **2.1 CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA: UM CÍRCULO VIRTUOSO E AO MESMO TEMPO PROBLEMÁTICO**

Geralmente nas reflexões da doutrina que se ocupam da análise da importância constitucional da proteção da privacidade, a legislação ordinária e as garantias constitucionais desenvolvem uma espécie de círculo virtuoso pelo qual se fundaram e delimitaram constitucionalmente as diferentes e múltiplas formas de proteção da privacidade entendidas como positivamente vigentes. Isso ocorreu primeiramente pela utilização e reinterpretação em sentidos extensivo, evolutivo e sistemático das específicas garantias oferecidas pelas disposições constitucionais que tutelam mais ou menos diretamente os âmbitos, as atividades e, em última análise, os assim chamados bens da vida de caráter pessoal ou privado: porque, em razão das garantias dispostas na Constituição, algumas esferas de interesse individual são constitucionalmente destinadas à exclusiva disponibilidade de qualquer sujeito – e em particular podem ser lembradas as já citadas esferas físico-moral, domiciliar e comunicativa respectivamente com base nos arts. 13, 14 e 15 da Constituição –, as quais são tidas como dotadas de um tipo de imunidade constitucionalmente protegida da ingerências indevidas pela curiosidade alheia em relação à aquisição de informações que não sejam autorizadas (explicitamente ou não) do titular e ainda não seja suficientemente justificada da correlação com outros e diversos interesses de importância constitucional.

Paralelamente, as disposições legislativas ligadas à proteção das esferas da privacidade constitucionalmente protegidas são lidas e interpretadas como instrumentos de aplicação e de atuação das garantias constitucionais já oportunamente revisitadas. Definitivamente, a ação da doutrina se é dirigida à utilização de interconexões possíveis e recíprocas entre as disposições constitucionais e a legislação ordinária, com o fim de contribuir ativamente a um complexo processo de adequação do ordenamento em favor da predisposição de formas de tutela jurídica e constitucionalmente garantidas da privacidade. Ainda que sobrem dúvidas e obstáculos, o reconhecimento de uma generalizada tutela da privacidade, constitucionalmente assegurada, parece já um patrimônio difundido (nesse sentido, M. Mazziotti di Celso; G. M. Salerno e A. Cataudella).

Todavia, o círculo virtuoso que se criou entre a Constituição e a legislação ordinária deve necessariamente confrontar-se com a copresença, no interno do Texto Constitucional, de outros interesses que se colocam como potencialmente conflitantes com as esferas reservada e da intimidade colocadas na base da privacidade. De fato, se as disposições constitucionais referidas, aquelas que garantem a inviolabilidade do domicílio (art. 14), a inviolabilidade da liberdade pessoal (art. 13) e a liberdade e o sigilo da correspondência (art. 15), podem, de maneira ágil, proteger contra atos de indevida coleta de informações relativas à vida pessoal, elas não têm igual eficácia quando se trata de atividades de difusão das próprias informações, que, além disso, seriam protegidas também para liberdade de manifestação do pensamento (art. 21). Todavia, como é correto afirmar, esta última compreende na sua face negativa também a liberdade de não tornar público o “próprio pensamento”, isso significa dizer que a Constituição tutela seja o direito de calar (assim, C. Esposito), seja o direito de limitar a difusão do próprio pensamento somente a algumas pessoas e não a outras: definitivamente, teria proteção constitucional também o direito de controle sobre o conhecimento, por parte dos outros, da própria vida, direito que seria lesado pelo comportamento daqueles que indevidamente obtivessem tais notícias ou as difundissem a pessoas diversas daquelas as quais fossem destinadas (cfr. A. Cataudella e A. Cerri).

Esta modalidade de reconstrução dos princípios constitucionais foi depois integrada e reforçada pelo recurso a uma cláusula mais geral de reconhecimento e garantia dos direitos invioláveis ditados pelo art. 2º da Constituição, em conexão com a finalidade do “desenvolvimento da personalidade” (sempre referindo-se ao art. 2º da Constituição) e do “pleno desenvolvimento da pessoa humana” expresso no art. 3º, § 2º, da Constituição (A. CERRI): se e enquanto a exigência da

privacidade fosse um aspecto inalienável da pessoa humana (A. Cataudella e A. Cerri), da ponderação entre as duas instâncias constitucionalmente protegidas – uma instância dirigida a proteger o sigilo sobre os fatos da vida pessoal e outra instância que garante o direito de difusão das informações –, seria a primeira a dever prevalecer (assim, A. Cataudella). Em sentido oposto, porém, entende-se que a liberdade negativa de comunicação – enquanto se concorde com a tese que a coloca na base da instância da privacidade sobre as informações de caráter privado – “tem uma importância essencialmente individual, ao passo que a comunicação positiva, que aparece na forma pública, apresenta (também) uma inegável utilidade em termos sociais sendo estímulo e controle para o progresso científico, moral, civil” (A. Cerri). Sobre esta prestigiosa interpretação se poderia rebater que, ainda que se aceitasse a tese relativa a presumida utilidade social que seria própria de toda comunicação positiva (pressuposto, ademais, não sempre verificável na realidade), não parece que a Constituição possa ser lida atribuindo-se um maior ou menor peso aos direitos de liberdade segundo a utilidade social presumivelmente a eles reconhecível. A centralidade de indivíduo “por si mesmo”, que é imposta pelo art. 2º da Constituição, em relação à tutela da importância coletiva e social, deveria levar a afirmar o contrário. Em todo caso, porque não parece coerente com o vigente quadro constitucional levantar hipóteses em abstrato sobre uma escala hierárquica entre direitos constitucionalmente assegurados (cfr. por todos A. Pace), parece mais oportuno colocar a solução para uma valoração da razoabilidade da concreta ponderação operada pelo legislador (e suscetível de controle por parte da Corte Constitucional) quando um direito de privacidade constitucionalmente assegurado e a liberdade positiva de comunicação venham a encontrar-se contemporaneamente presentes, sempre levando-se em consideração, como agora se acenará, o limite fundamentalíssimo que é representado do respeito indefectível da igual dignidade social, *ex art. 3º da Constituição* (cfr. § 2.2).

## **2.2 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE: A TUTELA DOS DIREITOS AO SIGILO E DOS DIREITOS DE IDENTIDADE PESSOAL COM O FIM DE ASSEGURAR UMA IGUAL DIGNIDADE SOCIAL EM SENTIDO PROTETIVO E RELACIONAL**

Tudo isso pode induzir a indagar com maior atenção os perfis relativos aos fundamentos constitucionais da tutela da privacidade; se, por exemplo, nas razões de ordem constitucional que justificam a proteção jurídica da privacidade,

a Corte Constitucional recorreu seja à tutela dos direitos invioláveis, prevista em via geral pelo art. 2º da Constituição, seja à tutela da igual dignidade social, garantida pelo art. 3º da Constituição (cfr., por exemplo, as Sentenças nºs 366/1991 e 63/1994), por outro lado, a Corte de Cassação, em uma importante sentença na qual reconheceu com todas as letras os direitos da privacidade (cfr. a citada Sentença nº 2129/1975), mencionou, em conjunto com os já referidos princípios constitucionais, numerosos outros artigos da Constituição (arts. 13, 14, 27, 29 e 41), em relação à honra, reputação e decoro, conceitos que parte da doutrina, como é notório, liga à dignidade social, entendida também como dignidade humana (assim, A. Pace). A própria Lei nº 675/1996, de resto, inicia afirmando a necessidade de que o tratamento dos dados pessoais se desenvolva “em respeito aos direitos, das liberdades fundamentais, como também da dignidade das pessoas, com particular referência à privacidade e à identidade pessoal” (cfr. art. 1º).

Sem desejar aprofundar um tema tão complexo, qual seja, o da dignidade social e humana, parece oportuno referir que esta noção de importância constitucional está repetitivamente presente, seja nas análises jurisprudenciais, seja nas doutrinárias, relativas às questões da privacidade (lembre-se, por todos, C. Esposito, quanto ao tema dos limites à liberdade de pensamento). Com tal propósito, pode-se colocar em evidência que, do ponto de vista metodológico, a exigência global de proteção dos indivíduos em relação às ingerências externas, que sejam indevidamente dirigidas a conhecer e difundir informações atinentes a fatos de caráter íntimo ou pessoal – por exemplo, relativamente à vida privada, aos hábitos, aos costumes – ou que gerem rumores sem uma legítima razão quanto aos âmbitos nos quais cada um deve gozar do direito de subtrair qualquer aspecto de si e dos próprios comportamentos da curiosidade dos outros, pode ser ligada a dois distintos, mas complementares, interesses de importância constitucional.

Em primeiro lugar, vai sublinhado o interesse concernente à tutela dos espaços vitais constitucionalmente garantidos, como anteriormente lembrado, da curiosidade dos outros; tal tutela, deve lembrar-se, é referida pela Constituição para assegurar a cada indivíduo aquela indefectível dignidade que diz respeito a cada pessoa física no desenvolvimento do seu ser (cfr. sobre este ponto o pensamento de A. Pace).

Em sentido parcialmente similar, se bem que utilizando também a noção dos valores constitucionais, foi referido que tal interesse de importância

constitucional – que podemos qualificar como interesse protegido das esferas de sigilo individual – encontra uma primária, mas não exclusiva derivação constitucional na inviolabilidade da comunicação privada pelo art. 15 da Constituição, podendo-se fazer menção no mesmo tempo ao “direito de não sofrer a intromissão da impaciência comunicativa alheia”, ao “direito a um espaço quieto e silencioso” e, enfim, ao “direito de imediatamente desenvolver a própria personalidade” sem a intromissão derivada da curiosidade social e sem qualquer coerção de proveniência pública (cfr. A. Cerri). Ademais, sustenta-se que, enquanto os primeiros dois direitos manteriam a tradicional estrutura negativa das “liberdades de”, o último direito citado, porque encontra suas raízes na liberdade de pensamento – reconhecida pelo art. 19 da Constituição – e na autonomia individual conexas ao pleno desenvolvimento da pessoa referida no art. 3º, § 2º, da Constituição, apresentar-se-ia seja como uma “*liberty from*”, seja como uma “*liberty to*” (cfr. A. Cerri).

Para acolher esta interessante modalidade de recriação, dirigida a não esquecer o aspecto por assim dizer dinâmico da privacidade, pode-se sustentar que o segundo interesse de importância constitucional, ao qual são globalmente reconduzíveis as formas de proteção jurídica da privacidade disciplinadas do vigente ordenamento, é aquele igualmente próprio e indefectível de cada indivíduo – enquanto ligado ao fato de ser um sujeito único, “inconfundível, irrepetível e infungível” (F. Modugno) – de aparecer e ser apresentado nas relações com os outros componentes do grupo social como ele efetivamente é, ou seja, aquele interesse cuja satisfação tendem os múltiplos direitos de identidade pessoal tutelados pela Constituição, do direito ao nome ao direito à imagem, do direito à identidade sexual ao direito exclusivo dos próprios sinais distintivos (cfr., sobre esta questão, A. Cataudella; M. Mazziotti di Celso, sobre o direito à imagem; de maneira global, sobre os direitos de identidade pessoal considerados em “estreita conexão com os direitos ligados à intimidade e à índole da pessoa”, cfr. F. Modugno; sobre direitos da personalidade, em geral, P. Rescigno e V. Zeno-Zencovich; sobre a proteção constitucional dos direitos individuais de controlar o fluxo de informações que lhe dizem respeito de forma a “moldar, com efeitos no confronto com outras pessoas, a própria identidade – “*the right to shape the self*” –, cfr. a doutrina estadunidense citada por A. Pace).

Disso derivam a incompatibilidade com os dispositivos constitucionais das atividades de indiscrição e a conseqüente publicidade (que não sejam consentidas pelo interessado ou de qualquer forma razoavelmente justificadas por outros interesses de importância constitucional, como a administração da

justiça ou o direito a uma boa administração pública) relativas aos fatos humanos conexos ao igual exercício dos direitos de identidade pessoal e, portanto, também a ilegitimidade constitucional dos efeitos que derivam de tais atividades, se demonstradas como lesivas ao princípio da igualdade jurídica que o art. 3º da Constituição liga às próprias condições pessoais e sociais de cada indivíduo.

Na base de ambos os referidos interesses de importância constitucional, existe, portanto, a exigência não somente de conservar a estima da qual todos gozam diante da coletividade, mas também e sobretudo de ver reconhecida uma igual dignidade que o art. 3º da Constituição garante como dignidade social, vale dizer, em qualquer relação na qual o indivíduo venha a se encontrar (sobre esta última consideração, cfr. também A. Pace). Se, de um primeiro ponto de vista, o interesse relevante é aquele de garantir uma função essencialmente protetiva ao isolamento do indivíduo em relação aos outros componentes da coletividade em um complexo de espaços vitais objetivamente definíveis e precipuamente naqueles espaços constitucionalmente tutelados, de um segundo ponto de vista, a exigência é aquela de assegurar que em qualquer relação entre indivíduos e, portanto, em sentido amplamente relacional seja respeitado o igual, livre e autônomo gozo dos direitos de identidade pessoal – que encontram fundamento da Constituição –, não consentindo-se atividades indevidas de indiscrição e de publicidade, ou seja, como dito, admitindo-se tais atividades nos limites do consenso do interessado ou da justificada copresença de outros interesses de importância constitucional (sobre a distinção entre a instância da privacidade e os direitos de personalidade, cfr. F. Macioce e V. Zeno-Zencovich).

Em ambos os aspectos da privacidade globalmente entendida, opera como fundamento ideal o princípio da igual dignidade de todos os cidadãos, expresso no art. 3º da Constituição, o qual, entre outros, garante, qualquer que seja a posição ocupada e a função desenvolvida por qualquer indivíduo, que os poderes públicos sejam obrigados a atuar até que todos possam gozar de maneira equânime dos direitos fundamentais (sobre o princípio da igual dignidade, cfr. M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno). Por um lado, ficou claro que o respeito às esferas do sigilo constitucionalmente garantidas podem ser objeto de limitação sempre com uma condição constitucionalmente prevista – também com a ponderação sobre os outros interesses de importância constitucional –, mas de qualquer forma sem nunca ofender a dignidade humana tutelada pelo art. 3º da Constituição. Igualmente, notou-se (cfr. F. Modugno) que na jurisprudência constitucional os direitos da personalidade, se até mesmo estes podem ser objeto de ponderação em relação a outras instâncias de importância constitucional,

foram agora colocados em uma posição privilegiada e prevalente em relação a outros direitos de liberdade, “levando em consideração a enorme importância de tais direitos” (assim se manifestou a Corte Constitucional na Sentença nº 38/1973), e isto, presumivelmente, pode-se concluir, é devido às suas estreitas ligações com a igual dignidade social entre os cidadãos.

De forma definitiva, a garantia constitucional da igual dignidade de cada indivíduo entendida em sentido social, isto é, sendo reconhecido como moralmente “digno, em paridade com todos os outros, de criar as mais variadas relações sociais com o único limite dos concretos requisitos de atitude e de possuir capacidade jurídica” (assim, A. Pace), parece representar o elemento de ordem constitucional que liga os dois já referidos aspectos complementares da privacidade, isto é, aquele relativo do indivíduo situar-se em ambientes vitais constitucionalmente protegidos do exterior, e aquele conexo ao interagir de cada sujeito nas relações com os outros componentes da coletividade e com as próprias autoridades públicas no igual gozo dos direitos de identidade pessoal (sobre a relação entre dignidade das pessoas e direitos à informação, cfr. De Siervo).

Isto induz a confirmar a tese prevalente (cfr., por todos, S. Rodotà, V. Zeno-Zencovich, A. Cerri), segundo a qual a noção de privacidade não poderia ser lida em sentido meramente passivo, ou seja, como expressão somente da tensão individual em manter-se isolado dos ambientes públicos ou de qualquer forma de atividades de indiscrição alheia. Diversamente, a privacidade seria constitucionalmente reconstruída como fonte das garantias juridicamente oferecidas para assegurar que as situações individuais e as relações sociais se mantenham e se desenvolvam com respeito às informações reservadas dos fatos humanos que em nome da Constituição devem ser considerados como próprios de cada componente da coletividade. Do ponto de vista classificatório, pode-se dizer que esta última condição se verifica quando tais fatos explicitam um dos âmbitos da privacidade constitucionalmente protegidos (por exemplo, a esfera comunicativa, com base no art. 15 da Constituição), ou, ainda, quando envolvam em sentido relacional um dos direitos constitucionalmente indefectíveis da personalidade (por exemplo, o direito aos próprios sinais distintivos, com base também no art. 22 da Constituição). Neste quadro, de resto, poderiam ser afrontadas temáticas que no futuro sempre terão maior relevância, considerados os aperfeiçoamentos tecnológicos e as notáveis possibilidades que se oferecem a quem pretenda infringir os âmbitos mais íntimos da vivência humana: o uso com finalidade discriminatória dos dados genéticos no âmbito das relações

civis, entre tantos aspectos da presente problemática, constitui talvez o exemplo mais clamoroso e presumivelmente mais perigoso para o desenvolvimento da personalidade humana em relação a igual dignidade no sentido dos arts. 2º e 3º da Constituição (sobre este ponto, reenvia-se a G. M. Salerno, *Razão de Estado e dignidade do homem*).

O que parece, então, inegável é o amplo espectro das garantias constitucionais que, conforme os casos e as circunstâncias, são postas sob a guarda da privacidade entendida globalmente (sobre as diversas reconstruções das garantias constitucionais postas sob a guarda da privacidade, cfr., por todos, A. Cerri). Todavia, e atentando-se que o afirmado não contradiz, mas é, antes, a lógica consequência do que se expôs, as extensas e variadas fontes e conexões de ordem constitucional que podem ser tecidas em torno das instâncias próprias da privacidade, não lhe facilitam o processo definitório, expondo, ao invés, as formas de tutela positivamente previstas em uma intensa ponderação em relação a outros interesses constitucionalmente tutelados, sobretudo com aqueles conexos à atividade de manifestação do pensamento.

Em outros termos, a integral leitura dos dispositivos constitucionais que dizem respeito aos âmbitos privados – aqueles, do nosso ponto de vista, constitucionalmente protegidos de injustificadas formas de indiscrição e publicidade segundo os critérios anteriormente indicados – da vida dos indivíduos, que trazem acento constitucional àquelas formas de tutela juridicamente emprestadas em favor da privacidade, senão ao ponto de transformar-se esta própria positiva explicitação daquele grau de inviolabilidade constitucionalmente garantida, a qual pode razoavelmente ligar-se à limitação eventualmente colocada a outro direito ou interesse constitucionalmente relevante.

### **2.3 A TUTELA DA PRIVACIDADE NAS CARTAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS E O ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO COMO FATO TÍPICO ABERTO**

Não se deve esquecer que a tutela da privacidade é expressamente prevista também por algumas Cartas Internacionais de direitos, cujas previsões poderiam corroborar a tese daqueles que entendem a noção de direitos invioláveis expressa no art. 2º da Constituição como fato típico aberto a inserções normativas também de grau formalmente não constitucional, isto é, derivadas de convenções internacionais (em geral, A. Barbera; sobre o ponto de vista da privacidade, em sentido favorável, manifestam-se F. Bricola, F. Mantovani, S. Fiore). Atuando

dessa forma, chegar-se-ia talvez mais facilmente ao reconhecimento de um direito inviolável à privacidade, que derivaria, em particular, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (repcionada pela Lei nº 848, de 4 de agosto de 1955), que, em seu art. 8º, reconhece expressamente o “direito ao respeito da vida privada e familiar”, direito cuja tutela diz respeito, segundo as modalidades previstas pela própria Convenção, ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Mais exatamente, o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê que “cada pessoa tem o direito ao respeito à vida privada e familiar, do seu domicílio e de sua correspondência. Não pode ter a ingerência de uma autoridade pública no exercício de tal direito a menos que tal ingerência seja prevista pela lei e constitua uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do País, à defesa da ordem e à prevenção de delitos, à proteção da saúde e da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades alheias”. Os imediatos preceitos destas disposições, ainda que colocados em dúvida por muitos estudiosos (cfr. G. Pugliese e M. Giorgianni, este último limitadamente às ingerências colocadas pelos entes privados), foram bem demonstrados por outra doutrina (cfr. A. Cataudella). Não se pode não concordar com aquela doutrina que apontou a generalidade e a insuficiência do citado art. 8º, enquanto este pressupõe a noção de “vida privada”, mas não colabora a definir de qualquer modo aos perfis jurídicos relevantes (Cerri); tal relevância, de resto, é aplicável também a numerosas condições indicadas como fontes de limitações legitimamente oponíveis com leis estatais ao referido direito, ainda que seja notado que, em certo grau de generalidade, é inevitável em um texto normativo que tenha relevo jurídico plurinacional e, portanto, destinado à aplicação a casos e condições concretas notavelmente diferenciadas. A especificação do direito ao respeito à vida privada, assim como a efetiva interpretação, seja do vínculo da privacidade da lei (entendida como a necessidade de qualquer disciplina, ainda que regulamentar, que apresente um certo grau de notoriedade e certeza), seja das já referidas condições, foi assim remetida à jurisprudência, por assim dizer, pretoriana do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (para outras referências, remete-se a A. Cerri).

Veja-se em particular o famoso caso *Malone*, onde, sobre a legitimidade do registro dos dados exteriores das conversas telefônicas, o Tribunal Europeu referiu que “as transcrições dos registros contêm informações, em particular os números chamados, os quais constituem um elemento integrante da comunicação telefônica. Consequentemente, a entrega dessas informações à polícia, sem o

consentimento do assinante da linha telefônica, revela uma interferência no direito garantido pelo art. 8<sup>o</sup> (sobre esta decisão, também em conexão a uma similar decisão da nossa Corte Constitucional, cfr. A. Pace).

Assim, deve ser novamente, em razão da estreita conexão entre privacidade e tutela dos dados pessoais, a Convenção n<sup>o</sup> 108 sobre a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal, adotada em Estrasburgo pelo Conselho da Europa em 28 de janeiro de 1981, cujas ratificação e execução devem ser remetidas à Lei n<sup>o</sup> 98, de 21 de fevereiro de 1989. O fim de tal convenção é “garantir [...] a cada pessoa física, qualquer que seja a sua cidadania ou residência, o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais e em particular ao direito à vida privada, em confronto com o tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal que lhe dizem respeito” (cfr. art. 1<sup>o</sup>). Tal definição, como se verá, será quase que textualmente repetida pelo legislador nacional.

Deve também ser recordado o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que prevê que “nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência, nem a lesões a sua honra e à sua reputação. Cada indivíduo tem o direito de ser tutelado pela lei contra interferências ou lesões”. Deve ser ainda complementado que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – proclamada durante a Conferência Intergovernativa de Nice, de 7 a 10 de dezembro de 2000, pelos chefes de Estado e de Governo dos países aderentes à União, mas ainda não inserida nos tratados institutivos – reconhece, seja o direito de cada indivíduo ao “respeito à sua vida privada e familiar, do seu próprio domicílio e das suas comunicações” (art. 7<sup>o</sup>), seja o direito de cada indivíduo “à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe dizem respeito” (art. 8<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>), e prevê que o tratamento destes últimos deve respeitar determinados princípios, limites e condições – ou seja, os dados pessoais devem ser tratados segundo o princípio de lealdade, para finalidades determinadas e com base em consenso da pessoa interessada ou a algum outro fundamento legítimo previsto pela lei, e deve ser previsto, além disso, o direito de cada indivíduo de acessar aos dados que lhe dizem respeito e de obter a sua retificação –, cuja observância é confiada ao controle de uma autoridade independente (art. 8<sup>o</sup>, §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup>). Sobre esse ponto, prescindindo do momento da questão geral relativa à importância jurídica da Carta dos Direitos de Nice, pode-se dizer que em nosso ordenamento as prescrições postas pela Carta em questão, sobre o tema da tutela dos dados

peçoais, resultaram traduzidas no vigente Código em Matéria de Proteção dos Dados Pessoais adotado com o Decreto Legislativo nº 196/2003, como também na verificação já apontada de que o art. 1º reproduz o art. 8º, § 1º, da Carta, ainda que com qualquer pequena variação textual, que não parece mudar significativamente o seu significado (o art. 1º do Decreto Legislativo nº 196/2003 atribui de fato a qualquer um o “direito à proteção dos dados pessoais” – e não dos “dados de caráter pessoal”, como, ao invés, especifica a Carta de Nice – “que lhes dizem respeito”).

Todavia, a referência a tal opção interpretativa, de resto refutada pela doutrina dominante (veja-se, por todos, A. Pace, L. Paladin, T. Martines, P. Barile, M. Mazziotti di Celso; G. M. Salerno) e somente esporadicamente utilizada *ad adiuvandum* pela Corte Constitucional em poucas manifestações (cfr. A. Baldassarre), não parece indispensável para demonstrar a importância constitucional das instâncias próprias da privacidade, enquanto que das múltiplas disposições constitucionais resulta bem claro a vontade do constituinte de proteger de injustificadas ou não autorizadas interferências externas todos aqueles âmbitos em que qualquer componente da coletividade deve poder livremente formar a sua vontade, determinar os próprios convencimentos, adotar os consequentes comportamentos, ou de qualquer forma eleger uma escolha decisional – também aquela postura de não agir e restar inativo ou em silêncio – entre aquelas disponíveis, sem ser exposto a injustificadas formas de curiosidade social, seja lá de quem elas provenham.

Pense-se nas relevantíssimas garantias constitucionais anteriormente referidas, ou nas outras tutelas especificamente apresentadas pelo constituinte, por exemplo, no âmbito familiar, sobre a liberdade de escolha da modalidade de educação e de instrução dos filhos (ver os arts. 29 e seguintes), ou ainda, no mundo laboral, sobre a liberdade de escolha da profissão (ver art. 4º, sobre o qual cfr. M. Mazziotti di Celso; G. M. Salerno), sejam, de maneira mais geral, os reflexos sobre o próprio art. 2º da Constituição na parte em que se afirma que a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, “seja como indivíduo, seja como formação social onde se desenvolva a sua personalidade”. A precisão da dupla posição subjetiva – seja aquela do indivíduo entendido como *uti singulus* em relação à inteira coletividade, seja aquela do sujeito que opera *uti socius* no âmbito de específicas formações sociais –, à qual a Constituição liga conjuntamente a garantia dos direitos invioláveis, impõe a proteção do conteúdo das liberdades constitucionalmente relevantes, seja quando o indivíduo confronta-se, imbuído no papel de um único indivíduo com o poder público,

seja quando a pessoa, interagindo com outros indivíduos internamente a grupos que tenham algum relevo social, vem a ser submetida à força – e também a abusos – dos poderes sociais (cfr. M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno). Em ambos os casos, deve ser garantida a necessária e correspondente imunidade do indivíduo diante de injustificadas intromissões, interferências e ingerências externas – derivadas, seja das autoridades públicas, seja de forças socialmente relevantes –, com fito de que se realize concretamente a possibilidade do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade (referido no art. 2º da Constituição) que é, ao mesmo tempo, pressuposto necessário e condição indispensável ao exercício de direitos constitucionais com o objetivo que estes últimos possam ser suficientemente garantidos a favor de todos os associados. Pode-se agora lembrar, por um lado, que a privacidade se compreende também como protetora daquele “direito a um espaço de calma silenciosa que imediatamente se liga a uma efetiva e livre atuação” (Cerri) pelo próprio indivíduo; por outro lado, a tutela da privacidade pressupõe o pluralismo social e, nesse sentido, pode-se ligar à garantia do art. 2º e não sobre a base de uma presumida abertura deste último aos assim chamados novos e presumidos valores constitucionais (P. Rescigno).

Talvez também o enfraquecimento de cada uma das reconstruções conclusivamente apresentadas, pela doutrina e pela jurisprudência, levaram à busca de soluções exegéticas dirigidas a encontrar os fundamentos constitucionais da privacidade em um sentido transversal em relação aos direitos garantidos pelas disposições constitucionais. Nesse sentido, certamente para não reduzir o valor constitucional da privacidade, mas, ao contrário, orientado-se para atribuir plenitude e efetividade aos direitos constitucionais a ela ligados, revelou-se que mais do que delinear um novo e geral direito à privacidade, pelo art. 3º, § 2º, da Constituição, tem origem na “inserção em cada um dos fatos típicos – que são sempre aqueles descritos ou derivados de normas constitucionais sobre direitos – com um vínculo de privacidade, seja em confronto dos poderes públicos, seja no confronto de entes privados no exercício de outras liberdades” (nesse sentido, F. Modugno). Os direitos constitucionais seriam, portanto, reinterpretados “de maneira tal que absorvessem neles mesmos *conteúdos de liberdade interior* ou que consentissem explicações de *irredutíveis exigências de consciência*” (cfr. também F. Modugno). Em boa reflexão, entender a privacidade como fonte de um vínculo interno aos direitos constitucionais implica reconhecer que ela se apresenta de maneira similar a outras instâncias que têm força de princípios constitucionais não expressos, mas logicamente implícitos na interpretação sistemática de

uma pluralidade de disposições constitucionais, entre as quais, por exemplo, o princípio da laicidade do Estado. Então se pode concluir que em uma direção ao princípio da privacidade se encontram fundamento e garantia constitucionais àquelas disciplinas normativas que se prestam no ordenamento à proteção das esferas íntimas, pessoais e privadas do indivíduo em um modo que derive a plena e completa garantia de igual, livre e autônomo desenvolvimento dos direitos à identidade pessoal; em outra direção, a privacidade se constitui em limite constitucionalmente relevante que não pode não ser razoavelmente valorado pelo legislador – e conseqüentemente pelo intérprete –, já que o exercício de outros direitos constitucionais interfere com as anteriormente referidas esferas juridicamente protegidas.

A consequência que se deve tirar, portanto, é que à privacidade – nos limites em quais ela seja constitucionalmente chamada para o trâmite das garantias por vezes aplicáveis ao caso concreto – não se pode não atribuir uma imediata relevância jurídico-constitucional. Isso não parece facilmente conciliável com a opinião daqueles que sustentam com lúcido rigor que o âmbito próprio da privacidade seria representado por aquela esfera de atividade, por assim dizer, absolutamente privada enquanto previamente valorada, que precederia, assim, o cumprimento de atos jurídicos “munidos de eficácia formal”, ainda que delimitando estes últimos àqueles capazes de “produzir efeitos significativos a terceiros” (assim, A. Cerri). De forma definitiva, trata-se da antiga questão relativa à definição daquilo que é privado, pessoal, reservado e, portanto, subtraído da injustificada curiosidade dos outros; de maneira mais simples, a pergunta fundamental seria a seguinte: qual seria o conteúdo próprio – e, portanto, unitariamente definível – da privacidade constitucionalmente protegida? É, então, correta a adoção de um rígido critério jurídico-formal como aquele anteriormente exposto, ou se deveria, ao contrário, preferir uma ajuda a mais flexíveis soluções fundadas sobre critérios considerados como objetivos, mas em realidade inevitavelmente colocados sob uma valoração discricionária? Deve-se, então, falar não tanto de uma genérica privacidade, enquanto de vida privada (como prefere, por exemplo, M. Patrono)? Em nosso entendimento, a definição dos específicos âmbitos juridicamente protegidos e, portanto, subtraídos daquela injustificada curiosidade alheia que se traduz em uma lição dos já referidos interesses constitucionalmente relevantes (um conexo à intimidade em sentido estrito, outro ao livre e autônomo desenvolvimento dos direitos de identidade pessoal) não deveria ser definida de uma vez por todas por meio da aplicação de critérios uniformes que mal se adaptariam à

variedade dos casos cujas instâncias de privacidade podem se ligar e sobretudo poderiam parecer constitucionalmente não justificadas. Diversamente se deveria consentir ao legislador, levando-se em consideração a evolução dos comportamentos individuais, das relações sociais e das formas de interferência técnica concretamente permitidas, a definição dos múltiplos âmbitos de proteção nos limites de observação do cânone geral da razoabilidade (em favor do art. 3º da Constituição) e no indefectível respeito ao princípio da igual dignidade social sobre o qual se fundam as garantias constitucionais que especificamente se prestam em favor daquela particular situação de privacidade. Tem origem, entre outros motivos, que uma certa relevância constitucional pode ser reconhecida também pela assim chamada questão do direito ao esquecimento – entendido como o direito a se removerem os traços que consentem em conservar fatos sobre a própria vida –, já que esse direito encontra explicações em alguns aspectos da disciplina legislativa sobre o tratamento dos dados pessoais, como aqueles de cancelação de dados pessoais mediante o pedido do interessado e depois de um certo período de tempo (cfr. M. Mezzanotte).

Nesse sentido, deve ser resolvida também a questão relativa ao perfil subjetivo da proteção à privacidade. Mais exatamente, a pergunta se a privacidade constitucionalmente protegida diga respeito somente aos indivíduos ou também diga respeito às pessoas jurídicas ou, até mesmo, estenda-se à Administração Pública e aos poderes públicos em geral; a resposta, mais que uma afirmação apriorística de princípio fundada sobre uma pretensa visão antropocêntrica que estaria na base da própria noção de privacidade, deveria se encontrar na extensão subjetiva das esferas de privacidade – entendida, segundo a distinção anteriormente proposta, em sentido estritamente protetivo ao invés de amplamente relacional – constitucionalmente garantidas. Com tal propósito, a tendência normativa de estender aos entes as garantias de direitos de liberdade e, em particular, aqueles relativos aos âmbitos da privacidade foi criticada por uma doutrina de autoridade (A. Cerri; sobre a extensão à administração pública, também V. Italia), também revelando que as atividades reservadas são garantidas pela Constituição aos indivíduos – prescindindo, neste sentido, da problemática da cidadania – (cfr., por exemplo, os arts. 13, 14 e 15 da Constituição) e pela tutela da relativa dignidade. Dessa ideia se é recentemente destacada uma interpretação mais aberta ao reconhecimento de tais garantias de privacidade (distintas também do segredo profissional ou do segredo de Estado) também à Administração Pública (cfr. A. Simonati), no caso, por exemplo, em que o interessado haja examinado a documentação que está em

posse da Administração Pública *contra ius*, ou, ainda, quando esteja em jogo o exercício otimizado das funções públicas, constitucionalmente fundado no art. 97 da Constituição (cfr. G. M. Salerno, *L'Efficienza dei poteri pubblici*). De modo geral, deve-se entender como incoerente com o ordenamento constitucional vigente a atribuição normativa de esferas da privacidade em favor da Administração Pública que incidissem sobre a atual interpretação dos princípios constitucionais da imparcialidade e do bom andamento da Administração, ligado aos cânones da controlabilidade e da transparência da ação administrativa. Nesta perspectiva, está destacada cada uma das orientações da jurisprudência administrativa, segundo as quais, de um lado, o direito de acesso aos atos e aos documentos encontra aplicação nos confrontos de cada tipologia de atividade da Administração Pública – compreendidos os atos de direito privado, já que cada atividade da Administração está vinculada ao interesse coletivo, restando excluídos somente os casos taxativamente indicados pela lei; de outro lado, ao interesse de um sujeito em conhecer o conteúdo dos atos do procedimento administrativo, pode se contrapor ao interesse da privacidade de um diferente sujeito privado, já que, devendo-se proceder a uma necessária ponderação entre dois interesses, a Administração é autorizada a limitar as modalidades de conhecimento dos atos (por exemplo, impedindo a sua fotocópia). Em síntese, o direito de acesso, se for assegurado pela tutela dos interesses jurídicos próprios de um sujeito, pode resultar parcialmente latente em relação às exigências de privacidade de outros.

Sobre a disciplina legislativa vigente quanto a este ponto, em primeiro lugar, indica-se o art. 43 da Lei nº 675/1996 – agora art. 59 do Código em Matéria de Proteção de Dados Pessoais (Decreto Legislativo nº 196/2003) –, que diz respeito à normativa em matéria de acesso aos documentos administrativos, disciplinada pela Lei nº 241/1990. Esta última consente de limitar o direito de acesso, entre outros, “com fim de salvaguardar a privacidade de terceiros, pessoas, grupos e empresas, garantindo a eles e também aos interessados a visão dos atos relativos aos procedimentos administrativos, cujo conhecimento seja necessário para cuidar ou defender os seus interesses jurídicos” (art. 24, que remete a um regulamento autorizado). Em particular, lembra-se de que, em relação ao caso no qual se busquem os dados identificáveis da pessoa citada em juízo, não é necessário o consentimento do interessado enquanto tal circunstância diz respeito àquelas situações nas quais o tratamento dos dados pessoais é necessário para fins de desenvolvimento da defesa ou, de qualquer forma, para fazer valer ou defender um direito perante o Poder Judiciário (cfr. Ordenação

da Corte Constitucional nº 83/2004, em referência ao art. 12, § 1º, alínea *h*) pela Lei nº 675/1996, agora art. 24, § 1º, alínea *f*, do Decreto Legislativo nº 196/2004. Em sede de atuação regulamentar, o art. 7º, § 2º, do Decreto do Presidente da República nº 352/1992 prevê, em primeiro lugar, que o direito de acesso seja excluído quando os documentos digam respeito à vida ou à privacidade de pessoas físicas, jurídicas, grupos, empresas ou associações, com particular referência aos interesses epistolares, sanitário e profissional, e também se tais dados são fornecidos à administração dos interessados; em segundo lugar, que o deferimento ao acesso dos documentos administrativos possa ser disposto “para salvaguardar exigências de privacidade da Administração [...] em relação a documentos cujo conhecimento possa comprometer o bom andamento da ação administrativa” (sobre esta complexa problemática, cfr. Scognamiglio).

Também o art. 1º da Lei nº 675/1996 indica, entre os sujeitos que podem ser protegidos contra invasões de terceiros em sua esfera íntima, as pessoas físicas, as pessoas jurídicas e qualquer outro ente ou associação, mas, ainda que insira a Administração Pública entre os titulares e os responsáveis pelos procedimentos de coleta e tratamento de dados pessoais, não a inclui explicitamente entre os sujeitos “interessados” ao tratamento, falando somente de maneira genérica em “ente” (cfr. art. 1º, § 2º, alíneas *d* e *f*; cfr. respectivamente o art. 4º, § 2º, alíneas *f* e *i*, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Sobre a jurisprudência administrativa anteriormente referida, cfr., sobre o primeiro aspecto, Conselho de Estado, nºs 4 e 5, de 22 de abril de 1999, em que se referiu que também para os concessionários de serviços públicos a transparência dos atos tem de prevalecer sobre a natureza jurídica privatística já que a atividade desenvolvida é diretamente inerente à concessão do serviço e à sua organização e gestão, devendo-se proceder nos outros casos a um juízo de ponderação. Sobre o segundo aspecto, cfr. a V Sessão do Conselho de Estado, nº 518, de 5 de maio de 1999, em relação ao caso de sujeito participante de uma licitação pública, na qual, depois de seu insucesso, pediu não somente para ter conhecimento dos atos do procedimento, como também para ter fotocópia do projeto apresentado pelo sujeito vencedor; esta modalidade de conhecimento, todavia, não foi admitida pelo juiz administrativo porque haveria lesado a privacidade do vencedor sobre o seu próprio *know-how* empresarial.

### 3 A PRIVACIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

Muitas vezes, sobretudo nos anos setenta em diante, a Corte Constitucional afirmou a relevância constitucional da proteção à privacidade,

colocando-a desde o seu início no interior dos direitos da personalidade garantidos pelo art. 2º da Constituição (veja-se a Sentença nº 38/1973, na qual afirma-se que entre os direitos invioláveis do homem, garantidos pelo art. 2º da Constituição, estão aqueles relativos ao próprio decoro, honra, respeitabilidade, privacidade, intimidade e reputação). Por outras vezes, a relação de ligação entre a inviolabilidade garantida pelo art. 2º da Constituição e outras garantias expressamente manifestas pela Constituição para a tutela de qualquer uma das esferas da privacidade (por exemplo, aquela relativa à liberdade e ao segredo das comunicações, *ex* art. 15 da Constituição, sobre o qual se remete *amplius* ao § 5.2) fez derivar um controle mais incisivo e, portanto, substancialmente mais garantístico, impregnado no critério da estreita necessidade de limites oponíveis (cfr., desejando vivamente a constante aplicação de tal critério, A. Cerri); outras vezes, ao invés, deixou-se à exclusiva discricionariedade do legislador a definição do ponto de equilíbrio entre a predisposição de específicas medidas legislativas de proteção da privacidade e a concomitância de outras e potencialmente conflitantes instâncias de relevância constitucional.

No primeiro sentido, por exemplo, na Sentença nº 463/1994 se destacou que a “privacidade das próprias comunicações” constitui um “direito constitucional [...] reconhecido por esta Corte como um direito inviolável no sentido do art. 2º da Constituição”: disso se fez derivar que a lei pode consentir restrições a tal direito mediante o provimento de autoridades judiciárias “somente numa medida estritamente necessária às exigências de indagações ligadas a tarefa primária concernente a repressão dos delitos” (cfr. também as Decisões nºs 37/1995, 63/1994, 81/1993 e 366/1991).

Quanto ao segundo sentido, em respeito ao princípio constitucional da publicidade dos debates em sede processual (princípio afirmado pelo art. 101 da Constituição, reforçado em vários atos internacionais – por exemplo, no art. 6º da anteriormente citada Convenção Europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e no art. 19 da Declaração dos Direitos das Liberdades Fundamentais adotada pelo Parlamento Europeu com a Resolução de 12 de abril de 1989), a Corte reconheceu que “podem ser postos limites à publicidade das audiências nos interesses da moral, de ordem pública, da segurança nacional, por exigências da tutela dos direitos dos menores ou *da vida privada* das próprias partes do processo ou dos interessados nessa mesma justiça” (grifo nosso), e que na ponderação dos vários interesses em jogo podem vir à discussão a própria dignidade humana e alguns aspectos da vida de relação dos sujeitos envolvidos. Todavia, mesmo diante de considerações de

tal peso, concluiu-se que a “referida ponderação e a correlativa definição dos eventuais limites estão ligadas a discricionariedade do legislador, a qual não se pode substituir esta Corte” (assim, na Sentença nº 235/1993; no mesmo sentido também cfr. a precedente Sentença nº 373/1992, na qual se faz também referência à privacidade sobre o interesse de se colocar “o acusado sob a proteção contra indiscrições que possam lesar a sua figura de homem”).

Mas esta tendência não se pode dizer como consolidada se, recentemente, em relação à proteção da privacidade das pessoas vítimas de delitos contra a liberdade sexual – delitos que, também por razões de evidente discricção, de modo geral não são iniciados de ofício, mas somente quando há uma querela apresentada pela própria parte ofendida –, preferiu-se aquela tendência jurisprudencial segundo a qual a ponderação feita pelo legislador entre vários interesses ou valores constitucionais é sempre sindicável pela Corte Constitucional, ao menos do ponto de vista da razoabilidade; e de fato se sobrepôs ao atento escrutínio a razoabilidade da solução legislativa que conduziu a persecução de ofício nas hipóteses de conexão dos referidos delitos com outros delitos que sejam iniciados de ofício (cfr. Sentença nº 64, na qual se chega à conclusão que, no caso em espécie, “não permanece qualquer razão para tutelar, por meio da autorização de querela, a privacidade da pessoa ofendida”).

De qualquer forma, de modo geral, como já lembrado, a Corte Constitucional considerou a privacidade, seja como utilizável para condicionar legitimamente o exercício de tais direitos constitucionalmente previstos, seja como especificação ou extensão do objeto das garantias constitucionalmente postas em favor da tais âmbitos privados, sobretudo em matéria de comunicação privada. Em tal sentido, portanto, parece confirmada a tese anteriormente exposta em relação ao complexo relevo jurídico-constitucional da privacidade.

Do primeiro ponto de vista, reconheceu-se que a liberdade de imprensa, a qual o art. 21 da Constituição encontra limite no direito de imagem (cfr. Sentença nº 122/1970, sobre a qual ver M. Mazziotti di Celso), assim como as normas que limitam a publicidade nos processos de menores, justificam-se também sobre a base da exigência da privacidade (cfr. Sentenças nºs 16 e 17/1981). De um segundo ponto de vista, partindo de um reconhecimento geral ao direito à privacidade nas comunicações telefônicas (Sentença nº 34/1973), estendeu-se a garantia constitucional dessas últimas aos assim chamados elementos externos (aqueles identificáveis pelos elementos subjetivos e objetivos) com fim de tutelar plenamente a esfera da privada das comunicações (Sentença nº 81/1993, com nota crítica de A. Pace sobre a direta recondução de tais garantias ao art. 15

da Constituição, ao invés do que a sua derivação de uma interpretação pelos valores da privacidade). Também, em relação à tutela da *privacy*, justificou-se a normativa que prescreve a divulgação externa dos dados estatísticos somente de forma agregada por parte dos entes públicos aos quais se é concedido o acesso (Sentença nº 139/1990).

Depois, sempre com fito de garantir a esfera privada, foram declaradas inutilizáveis como prova (e não como simples notícia de um delito) as interceptações feitas em outro procedimento (Sentença nº 366/1991, mas cfr. para um resultado diferente em tema similar a Sentença nº 63/1994). Esta decisão, em particular, até hoje é lembrada quando se define a garantia da correspondência como um elemento necessário para tutelar aquela “esfera vital que circunda a pessoa e sem a qual esta não pode existir e se desenvolver em harmonia com os postulados da dignidade humana” (cfr. *amplius* § 5.2).

Um capítulo deveras interessante diz respeito ao perfil da ponderação entre a privacidade e a liberdade de imprensa, em particular em relação à admissibilidade de medidas cautelares (como o sequestro pedido mediante o procedimento previsto no art. 700 do Código de Processo Civil) em caso de violação da esfera da privacidade. Sob tal propósito, a Corte Constitucional admitiu o sequestro de material utilizável para a publicação, e não, ao invés, o sequestro do material já impresso, introduzindo uma distinção criticada pela doutrina (cfr. A. Cerri e G. Pugliese) também nos seus efeitos práticos, enquanto produziria resultados mais severos do que o sequestro imediatamente sucessivo à publicação previsto pela Constituição nos casos de delitos aos quais haja previsão expressa na lei de imprensa (cfr. art. 21, § 3º, da Constituição).

A jurisprudência ordinária (cfr. Corte de Cassação, Sez. I Civ., nº 5259, de 18 de outubro de 1984, e Corte de Cassação, Sez. un. Pen. de 30 de junho de 1984; ver também sobre este ponto a Sentença nº 175/1971 da Corte Constitucional), entre as múltiplas condições substanciais e formais postas em relação à liberdade de imprensa – e cujo respeito assegura, entre outros, o de não incorrer em delito de difamação via imprensa com base no art. 51 do Código Penal (exclusão da responsabilidade penal no caso do exercício de um direito) – elaborou o critério do interesse público da notícia; isto significaria que, feita a ressalva sempre à hipótese que o interessado haja consentido explicitamente ou implicitamente à publicação da notícia, em que esta última se revista de interesse público, o direito de informação ou de liberdade de imprensa deve prevalecer em relação à privacidade. Por interesse público se emprega um critério não meramente

estatístico (isto é, que tenha interesse para a maior parte do público), mas um critério valutativo: aquilo que apresenta um qualificado e particular interesse público ou que de qualquer forma seja socialmente relevante. A presença de tal tutela indireta da honra e da reputação é criticada por parte da doutrina sublinhado-se o poder discricionário atribuído ao juiz (cfr. A. Pace). Outra doutrina prefere que o critério seja interpretado sobre a base do princípio geral do meio mínimo (assim, A. Cerri).

Concluindo, ao reconhecimento de um complexo de espaços vitais unitariamente reconhecíveis à instância da privacidade e aos quais são respectivamente combinadas as múltiplas e diferentes garantias por várias vezes indicadas pela Constituição (retiradas, portanto, dos arts. 13, 14, 15 e assim por diante), para um resultado ademais verificável e sobre o qual, todavia, foram prospectadas sérias dúvidas sobre a inevitável flexibilidade do quadro valorativo assumido como ponto de referência das formas de tutela jurídica concretamente colocadas e das quais podem emanar, de um lado, a substancial contração de outros direitos constitucionalmente protegidos e, de outro lado, o incremento das situações de arbítrio (cfr. as reflexões de A. Pace relativas à Sentença nº 81/1993). Talvez, então, seja na rigorosa ascendência dos instrumentos normativamente disciplinados, somente às esferas da intimidade e da identidade pessoal tutelada pela Constituição para garantir a igual dignidade social, em sentido protetivo e relacional, que pode ser reencontrada uma possível solução que reduza as possibilidades de conflito entre as posições subjetivas eventualmente conflitantes e contribua efetivamente a mais ampla afirmação da centralidade da pessoa em nosso ordenamento constitucional.

#### **4 A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS E O GARANTE PARA A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS<sup>5</sup>**

Como já dito, nos mais recentes desenvolvimentos do ordenamento, a tutela da privacidade se orientou no sentido de fornecer múltiplas formas de garantia e de proteção também ao direito da assim chamada autodeterminação informativa, ou melhor, à liberdade e à autonomia de cada indivíduo na determinação, na disponibilidade e na utilização dos dados informativos que lhe dizem respeito.

<sup>5</sup> Nota do tradutor: *Garante*, na Itália, é uma autoridade administrativa independente que tem como função a garantia, a tutela e a defesa dos direitos dos cidadãos postos à sua guarda.

Tal direito, atribuído em linha geral a cada sujeito em relação a qualquer tratamento realizado sobre seus próprios dados pessoais, é colocado no centro de um elaborado grupo de atos normativos cujo fundamento é a Lei Fundante nº 675/1996 – lei adotada em favor das anteriormente referidas obrigações internacionais e especialmente em relação à Diretiva Comunitária nº 95/46/CE (cfr. § 1.2) – e que encontrou uma consolidação no já lembrado Código em Matéria de Proteção de Dados Pessoais (Decreto Legislativo nº 196/2003). Deve ser preliminarmente relevado que, segundo a Corte Constitucional, a normativa estatal relativa ao tratamento dos dados pessoais é subordinada às Regiões no cômputo das funções a elas conferidas (cfr. Corte Constitucional, nº 327/2003), isso na ausência de qualquer atribuição expressa na Constituição de um competência exclusiva do Estado em matéria de proteção dos dados pessoais. Em nosso entendimento, esta grave lacuna – imputável sem dúvida a uma evidente distração da recente Lei de Revisão Constitucional nº 3/2001 – foi preenchida pela via exegética: de fato, a necessária e oportuna competência legislativa estatal em matéria de proteção dos dados pessoais pode ser feita derivar da interpretação evolutiva das matérias indicadas no art. 117, § 2º, alínea *i* – vale dizer “cidadania, estado civil e registros”, em conexão sistemática com a atribuição, sempre do Estado, de “determinação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos direitos civis e sociais que devem ser garantidos em todo o território nacional” (cfr. art. 117, § 2º, alínea *m* e da “coordenação informativa, estatística e informática dos dados da administração estatal, regional e local” (cfr. art. 117, § 2º, alínea *r*).

Nesse sentido, para as específicas definições de sujeito “interessado ao tratamento”, de “titular” ou, ainda, de “responsável” ou de “encarregado do tratamento”, de “tratamento” e de “dado pessoal”, não se pode não remeter às previsões ora manifestas no já citado código (que, segundo os cânones da técnica legislativa, fornecem de maneira preliminar as relativas definições, utilizando formulações frequentemente flexíveis e tendencialmente expansivas; cfr. as numerosíssimas definições contidas no longo art. 4º do Decreto Legislativo nº 196/2003). Deve, todavia, ser sublinhado que a tutela oferecida de maneira complexa não se limita somente aos tratamentos informáticos ou automatizados; estende-se também às pessoas jurídicas (assim como aos entes e às associações); fundamenta-se no princípio da necessidade – enquanto se prescreve que os sistemas informáticos e os programas informáticos devem ser configurados reduzindo ao mínimo a utilização de dados pessoais e de dados identificativos, de modo a impedir o tratamento quando os mesmos fins possam ser igualmente

conseguidos mediante dados anônimos ou “modalidades que consintam de identificar o interessado somente em caso de necessidade” (cfr. art. 3º do Decreto Legislativo nº 196/2003); é mais aprofundada para os assim chamados dados sensíveis (aqueles relativos a situações ou condições individuais, como o estado de saúde ou a vida sexual, que exigem particulares garantias em virtude da estreita relação com interesses constitucionalmente protegidos) que obviamente dizem respeito às pessoas físicas (cfr. art. 4º, § 1º, alínea *d*, do Decreto Legislativo nº 196/2003); atribui aos interessados o direito de acesso aos próprios dados pessoais, de obter uma série de informações relativas às modalidades de tratamento, de obtenção de atualizações ou do cancelamento de dados pessoais, assim como de opor-se por motivos legítimos ao tratamento dos dados pessoais; e enfim abarca qualquer informação pessoal, vale dizer qualquer informação coligável a um sujeito (excluindo, portanto, os dados anônimos, mas compreendendo, por exemplo, os dados formulados por meio de códigos que permitam chegar ao sujeito interessado), a prescindir do fato de que se trate de informações agregadas ou colocadas em bancos de dados.

A amplíssima impositação de conteúdo, acolhida pelo legislador nacional, tornou indispensável diferenciar a tipologia das formas de proteção jurídica do tratamento dos dados pessoais, não se podendo obviamente realizar – ainda que por evidentes razões de legitimidade constitucional e, em primeiro lugar, para respeitar o princípio da igualdade, *ex* art. 3º da Constituição – a absoluta homogeneidade da disciplina jurídica de todas as atividades de tratamento dos dados pessoais genericamente entendidos. Então, por exemplo, como os dados que são colhidos de maneira privada e empregados com fins exclusivamente pessoais são sim objeto da normativa em questão, mas são oportunamente desvinculados de tais procedimentos normalmente previstos para o tratamento dos dados (como, por exemplo, o pedido de consentimento de sujeito interessado), mas que no caso específico possam parecer injustificados (ainda porque, de um ponto de vista da política legislativa, entendeu-se de limitar a predisposição de mecanismos que teriam inutilmente carregado o complexo sistema de proteção dos dados pessoais), assim também a coleta e o tratamento dos dados pessoais por parte dos sujeitos públicos e privados que agem em setores particularmente delicados, ainda que parcialmente submetidos à disciplina geral, são objeto de específicas disciplinas setoriais (mais analiticamente, na Parte II do Código emanando pelo Decreto Legislativo nº 196/2003, os Títulos I, II e III, que dizem respeito ao tratamento dos dados, respectivamente, no âmbito judiciário, por parte das forças policiais, e em matéria de defesa e segurança do Estado; o Título

IV se refere a outras formas de tratamento dos dados pessoais no âmbito público ou para variadas finalidades de interesse público, da disciplina dos estrangeiros aos adesivos que identificam os veículos que têm acesso aos centros históricos das cidades; o Título V diz respeito à delicada matéria dos dados pessoais no âmbito sanitário; o Título VI diz respeito à educação; o Título VII disciplina o tratamento dos dados com fins históricos, estatísticos ou científicos; o Título VIII diz respeito à matéria laboral e de assistência social, o Título IX diz respeito ao tratamento de dados no âmbito do sistema bancário, financeiro e securitário; o Título X tem por objeto as comunicações eletrônicas, compreendidas, portanto, a Internet e as redes telemáticas; o Título XI diz respeito às profissões liberais e às atividades de investigação privada; o Título XII concerne ao jornalismo e às atividades literárias e artísticas; o Título XIII, enfim, tem por objeto o assim chamado *marketing* direto, isto é, as atividades dirigidas ao envio de material publicitário, ou ao cumprimento de pesquisas de mercado ou de comunicações comerciais). Sobre a normativa comunitária e internacional em matéria de proteção dos dados pessoais, cfr. G. Buttarelli; para uma leitura comparada da Lei nº 765/1996, cfr. Zeno-Zencovich).

Os múltiplos princípios resultantes da referida normativa, que se revelam identificáveis mediante fórmulas legislativas capazes de se adequarem às mudanças de exigências concretas também em conexão à sucessiva intervenção de outras fontes de regulamentação (em particular modo, por meio das autorizações gerais do próprio Garante, os códigos de deontologia e de boa conduta provenientes das categorias de sujeitos titulares ou responsáveis pelo tratamento, e em particular ao código deontológico relativo à atividade jornalística, e os códigos deontológicos relativos aos dados idôneos que revelam o estado de saúde, ou, ainda, que dizem respeito à pesquisa histórica, estatística e científica, cfr. sobre este perfil U. De Siervo, P. Bilancia, e A. Simoncini, segundo o qual o Garante desenvolveria também uma função de assegurar a racional construção do sistema normativo em questão), são assegurados pela centralidade de posição reconhecida pela sujeito interessado ao tratamento dos seus dados pessoais e, portanto, com a sua fundamental necessidade de consenso – que deve ser necessariamente informado – sobre a atividade de coleta e de tratamento dos próprios dados (e também expressos de forma escrita, ligados a uma específica autorização pelo Garante, quando se tratar de dados sensíveis). O consentimento do interessado, todavia, não é demandado pelos sujeitos de direito público (cfr. art. 18, § 4º, do Decreto Legislativo nº 196/2003; peculiar, ao invés, é a disciplina para os profissionais da saúde pública e para os órgãos

públicos sanitários, com previsão na Parte II do Código em questão). Sobre este propósito, a disciplina do tratamento dos dados sensíveis pelos sujeitos de direito público é propriamente disciplinada pelo art. 20 do referido Código, no qual se definem os princípios gerais sobre os quais é consentido o tratamento dos dados e se identificam algumas relevantes finalidades que dizem respeito ao interesse público para cuja persecução é consentida o tratamento dos dados anteriormente referidos, as operações exequíveis e os tipos de atos que podem ser tratados. Em particular, sobre os fins relevantes, deve ser referido que tal tratamento deve ser efetuado “em modalidades dirigidas a prevenir violações de direitos, das liberdades fundamentais e da dignidade do interessado” (art. 22, § 1º, do Decreto Legislativo nº 196/2003); ademais, “os dados idôneos que revelam o estado de saúde e a vida sexual são conservados em separado dos outros dados pessoais quando tratados para finalidades que não lhes digam respeito” (art. 22, § 7º, do Decreto Legislativo nº 196/2003).

Outrossim, com base no art. 20 do Decreto Legislativo nº 196/2003, o tratamento dos dados é consentido se “autorizado por expressa disposição de lei na qual forem especificados os tipos de dados que podem ser tratados e os tipos de operações exequíveis e as finalidades de interesse público perseguidas”; na falta de indicação legislativa dos tipos de dados e das operações exequíveis, estas especificações podem ser descritas por ato regulamentar em conformidade com o parecer explícito do Garante; enfim, se o tratamento não é previsto expressamente por uma norma legal, o tratamento é consentido depois que o Garante haja requerido a individuação da atividade que persegue a finalidade de relevante interesse público e depois que o próprio sujeito de direito público identificou e tornou públicos os tipos de dados e de operações exequíveis. Portanto, parece que se introduziu um tipo de função normativa reconhecida em via meramente supletiva e interina ao Garante (sobre este ponto, ver A. Simoncini).

A tutela do sujeito interessado é prevista em uma ampla armadura de direitos – em particular o direito de acesso ao tratamento dos próprios dados, ligados àqueles direitos de retificação, integração e cancelamento desses últimos (cfr. art. 7º do Decreto Legislativo nº 196/2003) – que correspondam a obrigações que recaiam essencialmente sobre os titulares, responsáveis ou encarregados das atividades conexas aos dados pessoais e, paralelamente, a uma série de deveres e poderes atribuídos à autoridade independente com esse fim constituída, isto é, o Garante para a proteção dos dados pessoais. Quanto à responsabilidade dos primeiros, por exemplo, há a obrigação de notificar o Garante sobre os

tratamentos efetuados (art. 37 do Decreto Legislativo nº 196/2003) e de tomar as medidas de segurança necessárias para reduzir ao mínimo os riscos de destruição, perda e acesso não autorizado aos dados ou para evitar tratamentos não consentidos. Ao Garante compete, em particular, decidir no prazo de 30 dias sobre os recursos apresentados pelo interessado – em alternativa àqueles propostos diante à autoridade jurisdicional – quanto à tutela de seus direitos (cfr. art. 145 do Decreto Legislativo nº 196/2003; cfr., sobre este ponto, o regulamento sobre a organização e funcionamento do Garante aprovado pelo Decreto do Presidente da República nº 501, de 31 de março de 1998), e, portanto, o Garante acaba por representar um momento institucional no qual encontraria efetiva satisfação o direito dos interessados à transparência e à correção do tratamento dos dados pessoais.

Reproduzindo-se a classificação já presente na normativa comunitária, a complexa tutela oferecida pela legislação nacional se distingue do ponto de vista objetivo conforme o tratamento seja de dados comuns (categoria geral e residual na qual entram, por exemplo, o nome, o endereço ou o número de telefone), ou, ainda, os dados sensíveis, aqueles relevantes a um variado complexo de conotações identificáveis (a “origem racial e étnica”), condições de bem-estar (o “estado saúde”), convicções (“religiosas, filosóficas ou de outro gênero”), opiniões (“políticas”) e comportamentos (de um lado, “a adesão a partidos, sindicatos e organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical”, de outro lado, “a vida sexual”), cujo incontável conhecimento público poderia facilmente gerar discriminações que incidiriam sobre o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos interessados e definitivamente lesariam o livre e equânime usufruto dos direitos humanos – seja na esfera individual, seja na esfera associativa e coletiva – conforme os arts. 2º e 3º da Constituição.

São definidos dados sensíveis aqueles que são “idôneos a revelar a origem racial e étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou de outro gênero, as opiniões políticas, a adesão a partidos, sindicatos, associações ou organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical, como também os dados pessoais idôneos a revelar o estado de saúde e a vida sexual” (art. 4º, § 1º, alínea *d*, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Se é evidente que, seja o colegamento dessas referências legislativas com cada um dos cânones indicados pelo art. 3º da Constituição (cfr., por todos, G. Busia), seja o nexos com a dimensão – seja individual, como associativa – de alguns dos interesses constitucionalmente tutelados (cfr. sobre este ponto G. Alpa), é necessário prospectar a eventualidade de uma intervenção supletiva da Corte Constitucional em que emerge a necessidade de se estender

a forma mais urgente de tutela do ordenamento a outros interesses igualmente conexos ao livre e equânime usufruto dos direitos humanos e irracionalmente subtraídos pela vigente normatização das garantias previstas para a categoria de dados sensíveis. Pelo contrário, o legislador advertiu a exigência de ditar uma específica disciplina com fim de ter conhecimento da autonomia reconhecida pela Constituição às confissões religiosas: a obrigação do consentimento escrito do interessado ao tratamento dos dados sensíveis não se aplica aos dados que dizem respeito aos aderentes das referidas confissões nem àqueles relativos “aos sujeitos que com referência a finalidades de natureza exclusivamente religiosa têm contato regular com tais confissões”, quando se trate de dados que “sejam tratados por órgãos específicos, ou seja, por entes civilmente reconhecidos, sempre que os dados não sejam difundidos ou comunicados fora das referidas confissões”, os quais devem, por outro lado, determinar “idôneas garantias relativamente aos tratamentos efetuados, em respeito aos princípios indicados em atenção com autorização do Garante” (cfr. art. 26, § 3º, alínea a, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Tal disciplina diz respeito a todas as confissões religiosas, já que o Código vigente acolheu a solução inovativa resultante do Decreto Legislativo nº 467/2001 e que consente de superar a originária norma em favor colocada pela Lei nº 675/1996; esta última, de fato, referia-se somente às confissões cujas relações com o Estado fossem disciplinadas com leis propositalmente “ligadas” com as relativas representações vinculadas ao art. 8º da Constituição (de resto, a questão de legitimidade constitucional levantada sobre este ponto foi declarada inadmissível pela Corte Constitucional, com a Sentença nº 379/2001).

Ademais, existem formas de garantias diferenciadas em relação à específica tipologia dos dados, aos sujeitos que proveem o tratamento dos dados e às atividades por meio das quais os próprios dados podem ser tratados. Por exemplo, de um lado, é deixada uma mais ampla liberdade às pessoas físicas que proveem o tratamento dos dados para fins exclusivamente pessoais, salvo se os próprios dados sejam destinados “a uma comunicação sistemática ou à difusão” (cfr. o art. 5º, § 3º, do Decreto Legislativo nº 196/2003); por outro lado, a difusão dos dados idôneos, que podem revelar o estado de saúde, é rigidamente vetada (art. 26, § 5º, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Ainda, o tratamento desses últimos dados por parte dos profissionais da área da saúde é submetido à uma específica disciplina dirigida a contemplar as exigências de tutela da saúde individual e coletiva (cfr. arts. 75 e seguintes e especificamente o art. 82 do Decreto Legislativo nº 196/2003). Outrossim, se a comunicação e a difusão dos

dados pessoais são proibidas nos casos nos quais não haja vedação pelo Garante ou pelas autoridades judiciárias, isto é, em relação aos dados aos quais tenha sido ordenado o cancelamento, ou, ainda, porque são conexos a finalidades diversas daquelas as quais é colegado o tratamento dos dados referidos, ao contrário, a comunicação ou a difusão dos dados pode ser legitimamente pedida pelas forças policiais, pelas autoridades judiciárias, por órgãos de informação e segurança do Estado ou por razões conexas à prevenção, ao controle ou à repressão de delitos (cfr. art. 25 do Decreto Legislativo nº 196/2003; veja-se, também, sobre o tema da conservação de dados do ligações telefônicas para finalidade de controle e repressão dos delitos, os mais extensos termos e as diversas modalidades divergentes da Lei nº 45, de 26 de fevereiro de 2004, a conversão em lei trazida com as modificações do Decreto-Lei nº 354/2003 e que modificou um vários pontos o Decreto Legislativo nº 196/2003). Além disso, os mesmos princípios estabelecidos para os dados sensíveis e processuais valem para os tratamentos dos dados disciplinados pela Presidência da República, pelas duas Assembleias Parlamentares e pela Corte Constitucional e, ainda mais, “em conformidade com os respectivos ordenamentos” (cfr. o art. 22, § 12, do Decreto Legislativo nº 196/2003), quase em contínuo e tradicional obséquio à autodeclaração cujos órgãos constitucionais continuam a dispor, ainda que em formas diversas e presumivelmente destinadas a perecer. Enfim, o tratamento dos dados sensíveis está sujeito a uma peculiar disciplina já que diz respeito ao exercício da profissão jornalística, ou seja, temporariamente e exclusivamente com fim à publicação ou difusão ocasional de artigos, ensaios e outras manifestações do pensamento e também artísticas (cfr. art. 136, § 1º, do Decreto Legislativo nº 196/2003). Em particular, em tais casos, se, de um lado, o tratamento de dados não demanda uma autorização do Garante, nem deve observar o respeito a tais garantias previstas para os dados judiciários e das normas que disciplinam a transferência de dados para o exterior, de outro lado, podem desenvolver-se sem o consentimento do interessado, com previsão, seja em linhas gerais, seja em relação aos dados sensíveis. Todavia, a difusão e a comunicação dos dados em questão permanecem sempre submetidos aos limites da liberdade de imprensa sob tutela dos direitos e dos princípios anteriormente referidos que são a base de proteção dos dados pessoais e o princípio da essencialidade da informação que diz respeito aos fatos de interesse público; por outro lado, o tratamento é consentido quando os dados pessoais sejam relativos a circunstâncias ou a fatos tornados conhecidos por ações do próprio interessado ou por meio de seu comportamento público (art. 137, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto Legislativo nº 196/2003; o artigo sucessivo tem como

firme a disciplina sobre o segredo profissional relativamente à fonte da notícia, no caso em que o interessado procure conhecer a origem dos dados pessoais tratados). Com este propósito, a ponderação entre as exigências de tutela da privacidade e aquelas de direito à informação vem buscada também mediante o apropriado Código de Deontologia adotado pelo Conselho Nacional da Ordem dos Jornalistas em cooperação substancial com o Garante – que desenvolve, ao invés, um função supletiva – e cuja violação pode gerar uma vedação do Garante de proceder ao tratamento dos dados (cfr. art. 139, § 5º, do Decreto Legislativo nº 196/2003; sobre tal Código como nova fonte normativa, ainda que atípica, do ordenamento estatal, cfr. U. De Siervo; *contra*, ao invés, P. Bilancia, que o considera fonte de meras normas deontológicas internas da categoria).

Definitivamente, resulta um complexo de modalidades e de instrumentos jurídicos de proteção, que são corretamente inspirados em rígidos critérios de uniformidade, mas tendencialmente graduados segundo a copresença de interesses públicos ou privados merecedores de qualquer tipo de tutela (por exemplo, se trata-se de atividades com fim de defesa, de segurança do Estado, de Justiça e de tutela da segurança dos cidadãos, ou de tratamentos efetuados pela Administração Pública, ou, ainda, no âmbito das atividades econômicas). Tudo isso, acrescente-se, ao interno de uma construção progressiva e continuamente inconclusa do sistema normativo, colocado de novo, em parte, à intervenção integrativa dos códigos deontológicos e de “boa conduta” e, portanto, à livre e espontânea autointegração regulamentar por parte dos próprios sujeitos – de resto representados por organizações exponenciais das categorias – que agem nos diversos setores sociais nos quais se procede o tratamento dos dados pessoais (sobre o fenômeno do incremento da autorregulamentação por parte de instituições privadas com funções de cuidado de interesses coletivos, cfr. A. Predieri). Se este último aspecto responde ao princípio da menor coação possível por parte das autoridades públicas e da necessária busca de consenso criador das categorias concretamente envolvidas, por outro lado é demonstrada a real eficácia aos fins de proteção das esferas da privacidade constitucionalmente garantidas a qualquer indivíduo, efetividade que de resto pode ser entendida como ainda mais fraca diante da atividade jurisdicional que é ativada, em sentido prevalentemente repressivo, nos confrontos com as decisões das autoridades independentes (sobre este ponto, cfr. S. Niccolai).

Perplexidade, por outro lado, pode advir do fato de que a atividade individual, genericamente compreendida na livre manifestação do pensamento garantida pelo art. 21 da Constituição a cada indivíduo, possa ser submetida às

normas presentes no Código de Deontologia adotado pelo Conselho Nacional da Ordem dos Jornalistas e, portanto, por sua natureza destinada a operar no restrito âmbito da categoria profissional em questão (cfr. A. Simoncini); então, se fosse buscado reconhecer a estas prescrições idoneidade integrativa das fontes normativas estatais, poderia se perguntar se da violação às normas deontológicas assim predispostas seja legítimo fazer derivar aos não jornalistas a aplicação de medidas restritivas incidentes sobre a publicação do ato de manifestação do pensamento (já que o art. 21 da Constituição não consente de submeter a imprensa a autorizações ou censuras e subordina a precisas condições o sequestro sucessivo), e não só a eventual vedação de operação do tratamento dos dados ilicitamente postos em causa, vedação disposta pelo Garante também sobre o recurso do interessado e os efeitos jurídicos derivados do ilícito tratamento dos dados pessoais (em particular o ressarcimento do dano, também imaterial; cfr. art. 167 do Decreto Legislativo n° 196/2003).

No que concerne à colocação do Garante no quadro do ordenamento constitucional, não há dúvidas de que a predisposição de tal autoridade, independente do círculo político-representativo, constituído do tronco Governo-Parlamento, constitui a explicitação de uma tendência já difusa, qual seja, aquela de atribuir a regulamentação, o controle e a vigilância de delicados setores da vida individual e coletiva a novos sujeitos institucionais que são postos em uma posição de separação funcional dos órgãos de representação política, ainda que o procedimento das nomeações preveja a participação, sob vários títulos, desses últimos (cfr., sobre a peculiar derivação parlamentar do Garante em questão, M. Manetti e N. Marzona).

O Garante para a proteção dos dados pessoais, criado também em favor às obrigações anteriormente lembradas de origem internacional e europeia, é um órgão colegiado constituído de quatro membros, dois deles eleitos pela Câmara dos Deputados e dois deles eleitos pelo Senado da República com voto limitado (de modo a consentir que as minorias parlamentares possam contribuir ativamente à designação dos seus componentes). Os próprios componentes elegem internamente o seu presidente, cujo voto, em caso de empate, assume valor qualificado. Os componentes do Garante são escolhidos entre pessoas que assegurem independência e que sejam *experts* em matéria de direito ou de informática; seus mandatos duram quatro anos e não podem ser reconduzidos por mais de uma vez. Durante o mandato, eles não podem exercer, sob pena de perda do mesmo, qualquer atividade profissional ou consultiva, nem ser

administradores ou dependentes de entes públicos ou privados, não estar exercendo mandatos eletivos (cfr. o art. 153 do Decreto Legislativo nº 196/2003).

Conforme sucede com outras autoridades também denominadas independentes, ao Garante são atribuídas funções de diversas naturezas, desde a produção normativa – por vezes a título de coparticipação com outros sujeitos (cfr. U. De Siervo, mas *contra*, E. de Marco) – à vigilância dos poderes de autorização, àquelas funções de controle, dos poderes de inspeção e de correção, àquelas funções coercitivas, dos poderes de decisão sobre recursos de caráter administrativo à função de tutela dos direitos em matéria de dados pessoais com um papel substancialmente alternativo àquele da Jurisdição e, portanto, com poderes também sancionatórios: um grande conjunto de atribuições (protegidas ainda mais mediante a previsão dos próprios tipos penais) colegadas à complexa função de proteção dos dados pessoais, ou melhor, a assegurar o respeito dos princípios quanto ao correto tratamento dos dados pessoais previstos em lei. Quanto à pergunta, se trata-se de um poder do Estado – que, portanto, pode agir e resistir conforme o art. 134 da Constituição nos conflitos entre poderes do Estado –, a atual orientação assumida pela jurisprudência constitucional, quanto a similares autoridades independentes, é no sentido de que não (cfr. a Ord. nº 137/2000). Mas isso deveria induzir a uma diversa solução, seja em razão da posição de independência do órgão em questão internamente ao ordenamento constitucional (podendo-se superar também tais incertezas relativas ao poder de ditar as normas de organização do Garante, inicialmente atribuídas inteiramente ao Governo e depois reenviadas em grande parte ao próprio Garante; cfr., sobre este ponto, N. Marzona e A. Simoncini), seja em razão de concentrarem-se no Garante numerosas e incisivas atribuições que possuem sem nenhuma dúvida uma específica relevância constitucional (para se utilizarem as palavras da Corte Constitucional), enquanto estritamente colegadas à tutela – fundada, se não imposta, pela própria Constituição – de um decisivo aspecto da esfera reservada à vida humana, isto é, aquele atinente à apreensão e à difusão de dados diretamente inerentes às esferas da privacidade constitucionalmente protegidas.

## 5 A INVIOABILIDADE DA LIBERDADE E DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA

### 5.1 PERFIS INTRODUTÓRIOS SOBRE A TUTELA CONSTITUCIONAL

Conforme apontado anteriormente, a inviolabilidade da liberdade e do segredo da correspondência, prevista no art. 15 da Constituição, constitui-se em um dos âmbitos de privacidade individual constitucionalmente protegida. Agora,

acrescente-se que é garantido que o diálogo intercorrente entre os indivíduos que se comunicam exclusivamente entre eles – e, portanto, o diálogo circunscrito a tais determinados sujeitos enquanto se desenvolve mediante formas de natureza não públicas ou não voluntariamente abertas ao conhecimento de outros (pense-se, diversamente, no caso de quem conversa em alta voz defronte a terceiros) – possa desenvolver-se em condições de liberdade e, portanto, de segredo (este último, caso seja concretamente possível, considerados o meio empregado e o contexto no qual se realiza a atividade comunicativa e se os próprios interlocutores não o renunciam); de um lado, assegura-se a cada indivíduo a possibilidade de formar livremente as próprias convicções – em cada âmbito da vida individual e coletiva e, pois, também do ponto de vista político –, de outro lado, tutela-se mais completamente a liberdade moral da pessoa. A liberdade e o segredo destas comunicações, acrescente-se, devem ser respeitados, seja por parte dos poderes públicos, seja por parte dos poderes privados.

Sobre a conversação em alta voz e, de forma mais geral, sobre o contexto em que se desenvolve a atividade comunicativa e sobre a espontânea renúncia à privacidade das comunicações, veja-se a Sentença de Cassação, de 28 de fevereiro de 1979, *in Riv. Pen.*, 1980, n° 373, e que se salientou que a proteção do art. 15 da Constituição diz respeito a conversações que se desenvolvam em modalidades tais que denotem a intenção dos interlocutores de manter em segredo o conteúdo, de forma que é legítima a escuta ocasional de um colóquio, se ocorre, ou porque os interlocutores falam em voz alta, ou porque não se preocupam de evitar a interferência de terceiros, já que os próprios interlocutores, com seus comportamentos, mostram não dar importância ao segredo do discurso e, pois, implicitamente renunciam à tutela concedida pelo ordenamento para o segredo das comunicações. Que também os sujeitos privados devem respeitar a liberdade e o segredo das comunicações foi afirmado com claras letras pela Corte Constitucional na Sentença n° 77/1972, relativamente à obrigação do porteiro do estabelecimento à “máxima discricção” quando se tratar de notificações de atos processuais de matéria penal, enquanto “seria de gravíssimo prejuízo moral (e com frequência também econômico) a difusão da notícia de que alguém esteja sendo indiciado por um delito”.

Em outros termos, se a tutela da correspondência e, mais em geral, a comunicação definível como “privada” se reconduzem na essência de seu objeto no âmbito da vida humana que se procura manter reservada – exatamente porque não se recorre a formas públicas de comunicação do pensamento, ou porque não há preocupação em evitar-se que os outros escutem (que então não

pode ser qualificado como um critério de uma indiscrição) –, o efetivo grau de proteção oferecido pelo ordenamento constitucional redundando na complexa liberdade de que qualquer indivíduo venha a gozar ao interno de grupo social. A permeabilidade entre a esfera individual e aquela pública das liberdades aparece aqui com toda a evidência e ainda é acrescida, como veremos, da dificuldade de se distinguir dogmaticamente no âmbito da comunicação pública – ao qual é aplicável o art. 21 da Constituição – da comunicação chamada de privada, protegida pelo art. 15 da Constituição (diversamente, para a teoria mais tradicional, para a qual somente o art. 21 da Constituição se caracteriza por sua inerência aos interesses da comunidade, cfr. G. Grisolia).

Em todo o caso, a expressa previsão do mais indispensável cânone da inviolabilidade, que a Constituição reserva somente, além da correspondência, à liberdade pessoal, ao domicílio e ao direito de defesa, não deve parecer excessiva, ou, o que é pior, vazia redundância, quando pensa-se que os regimes autoritários utilizaram e utilizam a violação das comunicações interpessoais com um dos instrumentos mais eficazes de repressão às liberdades. Com tal propósito, a inviolabilidade mencionada no art. 15, ainda que, em nosso entendimento, não possa ser feita coincidir mecanicamente com a insuprimibilidade da presente liberdade constitucional mediante o processo de revisão constitucional (cfr., nesse sentido, A. Pace e M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno), não pode exprimir um peculiar grau de proteção nos confrontos das intervenções normativas que sejam dirigidas a disciplinar o objeto em questão, peculiaridade que pode bem traduzir-se no mais intenso escrutínio de constitucionalidade por parte da Corte Constitucional (sobre este ponto, recordando a Sentença nº 34/1973, cfr. M. Mazziotti di Celso; sobre a jurisprudência constitucional em questão, v. *amplius infra*; P. Barile dá relevo, ao invés, a uma aproximação diversa na ressurgente Sentença nº 100/1968).

Com tal propósito, bem mais incisivamente, a Corte Constitucional relevou que da qualificação de inviolabilidade se deduz que o direito à liberdade e ao segredo das comunicações está entre os valores constitucionais supremos, resultando estritamente atinente “ao núcleo essencial dos valores da personalidade – que induzem a qualificá-lo como parte necessária daquele espaço vital que circunda a pessoa e sem o qual esta não pode existir e desenvolver-se em harmonia com os postulados da dignidade humana” (cfr. Sentença nº 366/1991). Consequentemente, de um lado, o conteúdo essencial do direito inviolável, também no sentido do art. 2º da Constituição, é considerado insuscetível de revisão constitucional, “enquanto incorpora um valor da personalidade,

havendo um caráter fundamental ligado ao sistema democrático desejado pelo constituinte”; por outro lado, o conteúdo de valor do direito inviolável, *ex art. 15 da Constituição*, “não pode sofrer restrições ou limites por parte de qualquer dos poderes constituídos se não em razão de uma inderrogável satisfação de um interesse público primário constitucionalmente relevante”, “sempre que a intervenção limitativa posta em questão seja estritamente necessária à tutela daqueles interesses” e nos limites previstos pelo próprio art. 15 da Constituição (cfr., sempre, a Sentença nº 366/1991).

Recorda-se, ainda, que o art. 15, a oportuno complemento da tutela em questão, garante a referida inviolabilidade, seja para a correspondência em sentido estrito, seja para “qualquer outra forma de comunicação”, e dispõe que a limitação da liberdade e do segredo em questão “pode ocorrer somente por ato normativo da autoridade judiciária com as garantias estabelecidas pela lei”. Em outros termos, o exercício do direito tutelado pela Constituição é limitável no rigoroso respeito aos requisitos indicados pela própria Constituição, vale dizer, somente em favor dos princípios da reserva reforçada legal e da reserva de jurisdição e, portanto, segundo modalidades previstas pela lei que, reconduzindo sempre à vontade da autoridade judiciária ao ato limitativo da liberdade constitucional, respondam ao princípio do meio mínimo ou, de qualquer forma, daquele da necessidade da medida posta para a satisfação de um outro interesse público constitucionalmente relevante.

Serão, portanto, distintas, em primeiro lugar, as normas legislativas que são dirigidas à direta proteção das esferas do sigilo ligadas à liberdade e ao segredo de correspondência; lembre-se, além dos fatos típicos penais já referidos (cfr. § 1.3) – ainda o art. 616 do Código Penal, relativo ao conhecimento indevido da correspondência dirigida a outros; o art. 617 do Código Penal, relativo ao conhecimento ilícito de comunicações ou conversas telegráficas ou telefônicas; o art. 617-*quarter* do Código Penal, relativo à interceptação ilícita de comunicações informáticas ou telemáticas; o art. 618, que diz respeito à revelação sem justa causa de conteúdo de correspondência sobre a qual se tenha tido conhecimento abusivo –, também o art. 619 do Código Penal, relativo à violação, subtração e supressão de correspondência, e o art. 620, concernente à revelação do conteúdo de correspondência (ambos dizem respeito aos empregados dos serviços de comunicação); lembra-se, ainda, que todos os fatos típicos penais aqui indicados foram estendidos pelo art. 623-*bis* do Código Penal “a qualquer outra transmissão à distância de sons, imagens ou outros dados”. A estas normas se agregam aquelas que disciplinam mais especificamente do ponto de vista organizativo o

correto desenvolvimento do serviço postal, telefônico e telegráfico (v., sobre este ponto, C. Troisio) e aquelas que tutelam civilmente a correspondência epistolar (cfr. arts. 93 a 95 da Lei nº 633/1941).

Em segundo lugar, é necessário sublinhar as previsões legislativas que, junto com o § 2º do art. 15 da Constituição, põem limites à liberdade e ao segredo da correspondência e a qualquer outra forma de comunicação. Trata-se, acima de tudo, dos delitos que preveem limites às comunicações conexos com a tutela das liberdades morais das outras pessoas (por exemplo, o art. 612 do Código Penal, relativo à ameaça alheia de um dano injusto – sem distinguir entre comunicação privada ou pública –; o art. 339, § 1º, relativo à ameaça feita por escrito anônimo nas interpelações feitas por oficiais públicos, por entes políticos, administrativos ou judiciários) ou da honra alheia (cfr. o art. 594, § 2º, do Código Penal, relativo à injúria cometida mediante a comunicação telegráfica, ou telefônica, ou feita por escritos ou por desenhos, diretamente à pessoa ofendida, e o art. 595, § 1º, do Código Penal, relativo à difamação cometida com “a comunicação de várias pessoas” e, portanto, também de forma confidencial e não pública). De um lado oposto, com fim de tutelar também o direito inviolável de defesa, *ex* art. 24 da Constituição, veja-se a excludente – na forma da não punibilidade – prevista no art. 598 do Código Penal para as ofensas presentes nos escritos apresentados nos procedimentos diante da autoridade judiciária “quando as ofensas digam respeito ao objeto da causa ou ao recurso administrativo”; o juiz, todavia, pronunciando-se sobre a causa, pode dispor de providências disciplinares, como também determinar o cancelamento dos escritos ofensivos e condenar o ofensor a um ressarcimento em razão do dano não patrimonial por ele cometido. Outrossim, chama-se atenção às normas que limitam as comunicações privadas com base em outras várias considerações: vejam-se as limitações relativas às comunicações dos militares, dos detentos (art. 2º da Lei nº 1/1977; sobre a esfera da privacidade reconhecida também às conversas dos detentos e destes com terceiras pessoas, cfr. Sentença de Cassação de 28 de fevereiro de 1979, anteriormente referida), dos falidos (art. 48, R. D. nº 267/1942, que consente ao curador falimentar reter a correspondência que diga respeito a interesses patrimoniais), dos doentes mentais (art. 35, alínea *b*, do Decreto do Presidente da República nº 655/1982) ou, por fim, dos menores (art. 35 do decreto anteriormente citado). Não fazem parte do segredo das comunicações garantido pelo art. 15 da Constituição, nem a questão relativa à nomeação dos títulos acionários e da obrigação de se comunicar à administração financeira sobre as operações e as anotações feitos nos livros dos sócios (cfr. Corte Constitucional,

nº 129/1957), nem as comunicações às autoridades de segurança pública quanto à nomeação das pessoas alojados por misericórdia (cfr. Corte Constitucional, nº 144/1970).

Enfim, recordam-se as normas que consentem limitar o segredo das conversas mediante a predeterminação de que serão interceptadas: cfr. arts. 216 e 266 do Código de Processo Penal, modificados com o Decreto-Lei de 8 de junho de 1992, convertido em lei com as modificações da Lei nº 356, de 7 de agosto de 1992; vejam-se também as inovações introduzidas pela citada Lei nº 155/2005, quanto ao tema da interceptação por parte dos serviços de *intelligence* (cfr. art. 4º), de conservação e aquisição de dados de comunicações telefônicas e telemáticas (cfr. art. 5º), além das disposições atinentes à disciplina administrativa dos serviços públicos de telefonia e Internet, que introduzem medidas dirigidas ao “monitoramento das operações do usuário e para o arquivamento dos dados relativos” (cfr. art. 4º, § 1º). Veja-se, sobre o ponto, o Decreto Ministerial, de 16 de agosto de 2005, adotado pelo Ministério do Interior em conjunto com os Ministérios da Comunicação e da Inovação e da Tecnologia.

## 5.2 OBJETO DA INVIOABILIDADE E, EM PARTICULAR, O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

Os objetos da inviolabilidade são, portanto, as duas condições de desenvolvimento – liberdade e privacidade – constitucionalmente garantidas em favor de qualquer forma de comunicação, daquelas modalidades idôneas em consentir a atividade comunicativa realizada entre dois ou mais sujeitos determinados: o livre desenvolvimento da comunicação realizada entre remetente e destinatário sem preclusões ou obrigações por parte de qualquer um – que resultem constitucionalmente protegidas, seja a posição de quem envia a comunicação, seja aquela de quem a recebe (cfr., sobre este ponto, A. Pace e P. Barile) – e a proteção das comunicações contra intromissões alheias (cfr. A. Cerri), entendida como assegurados os limites constitucionalmente justificados. Destaca-se que não somente a condição do segredo é um instrumento de proteção dos âmbitos da privacidade da vida humana; de fato, também a própria liberdade de comunicação pode ser ligada à esfera da intimidade constitucionalmente protegida, enquanto tal liberdade se apresenta, seja em um sentido positivo – isto é, como liberdade de desenvolver atividade comunicativa independentemente de obstáculos colocados por qualquer um em meio à comunicação –, seja em um sentido negativo, isto é, como liberdade de não comunicar, de não ser, por isso, constringido a submeter-se ou a manter uma relação comunicativa, liberdade,

portanto, que se traduz em um “radical modo de ser da intimidade” (ver sempre A. Cerri).

A previsão constitucional, deve-se especificar, não implica direito de dispor de qualquer meio de comunicação, mas meios que, em relação aos meios postos à disposição, sejam asseguradas a liberdade e o segredo da atividade comunicativa (nesse sentido, M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno, A. Pace, F. Sorrentino), de modo tal que esta última não seja submetida a limites legislativos injustificadamente postos.

A propósito dos meios utilizáveis para comunicações privadas e sobre a limitada discricionariedade do legislador de disciplinar o uso, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional daquelas normativas que incorporavam o monopólio estatal e submetiam à concessão – e, portanto, atribuindo à Administração Pública excessivos espaços de discricionariedade sobre as condições, os limites e as obrigações às quais a concessão pode ser subordinada – os aparelhos radioelétricos de fraca potência e de tipo portátil, enquanto consideradas as características técnicas dos aparelhos e levando-se em conta os fins de tutela de seu uso, “o limite de utilização desses pode encontrar-se unicamente na exigência de um governo etéreo, em relação ao qual é suficiente a previsão de um regime autorizador” (v. Sentença nº 1030/1988).

A doutrina trata com abordagens bem diversas a relação entre a liberdade e o segredo das comunicações, temática de extrema delicadeza, já que reconhecer o segredo como elemento intrinsecamente necessário do fato típico constitucionalmente protegido implica reconduzir a tutela constitucional somente às modalidades de comunicação que consintam de garantir o segredo do conteúdo da relação de comunicação. Quem prefere manter distintas qualificações jurídicas, evidenciando a relação de complementaridade e de possibilidade, mas sem a necessária inferência (cfr. V. Italia e M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno), opõe-se à tese segundo a qual a tutela constitucional diz respeito a só uma situação jurídica subjetiva, “a liberdade das comunicações materialmente submetível e concretamente submetida a vínculos de privacidade” (nesse sentido, A. Pace, limitando a tutela constitucional somente às comunicações de pensamento e, portanto, excluindo, entre outras, a assim chamada correspondência não epistolar, o envio de pacotes, etc.), isto é, a garantia constitucional diria respeito à comunicação reservada (cfr. P. Barile, quem considera protegida constitucionalmente também a assim chamada correspondência não epistolar, desde que se manifeste “num pensamento bem definido”, mas chegando à

inadmissível consequência de deixar-se entrar também um pacote que contenha explosivos!), ou ainda que “resulte essencialmente e principalmente em função do segredo de seu conteúdo” (nesse sentido, S. Fois).

Da intrínseca conexão entre liberdade e privacidade, portanto, fez-se derivar que uma expressão do pensamento que se desenvolva entre sujeitos determinados, mas efetuada em uma modalidade tal que a torne assimilável por terceiros, não seria uma comunicação protegida pelo art. 15 da Constituição, mas seria uma manifestação do pensamento a qual deveria ser aplicado o art. 21 da Constituição (veja-se, por exemplo, o caso da correspondência aberta; nesse sentido, A. Pace).

De um ponto de vista diverso, e especialmente por parte de quem não atribui relevância decisiva à idoneidade do meio a garantir o segredo do conteúdo da atividade comunicativa, sublinhe-se a intenção subjetiva de quem envia e de quem recebe a comunicação, considerando o direito de comunicação constitucionalmente protegido até o ponto em que aqueles que o tenham reconhecido não o renunciem (cfr. M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno), isto é, faz-se referência ao caráter atual e pessoal da correspondência (cfr. P. Barile e E. Cheli, em conformidade com a definição de correspondência dada pelo art. 24 do Reg. Cód. Postal), ou, ainda, o requisito da comutatividade e intercambialidade da relação de comunicação e dos recíprocos papéis de remetente e de destinatário (cfr. C. Chiola).

A complexa relação entre as condições constitucionalmente garantidas e todas as formas de possível desenvolvimento da atividade comunicativa e a identificação da noção jurídica desta última, torna-se ainda mais complexa diante das modernas tecnologias telemáticas, informáticas e multimídias, em que a distinção entre comunicação privada e manifestação pública do pensamento se torna cada vez mais sutil ou de qualquer forma parece sempre menos clara e perceptível (sobre a complexa temática do regime jurídico das comunicações via Internet, remete-se, por todos, às reflexões de P. Costanzo). A propósito, é relevante que a privacidade da comunicação seja tutelável somente nos limites da “sua intrínseca natureza e modalidade de explicação, ou, ainda, nos limites da natureza do meio empregado”, sendo sublinhada a necessidade de controlar o contexto de privacidade em cujo âmbito se desenvolve a comunicação (cfr. V. Zeno-zencovich).

Bem vista, a questão da alternativa posta por uma prestigiosa doutrina entre a aplicação do art. 15 da Constituição e o recurso à disciplina geral do art. 21 da

Constituição (alternativa que remonta a C. Esposito, que, ao contrário, considera a comunicação privada como uma subespécie ou somente um instrumento da liberdade de manifestação do pensamento), apresenta aspectos problemáticos em não poucos momentos. De fato, de um lado, deduzem-se das condições constitucionais de garantia das comunicações elementos determinados com fim de identificação da noção da própria comunicação, o que poderia ser suscetível de crítica em relação à correção da argumentação empregada; por outro lado, a doutrina tem se esforçado para fornecer parâmetros distintivos certos e objetivos entre a comunicação e a manifestação do pensamento, parâmetros que consentissem, seja manter razoavelmente diferenciadas as duas normas, seja para cobrir ao mesmo tempo (e, portanto, para fundamentar e delimitar) constitucionalmente todo o espectro da atividade de interconexão comunicativa entre dois ou mais sujeitos.

Todavia, se a primeira exigência aparece como objetivo indefectível, a segunda parece menos justificada à luz do princípio geral da liberdade, que deveria animar todo o sistema do ordenamento constitucional vigente. De resto, se ainda se devesse manter firme a referida alternativa, ainda levando-se em conta o velocíssimo modificar das formas de comunicação na contemporânea sociedade tecnológica, parece que se deve concordar com aquela interpretação que atribui ao conceito de comunicação um conteúdo mais amplo do que aquele da manifestação do pensamento (cfr. M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno), podendo-se, assim, atribuir à primeira, e não à segunda, um caráter geral e residual.

### **5.3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DAS COMUNICAÇÕES PRIVADAS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL**

A jurisprudência constitucional relativa às comunicações tuteladas pelo art. 15 se desenvolveu sob duas frentes: o primeiro, conexo com a falta de uma expressa previsão constitucional relativa aos provimentos adotados de forma provisória por autoridades não jurisdicionais – diferentemente do que é previsto nos arts. 13 e 14 da Constituição – e, portanto, em relação ao eventual valor taxativo da inafastabilidade da jurisdição; o segundo, relativo à maior precisão da reserva reforçada da lei que é constitucionalmente definida mediante a fórmula já peculiar das “garantias estabelecidas pela lei”.

A inafastabilidade da jurisdição, como já é notório, apresenta-se como expressão de um complexo de garantias que a Constituição oferece à tutela de correção dos provimentos limitativos das liberdades: basta referir, entre outro,

a independência dos membros do Poder Judiciário em relação a outro poder do Estado, a imparcialidade da autoridade judiciária no desenvolvimento de atividades de inquirição.

Em um flanco, às razões de quem sublinha os problemas que se originariam da admissibilidade de qualquer tipo de intervenção não proveniente da autoridade judiciária (cfr. M. Mazziotti di Celso e G. M. Salerno), respondeu-se apelando-se aos poderes preventivos que, exercitáveis pela autoridade de segurança pública em virtude dos arts. 13 e 14 da Constituição, poderiam incidir também à liberdade de comunicação privada (e, portanto, no curso da uma inspeção pessoal ou domiciliar se poderia bloquear a carta que o inquirido envia a um terceiro; cfr. A. Pace). Em qualquer caso, a Corte Constitucional, por um lado, considerou constitucionalmente ilegítimo o art. 13 do R. D. n° 645, de 27 de fevereiro de 1936 (Código Postal), no qual se atribuía à administração postal o poder de não dar seguimento a uma correspondência considerada perigosa para a segurança do Estado, ou contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; por outro lado, reconheceu-se a legitimidade constitucional da disposição (substitutiva daquela recém citada) ditada pela Lei n° 1.114, de 20 de dezembro de 1966, que consente à administração postal proceder à detenção da correspondência, considerando tal atividade “meramente instrumental, dirigida exclusivamente a solicitar a intervenção do juiz” (nesse sentido, a Sentença n° 100/1968), que, dentro de 24 horas, deve pronunciar-se motivadamente sobre o encaminhamento da correspondência (em sentido favorável à pronúncia, cfr. R. Guariniello, para quem a Constituição demandaria um comando jurisdicional somente no momento final do procedimento de restrição; em sentido contrário, P. Barile e, criticamente, A. Chiappetti).

Em outro flanco, e especificamente em referência à administração da justiça, a Corte Constitucional subordinou a um tipo de decálogo as limitações legais oponíveis ao segredo das comunicações: se existem efetivas exigências para a administração da justiça; se subsistem motivos fundamentados para que se retenha que da limitação do segredo das comunicações possam derivar resultados positivos para as investigações que estão em curso; se resulte determinada a duração da limitação; se aparecem como justificadas as eventuais prorrogações de medidas que disponham sobre a limitação; se for previsto o segredo das comunicações tidas como irrelevantes para os fins do procedimento; se foram predispostos serviços técnicos idôneos que consintam à autoridade judiciária de controlar de fato que se proceda somente a interceptações autorizadas e nos limites da própria autorização (Sentença n° 34/1973; ver também a Sentença

nº 98/1976; o último aspecto também se liga, como é evidente, à problemática da inafastabilidade da jurisdição).

Com particular relevância processual, é o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente produzidas (ver, sobretudo, A. Pace): a Corte Constitucional entendeu que, por isso, o art. 15 da Constituição tutela não somente o segredo, mas também a liberdade das comunicações; tal liberdade seria gravemente desencorajada, ou de qualquer perturbada, se a sua garantia não comportasse a vedação de divulgação ou de utilização sucessiva das informações sobre as quais se teve conhecimento após uma legítima autorização de interceptação com fins de correção em juízo de determinados delitos. Portanto, a utilização da interceptação como prova em outro processo é vedada, porque transformaria a intervenção judiciária fundada no art. 15 em uma inadmissível autorização em branco, lesando-se, assim, a esfera privada ligada à garantia da liberdade de comunicação e ao relativo direito de privacidade que vêm a gravar todos aqueles que tenham tentado conhecer o conteúdo da atividade comunicativa em razão de seus ofícios (cfr. Sentença nº 366/1991).

## REFERÊNCIAS

ALPA, G. *La disciplina dei dati personali*. Note esegetiche sulla legge 31 dicembre 1996, n. 675 e successive modifche. Formello: Seam, 1998.

\_\_\_\_\_; BESSONE, M. *Banche dati, telematica e diritti della persona*. Pádua: Cedam, 1984.

BALDASSARRE, A. Diritti inviolabili. In: *Enc. Giur.*, X, *Ist. Enc. Giur.* Roma, 1989.

\_\_\_\_\_. *Privacy e Costituzione*. L'esperienza statunitense. Roma, 1974.

BARBERA, A. Commento all'art. 2 Cost. In: G. BRANCA (Org.). *Commentario della Costituzione*. Artt. 1-12. Principi fondamentali. Bolonha-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1975.

BARILE, P. *Diritti dell'uomo*. Le libertà fondamentali. Bolonha: Il Mulino, 1974.

\_\_\_\_\_. *Il soggetto privato nella Costituzione*. Pádua: Cedam, 1953.

\_\_\_\_\_; CHELLI, E. Corrispondenza (libertà di). In: *Enc. Dir.*, X, Milão: Giuffrè, 1962. p. 743 e ss.

BEVERE, A.; CERRI, A. *Il diritto di informazione ed i diritti della persona*. Milão: Giuffrè, 1995.

BILANCIA, P. Attività normativa della Autorità indipendenti e sistema delle fonti. In: LABRIOLA, S. (Org.). *Le autorità indipendenti*. Milão: Giuffrè, 1999. p. 147 e ss.

- BRICOLA, F. Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza. In: *Riv. Trim. Dir. e Proc. Pen.* 1967. p. 1079 e ss.
- BUSIA, G. Riservatezza (diritto alla). In: *Digesto*. 4. ed. atual. Turim: Utet, 2000. p. 476 e ss.
- BUTTARELLI, G. *Banche dati e tutela della riservatezza*. Milão: Giuffrè, 1997.
- CARETTI, P. Corrispondenza (libertà di). In: *Dig. Disc. Pubbl.*, 4. ed., Turim: Utet, 1989. p. 200 e ss.
- CARNELUTTI, F. Diritto alla vita privata. In: *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955. p. 3 e ss.
- CATAUDELLA, A. Riservatezza (diritto alla). Diritto civile. In: *Enc. Giur. Ist. Enc. Ital.* Roma, 1991.
- CERRI, A. Riservatezza (diritto alla). Diritto comparato e straniero. In: *Enc. Giur. Ist. Enc. Ital.* Roma, 1991.
- \_\_\_\_\_. Riservatezza (diritto alla). Diritto costituzionale. In: *Enc. Giur. Ist. Enc. Ital.* Roma, 1995.
- \_\_\_\_\_. Telecomunicazioni e diritti fondamentali. In: *Dir. Dell'informazione e dell'informatica*, 1996. p. 785 e ss.
- CHIAPPETTI, A. Polizia postale e libertà di corrispondenza. In: *Giur. it.*, vol. IV, 1996. p. 206 e ss.
- CHIOLA, C. Il fermo postale di stampati periodici contrari al buon costume. In: *Giur. Cost.*, 1979. p. 1169 e ss.
- CORRIAS LUCENTE, G. La recente riforma delle norme penali a tutela della riservatezza informatica. In: *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2002. p. 295 e ss.
- COSTANZO, P. Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet. In: *Problemi dell'informazione*, n. 2, 1996. p. 183 e ss.
- CUFFARO, V.; RICCIUTO, V. (Org.). *Il trattamento dei dati personali, v. I e II*, Turim: Giappichelli, 1997 e 1999.
- DE CUPIS, A. *I diritti della personalità*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1982.
- DE MARCO, E. Le funzioni delle "Autorità indipendenti". In: LABRIOLA, S. (Org.). *Le autorità indipendenti*. Milão: Giuffrè, 1999.
- DE SIERVO, U. Dignità delle persone e diritto di informazione nel codice previsto dall'art. 25 della legge n. 675/1996. In: *Studi in onore di Leopoldo Elia, vol. I*, Milão: Giuffrè, 1999. p. 445 e ss.
- \_\_\_\_\_. Diritto all'informazione e tutela dei dati personali. In: *Foro it.*, 1999. p. 66 e ss.

\_\_\_\_\_. Le diversità fra le varie autorità. In: *Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento del 30 maggio 1997*. Pádua: Cedam, 1999. p. 69 e ss.

DI CIOMMO, F. Il trattamento dei dati sanitari tra interessi individuali e collettivi. In: *Danno e responsabilità*, 2002. p. 121 e ss.

ESPOSITO, C. *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*. Milão: Giuffrè, 1958.

IORE, S. Riservatezza (diritto alla). In: *Enc. Giur., vol. IV, Diritto penale, Ist. Enc. Ital.* Roma, 1998.

FOIS, S. Informazione e diritti costituzionali. In: *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2000. p. 249 e ss.

\_\_\_\_\_. *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*. Milão: Giuffrè, 1957.

FROSINI, V. Banche dati e tutela della persona. In: PAGANO, R. (Org.). *Camera dei deputati, Quaderni di documentazione*. Roma, 1983. p. 4 e ss.

GIACOBBE, G. Riservatezza (diritto alla). In: *Enc. Dir. vol. XL*. Milão: Giuffrè, 1989.

GIANNANTONIO, E.; LOSANO, G. M.; ZENO-ZENCOVICH, V. *La tutela dei dati personali*. Commentario alla legge n. 675/1996. Pádua: Cedam, 1997.

GRANIERI, M. Il Garante dei dati personali ed il baricentro (sbilanciato) della tutela forte dei diritti della personalità. In: *Foro it., vol. I*, 2002. p. 2681 e ss.

GRISOLIA, G. *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*. Pádua: Cedam, 1994.

GUARINIELLO, R. Rapporti tra amministrazione postale e autorità giudiziaria in tema di libertà e segretezza della corrispondenza. In: *Giur. Cost.*, 1968. p. 1592 e ss.

HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). Trad. ital., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*. Milão: Feltrinelli, 1998.

ITALIA, V. *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*. Milão: Giuffrè, 1963.

LOMBARDI, G. Potere privato e diritti fondamentali. In: *Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino*. Turim: Giappichelli, 1970.

MACIOCE, F. *Tutela civile della persona e identità personale*. Pádua: Cedam, 1984.

MANETTI, M. Autorità indipendenti (diritto costituzionale). In: *Enc. Giur. Vol. III, Ist. Enc. Ital.* Roma, 1997.

\_\_\_\_\_. *Poteri neutrali e Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1994.

MANTOVANI, F. Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi. In: *Arch. Pen.*, 1968. p. 40 ss.

\_\_\_\_\_. Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani. In: *Riv. Dir. Pen.*, 1968. p. 356 e ss.

MARZONA, N. Il potere normativo delle autorità indipendenti. In: CASSESE, S.; FRANCHINI, C. (Org.). *I garanti delle regole*. Bolonha: Il Mulino, 1996. p. 87 e ss.

MAZZIOTTI DI CELSO, M. Diritto all'immagine e Costituzione. In: *Giur. Cost.*, v. II, 1970. p. 1530 e ss.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto costituzionale, part. II. 2.* ed. Milão: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_; SALERNO, G. M. *Manuale di diritto costituzionale*. 3. ed. Pádua: Cedam, 2005.

MELCHIONNA, S. Il trattamento dei dati a carattere religioso: intervento della Corte costituzionale e novità legislative. In: *Giur. It.*, 2002. p. 1820 e ss.

MEZZANOTTE, M. Diritto all'oblio vs. Diritto alla memoria: il moderno sviluppo della privacy. In: *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, 2002. p. 1820 e ss.

MODUGNO, F. *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*. Turim: Giappichelli, 1995.

NANIA, R. *Il valore della Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1986.

NICCOLAI, S. *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*. Roma, 1996.

ODDI, A. Non c'è privacy senza intesa? In: *Giur. Cost.*, 2002. p. 345 e ss.

OLIVA, A. La tutela penale del diritto alla privacy in Internet. In: *Riv. Pen.*, 2002. p. 161e ss.

OLIVO, F. Dati personali e situazioni giuridiche soggettive. In: *Giust. Civ.*, 2002. p. 157 e ss.

PACE, A. Commento all'art. 15 Cost. In: G. BRANCA (Org.). *Commentario della Costituzione*. Rapporti civili. Bolonha-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1977. p. 80 e ss.

\_\_\_\_\_. Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)? In: *Giur. Cost.*, 1993. p. 742 e ss.

\_\_\_\_\_. *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale e parte speciale. 2. ed. Pádua: Cedam, 1990 e 1992, atual. 2002.

PINO, G. I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali. In: *Danno e responsabilità*, 2002. p. 363 e ss.

PREDIERI, A. *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*. Florença: Passigli, 1997.

- RESCIGNO, P. Il diritto all'intimità della vita privata. In: *Scritti in onore di S. Passarelli*, vol. IV, Nápoles, 1972. p. 130 e ss.
- \_\_\_\_\_. Personalità (diritti della). In: *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Ist. Enc. Ital. Roma, 1990.
- RIDOLA, P. *Diritti di libertà e costituzionalismo*. Turim: Giappichelli, 1997.
- RODOTÀ, S. La privacy fra individuo e collettività. In: *Pol. del Dir.*, 1975. p. 547 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Tecnologie e diritti*. Bolonha: Il Mulino, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tecnopolitica*. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione. Roma-Bari: Laterza, 1997.
- SALERNO, G. M. *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*. Turim: Giappichelli, 1999.
- \_\_\_\_\_. Ragioni di Stato e dignità dell'uomo. In: GIANELLI, A.; PATERNÒ, M. P. (Org.). *Tortura di Stato*. Le ferite della democrazia. Roma: Carocci, 2004. p. 181 e ss.
- SCOGNAMIGLIO, A. Diritto d'accesso e tutela della riservatezza. In: *Foro Amm.*, 1998. p. 983 e ss.
- SIMONATI, A. Diritto alla riservatezza e segreto d'ufficio nell'ordinamento italiano: due istituti a confronto. In: *Dir. Pubbl.*, 1999. p. 575 e ss.
- SIMONCINI, A. Il sistema delle fonti normative. In: CUFFARO, V.; RICCIUTO, V. (Org.). *Il trattamento dei dati personali*. Cit. vol. II (profili applicativi). p. 12 e ss.
- SORRENTINO, F. Aspetti costituzionali della riserva allo Stato dei servizi radiotelevisivi via cavo. In: *Diritto e Società*, 1973. p. 729 e ss.
- TROISIO, C. Corrispondenza (libertà e segretezza della). In: *Enc. Giur.*, vol. IX, Ist. Enc. Ital. Roma, 1988.
- VIGILAR, S. Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/58/CE. In: *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003. p. 401 e ss.
- WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. In: *Harvard Law Review*, 4. 1890. p. 193 e ss.
- ZACCARIA, R. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Pádua: Cedam, 1998.
- ZENO-ZENCOVICH, V. Identità personale. In: *Digesto, disc. civ. Vol. IX*, Turim: Utet, 1993. p. 294 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1985.
- \_\_\_\_\_. Personalità (diritti della). In: *Digesto, disc. civ. Vol. XIII*, Turim: Utet, 1995. p. 430 e ss.

\_\_\_\_\_. Una lettura comparatistica della legge n. 675/1996 sul trattamento dei dati personali. In: *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1998. p. 734 e ss.

\_\_\_\_\_. Uso a fini privati dei dati personali in mano pubblica. In: *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003. p. 197 e ss.