

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fabio Zech Sylvestre*

Pedro Souza Lima**

Resumo

O estudo em tela confronta os direitos fundamentais à liberdade e o interesse público, em um estado democrático de direito. O desenvolvimento da sociedade alavancou a evolução dos direitos de intimidade e privacidade, amplamente desenvolvidos na cultura norte-americana, superando assim a ideia inicial do *right to privacy* do final do século XIX. Entretanto, a logística social moderna exige do Estado um maior controle das atividades particulares, em busca do interesse público da segurança e do bem estar social. O cerne do conflito reside na discussão entre até onde pode o Estado intervir na liberdade individual, notadamente o direito à privacidade, em benefício do interesse público mediante o controle da coletividade. Neste contexto inclui-se a disseminação muitas vezes inadequada de métodos de controle que, no mais das vezes, ferem os princípios insculpidos no artigo 5º, X, da Constituição, como a popularização do uso de câmeras de segurança, de revista em locais públicos e detectores de metal. O medo coletivo não pode ser elevado à patologia social que justifique tamanha restrição da vida particular dos cidadãos. Admitimos assim que o Estado pode aplicar restrições à vida particular, desde que legítimas, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Concluimos assim que a hermenêutica jurídica constitucional é a ferramenta adequada para ponderar e balancear o conflito entre liberdade particular e interesse público.

Palavras-chave: Liberdade individual. Interesse público. Direito à privacidade. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

Destinada em tese a enriquecer a personalidade do homem, a ampliar-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, a aprofundar o conhecimento e a disseminar riquezas, a sociedade tecnológica tem, contudo, gerado algumas graves distorções em matéria de respeito pelas liberdades e garantias fundamentais.

Na verdade, pode se dizer que as novas tecnologias, em geral, e a informática, em especial, proporcionaram ao homem uma capacidade nova para a expressão de sua vontade e, portanto, para o

* Professor de Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará ; professor da Universidade de Fortaleza; Mestre em Ciências Jurídico Políticas (Direito Público) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal; fabiozech@yahoo.com

** Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais; graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza; pedrosouzal@hotmail.com

exercício de sua liberdade. Todavia, o recurso aos sofisticados instrumentos das modernas tecnologias, fez com que aumentasse os riscos de violação das liberdades individuais, mormente, a intimidade da vida privada, gerando, ainda, um acréscimo de perigos de discriminação em função de circunstâncias estreitamente ligadas à personalidade, às crenças, ideologias ou ao modo de vida dos cidadãos.

Verifica-se que o progresso tecnológico adquiriu, em alguns domínios, velocidade e dinamismo próprios, desprovidos de critérios morais, conduzidos por um neutralismo, ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas e humanísticas.

Atualmente, a segurança eletrônica e algumas normas invocando, sem critérios razoáveis, a garantia do interesse público, podem tornar o *reality show*, um programa excêntrico das redes de televisão contemporânea, numa triste e preocupante realidade.

Não se pode negar, portanto, que o aparecimento de novas tecnologias fez surgir indagações no tocante ao direito de privacidade, ainda mais quando o Estado é um dos detentores destas tecnologias e as utiliza em face dos indivíduos para manter a ordem, segurança e a saúde pública.

Tais questionamentos não são próprios da época atual, na medida em que se verifica que os povos antigos já faziam referências à necessidade de proteger a vida privada do indivíduo dos olhares alheios, apesar de não ser, à época, reconhecido o direito fundamental à privacidade de forma autônoma.

Atualmente, em virtude da complexidade enfrentada pelos Estados no dever da prestação efetiva da segurança pública, em que se evidencia, por exemplo, a luta da sociedade internacional contra o terrorismo e o tráfico de drogas, torna-se oportuno o debate das práticas perpetradas pelos agentes públicos e a garantia das liberdades e direitos fundamentais.

Assim, observa-se que a preocupação com a esfera da vida privada remonta à antiguidade e que o desenfreado crescimento tecnológico trouxe ameaças perigosas aos direitos, liberdades e garantias do homem, chegando a negar, em certas circunstâncias, o seu próprio mister, qual seja, o de servir a seus propósitos sem constituir uma ameaça aos direitos fundamentais dos cidadãos, como a privacidade e a intimidade.

A trajetória a ser percorrida na elaboração do presente estudo divide-se em dois momentos distintos, porém conexos e integrantes, dos quais se reputam indispensáveis para a esboçada intelecção temática. Numa primeira etapa, imprescindível verificar o direito fundamental à privacidade e a dimensão do seu conteúdo jurídico ao longo do tempo, bem como a realidade constitucional desse instituto, e os limites e restrições impostos pelo sistema normativo.

O segundo momento da pesquisa corresponde à análise da possível tensão específica entre o direito fundamental à privacidade e o Interesse Público, buscando fornecer algumas soluções jurídicas decorrentes da atual hermenêutica constitucional.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Para que se possa entender o significado do direito à privacidade na atualidade, faz-se necessário percorrer alguns momentos importantes, delineados pela história, pois o conteúdo

jurídico do direito de privacidade sofreu, evidentemente, profundas modificações ao longo do tempo.

De acordo com os relatos históricos, em toda fase da evolução humana o indivíduo manifestou a necessidade de preservar alguns fatos e acontecimentos do conhecimento público.

Com o passar do tempo, a idéia de privacidade foi inadvertidamente confundida com o exercício do próprio direito de propriedade, eis que para algumas sociedades longevas, somente os indivíduos possuidores de propriedades poderiam praticar atos sem observância do público. Assim, a propriedade serviria como um escudo protetor em face das ingerências alheias.

Em Roma, tal instituto fora por bastante tempo fundamentado e justificado na reserva das práticas religiosas, cuja participação era restrita apenas aos membros familiares. Apesar dessas manifestações de respeito e atenção à vida privada e aos atos que circundavam a esfera íntima dos indivíduos na antiguidade, ainda não era possível se reconhecer a privacidade como direito autônomo.

Para Perez Luño (2005), o surgimento do conceito de privacidade estaria estritamente ligado ao nascimento da burguesia. Segundo o autor espanhol, a intimidade era configurada como uma espécie de aspiração da burguesia para ascender ao que antes havia sido privilégio de poucos, a aspiração que vem potencializada pelas novas condições de vida, pois tal como no período medieval, em que o isolamento era privilégio das mais altas esferas da nobreza, ou de quem por livre escolha renunciava a vivência comunitária, a burguesia aspirava tais privilégios, sob o pretexto da privacidade.

Isto explica, certamente, o forte matiz individualista que se concreta com a reivindicação de algumas faculdades destinadas a salvaguardar um determinado espaço de caráter exclusivo e excludente do cidadão. A classe burguesa, portanto, utilizando-se dos instrumentos jurídicos de delimitação e defesa do Direito de Propriedade, decorrentes da teoria do direito subjetivo em sua dimensão negativa, própria do estado liberal, suscitava os direitos de personalidade no sentido de oferecer um suporte técnico idôneo a garantir o pleno exercício de domínio à propriedade.

Mais adiante, com a influência do pensamento liberalista delineado por Stuart Mill (2004), a intimidade da vida privada justificava-se na ideia de que os únicos aspectos da vida humana que causariam deveres e responsabilidades eram aqueles que afetavam os outros indivíduos. Portanto, os aspectos que concernem apenas à vida do indivíduo, como por exemplo, suas ideologias, suas escolhas e pensamentos, somente este possuiria plena gerência.

Neste contexto, a privacidade ganhou fortes traços liberais, o que de certa forma, proporcionou uma maior fortificação da sua essência e estrutura, embora, destaca-se, ainda não gozava de reconhecimento e autonomia.

Apesar de alguns doutrinadores considerarem o caso *Prince Albert v. Strange* como sendo um dos precedentes ao direito de privacidade é nos Estados Unidos, no final do século XIX, 1890, que Samuel Warren e Louis Brandeis (1890), publicaram na *Harvard Law Review*, um artigo sob o título "*Right to Privacy*", no qual defenderam a autonomização da proteção e refrações da personalidade humana, considerando não mais poderem ser protegidas pala invocação da violação de um direito de propriedade privada, da confiança, da honra, ou de qualquer obrigação de tipo contratual.

Defendeu-se, portanto, a tese de que o *common law* teria evoluído da proteção da personalidade física, para a tutela dos pensamentos, emoções e sensações do indivíduo, dando lugar à consolidação de um princípio autônomo denominado de direito à privacidade, e que sua violação importaria em responsabilidade por ato ilícito, e, conseqüentemente, fixação de indenização por perdas e danos.

Essa perspectiva elaborada pelos professores americanos oitocentistas corresponde a uma dimensão humana merecedora de proteção face aos perigos provocados pela massificação da difusão de informações através da imprensa escrita, também identificada pelo “*Right to be let alone*”, ou seja, o direito de estar só.

Na verdade, a elaboração desta tese correspondeu ao primeiro passo para o reconhecimento dos fundamentos do instituto jurídico do direito à privacidade, o que implicou na influência do pensamento jurídico norte-americano, vindo a irradiar os demais sistemas jurídicos.

Portanto, verifica-se que a dimensão do conteúdo do direito à privacidade parte de uma compreensão burguesa, como instrumento hábil para defesa da propriedade e evoluiu até o reconhecimento de um direito próprio, dotado de autonomia, tendente a tutelar os pensamentos, as emoções e as sensações dos indivíduos, ou seja, aspectos ligados à vida privada e a intimidade do ser humano.

2.2 EM BUSCA DA DIMENSÃO ATUAL DO CONTEÚDO DO DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEITUANDO PRIVACIDADE

A noção do *right to privacy*, delineada no final do século XIX, já não mais responde aos anseios do conteúdo do direito à privacidade, principalmente na “sociedade de informação” em que se observa elementos diversos que possuem vocação para ameaçar os direitos fundamentais referentes à vida privada.

Na sociedade atual, os indivíduos assistem o fenômeno do *massmedia* em que os meios de comunicação são ferozmente ciosos do destino do cidadão, com vista a satisfazer os insaciáveis desejos do público entorpecido pela chamada “maquina de sensações”. Assim, a informação, por mais desinteressante que seja, é uma forma de obtenção e manutenção de poder.

A elaboração de um conceito do direito de privacidade trata-se de uma tarefa complexa devido ao grau de abstração que envolve o mesmo. Para Miller (1971), a privacidade é difícil de ser definida porque é expressamente vaga e imperceptível. As numerosas definições legais, assim como o conjunto de decisões jurisprudenciais que tutelam este direito, não contem uma definição precisa do conteúdo do direito à privacidade. E mais, na maior parte das situações, não tentam estabelecer nenhum conceito limitando-se a tipificar, com maior ou menos flexibilidade, os supostos atentados ou a estabelecer a existência das condutas que à ameaça.

Definir o âmbito de proteção do direito à privacidade não é uma tarefa fácil, pois na verdade, a demarcação do campo da vida privada que goza da reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade é compreendida por uma linha estreita e tênue.

A atividade a ser desenvolvida pelo intérprete para se chegar ao âmbito de proteção do direito à privacidade do indivíduo, talvez deva partir da própria noção de privacidade prevista na carta constitucional associada com a idéia da dignidade da pessoa humana, de modo a definir-se a amplitude da esfera privada de cada pessoa, culturalmente ajustado à vida contemporânea.

Entre os contributos doutrinários na tentativa de delimitação do conteúdo do direito em tela, destaca-se a doutrina alemã que distingue a privacidade de acordo com a teoria das três esferas, quais sejam: *intimsphäre* (esfera do segredo), *privatsphäre* (esfera da proteção do íntimo) e *individualsphäre* (esfera da individualidade da pessoa).

A doutrina italiana, tendo como expositor o professor Frosini (1978), explica a privacidade como sendo uma espécie de retiro voluntário e temporal de uma pessoa que se isola da sociedade, por meios físicos ou psicológicos, para buscar a solidão ou estabelecer uma situação de anonimato ou de reserva.

Citam-se, ainda, os esforços da doutrina e jurisprudência norte-americana por revisar a noção de *privacy* e adaptá-la as exigências dos nossos tempo, ao exemplo da obra de Prosser (1960, p. 383), que ao destacar o entendimento jurisprudencial à época, considerava como agressões a privacidade, quatro tipos de *torts*, a saber, *i.* intromissão na esfera ou nos assuntos privados alheios, *ii.* a divulgação pública de fatos embaraçosos de caráter privado, *iii.* a revelação de fatos que suscitem uma falsa imagem para o interessado aos olhos da opinião pública (*false light*) e *iii.* a apropriação indevida para proveito próprio de nome ou imagem alheia.

No entanto, a doutrina norte-americana ainda foi mais além, ao considerar esta tipologia como uma classificação aberta e não taxativa, empregando a noção jurídica de privacidade como um princípio, e, portanto, verdadeiros mandados de otimização.

Recentemente, Solove e Shattuck (2002) desenvolveram um estudo que, sem dúvidas, contribuiu significativamente para a devida compreensão do conceito atual do direito à privacidade, entendendo que o conteúdo jurídico deste direito engloba as seguintes perspectivas: *a)* a liberdade ou segurança frente as quaisquer tipos de intromissões indevidas na esfera privada (*freedom from unreasonable search/limited access to the self*), *b)* o direito do indivíduo de guardar ou compartilhar fatos que não deseja que ganhe notoriedade (*secrecy*), *c)* a garantia do respeito às opções pessoais em matéria de associação ou crenças (*privacy of association and belief*) e *d)* a tutela da liberdade de escolhas sem interferências alheias (*privacy and autonomy/personhood*). Por fim, soma-se ainda a dimensão da vida privada à *d)* possibilidade dos indivíduos e grupos de ter e controlar as informações que lhes dizem respeito, ou seja, controle de informações pessoais (*information control/control over personal information*) e *e)* a intimidade (*intimacy*).

Este último posicionamento tem o mister de trazer a progressiva tendência a conceber a privacidade como o poder de exercer um controle sobre as informações que podem afetar a cada pessoa individual ou coletiva.

Como se pode observar, o conteúdo de privacidade é composto, dentre outros elementos, de liberdade de pensamento, controle do próprio corpo, controle sobre informações pessoais, da proteção da reputação e o direito de estar reservado longe das observações de outras pessoas.

De acordo com o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (n. 121/80), a intimidade da vida privada de cada um, que a lei protege, compreende aqueles atos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por natu-

rais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afetos familiares, os costumes de vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, aparecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais.

Em suma, conceituar privacidade implica falar sobre sentimentos, ações e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem, mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a idéia que deles faz o público em geral.

2.3 O DIREITO À PRIVACIDADE E SUAS VERTENTES. (STATUS NEGATIVO E STATUS POSITIVO)

Tratando-se à privacidade de um dos direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais dos Estados ditos modernos, inclusive estabelecida no art. 5º, X da CF/88, podemos verificar diversas vertentes, ou melhor, dimensões com que a proteção aos atos da vida privada podem se concretizar.

Segundo Perez Luño (2005.), o direito a privacidade possui tanto uma dimensão negativa (*status negativo*) quanto uma dimensão positiva (*status positivo*). Numa primeira acepção, o direito fundamental à privacidade apresenta-se como uma dimensão negativa, ou seja, de cunho garantista que visa repelir ou defender as invasões indevidas do Estado na esfera da vida privada do indivíduo.

No entanto, ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas associadas a concepções atomísticas da sociedade, hoje, o entendimento comum manifestado pela doutrina, é de que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade.

A doutrina de forma, quase unânime, reconhece a existência de uma dupla-dimensão, ou, como preceitua alguns autores, de uma dupla natureza dos direitos fundamentais. Atualmente, portanto, se declara que os direitos fundamentais não constituem apenas direitos subjetivos, mas também direito objetivo. Para Vieira de Andrade (2004.), os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual.

Neste sentido, possui o direito à privacidade um “efeito de irradiação” que deve ser observado por toda ordem jurídica, não se restringindo à relação indivíduo-Estado, ou seja, deve ser observado também nas relações entre particulares. Nos casos de ofensas faz-se necessária a intervenção do Poder Público para garantir e proteger a vida privada do indivíduo em face aos ataques de terceiros.

Quanto à dimensão positiva, Perez Luño (2005), entendendo que é tarefa do Estado proteger os bens jurídicos de direito fundamental contra ação de terceiros, reconhece o dever do Estado de proteção à privacidade do indivíduo contra a invasão da esfera da vida privada por

terceiros. Neste sentido, Canotilho (2007) defende a idéia de que o Estado não só não pode violar esse direito, mas está também obrigado a instituir mecanismos que impeçam tal violação, seja por entidades públicas ou privadas. Assim, além da dimensão subjetiva que consiste em afastar a invasão do Estado na vida privada, verifica-se também uma perspectiva positiva como o dever da Administração de garantir a não invasão de terceiros na vida privada do indivíduo.

2.4 OS LIMITES E RESTRIÇÕES AO DIREITO À PRIVACIDADE

Já se tornou lugar-comum na doutrina a afirmação de que, apesar da relevância impar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade da proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Como restrição deve-se entender qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, bem como enfraquecendo deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

Para Novais (2003), as restrições podem ser classificadas em sentido amplo o que abrangeria, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais, e em sentido restrito, compreendendo as atuações normativas ou leis restritivas, nos termos do artigo 18º da Constituição da República portuguesa.

Em Portugal, a CRP/76, a exemplo do artigo 19º da Lei Fundamental de Bonn, que o inspirou, regula a aplicação dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

No Brasil, a Constituição de 1988, por sua vez, não prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais, embora a doutrina com base no próprio sistema constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem admitindo como “limites aos limites”, além da legalidade, elencado no artigo 5º, inciso II, da CF/88, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º, inciso LIV do mesmo Diploma, e a proibição de restrições casuístas, fundada no princípio da igualdade.

Na construção teórica idealizada por Alexy (1997), em síntese, limites e restrições a direitos fundamentais não são nem afetações desvantajosas praticadas pelos poderes constituídos com base na autorização constitucional, como propõe a teoria externa, nem meras concretizações de limites imanentes desde sempre contidos nos direitos fundamentais, tal como defendido pela teoria interna.

A natureza das normas jusfundamentais, enquanto princípios, é que dá fundamento à possibilidade de conversão de um direito *prima facie* em um não direito definitivo resultante do procedimento de ponderação com princípios opostos que, no caso concreto se apresentam

como mais relevantes. Logo, as normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto.

Dessa forma, ao lado das restrições imediatamente decorrentes da Constituição e das que são estabelecidas por lei, com fundamento em autorizações contidas nas normas constitucionais, admitem-se restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrepõe ao interesse do recolhimento do indivíduo.

Tratando-se a privacidade de um direito fundamental, não seria outra a conclusão quanto à possibilidade de sofrer restrições e limites em face de outros interesses sociais que permeiam a coletividade, como, por exemplo, a segurança, saúde e a ordem pública. Para Gilmar Mendes (2007) o interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ser deixado só. Logo, a depender de um conjunto de circunstâncias do caso concreto, a divulgação de fatos relacionados com uma dada pessoa poderá ser tida como admissível ou abusiva.

O Tribunal Constitucional português já manifestou o entendimento de que o direito à intimidade da vida privada pode ser limitado em resultado da sua harmonização com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade. Destaca-se que as restrições ao direito de privacidade poderão revelar-se ilegítimas, se desproporcionais ou incompatíveis com o núcleo essencial desse direito.

2.5 A COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tratando-se a Constituição de um sistema aberto de normas e princípios, torna-se possível, diante de alguns casos, evidenciar a colisão entre um direito fundamental e outro interesse ou valor constitucionalmente protegido.

Para Canotilho (2006) pode existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular ou com outro interesse de envergadura constitucional.

Assim, é possível presenciar situações em que o interesse da coletividade pode colidir com alguns direitos fundamentais, isto, porque, apesar da proteção e promoção dos direitos fundamentais também constituir o interesse público, há outros autênticos interesses previstos na constituição que também devem ser assegurados pelo Estado, como, por exemplo, a segurança pública ou a saúde pública.

No atual contexto social, em que os cidadãos temem aos atos de violência noticiados pelos telejornais, a tensão entre a reserva da vida privada e o interesse público ganha relevância, exigindo

a atenção dos operadores do Direito, principalmente da própria Administração Pública, que, em muitas oportunidades, a pretexto da garantia da segurança pública, vem aniquilando o direito à reserva da vida privada.

Citam-se os preceitos normativos aprovados no continente norte-americano, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, no sentido de facilitar a captura de terroristas, permitindo, inclusive, aos órgãos de segurança e de inteligência vasculhar os elementos que constituem a privacidade dos cidadãos (*Patriotic Act - Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*).

No Brasil o Supremo Tribunal Federal já enfrentou a problemática da tensão entre o direito à intimidade em face ao princípio da ampla defesa e contraditório c/c o interesse público de persecução criminal e moralidade administrativa na Rcl-QO 2040/DF, envolvendo denúncias evasivas de agentes públicos em delitos contra a liberdade sexual de um detento.

O Tribunal Constitucional português também manifestou o entendimento de que o direito fundamental a reserva da intimidade da vida privada pode, em certos casos, conflitar com outros interesses previstos no corpo da Constituição, dentre eles, o interesse público.

Assim, admiti-se que, diante de um interesse revestido de respaldo constitucional, após a apreciação de todos os elementos extraídos do caso concreto, o direito fundamental à privacidade poderá ser restringido. Convém, entretanto, questionar se a mera invocação da garantia ao interesse público administrativo permitiria as restrições aos direitos individuais, mormente, à vida privada do cidadão.

2.6 A PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO A SOLUCIONAR OS “HARD CASES” (CASOS DIFÍCEIS) ENVOLVENDO A PRIVACIDADE E O INTERESSE PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Diante destes conflitos envolvendo o direito à privacidade e o interesse público administrativo, em qualquer das suas manifestações (saúde, segurança, ordem pública, etc), o operador jurídico não poderá omitir-se do seu papel de aplicar o direito no caso concreto. Deverá, portanto, dar uma resposta para a contenda envolvendo a tensão entre dois ou mais valores abrigados pela Constituição.

Para desenvolver essa atividade, diante dos chamados “*hard cases*”,¹ torna-se necessário utilizar algumas técnicas fornecidas pela hermenêutica decorrente da nova interpretação constitucional.

Por muito tempo, a subsunção foi à única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como conseqüência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Assim, as atividades desempenhadas pelos intérpretes do direito resumiam-se, basicamente, na simples aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

Com o passar dos anos, a dogmática jurídica constatou que o método da subsunção possuía limites intransponíveis, não sendo suficiente para lidar com todas as situações apresentadas,

tendo em vista que devido à ascensão dos princípios, não são raras às vezes em que estes colidem uns com os outros.

Assim, nesses casos complexos a subsunção não se mostra apta a solucioná-los, sendo, portanto, necessário o emprego de uma metodologia capaz de trabalhar diante desses conflitos, ponderando a importância e relevância das normas colididas ao fato concreto.

Desta forma, a ponderação apresenta-se como uma técnica de decisão própria aplicável a esses casos difíceis, em que a utilização da subsunção não é adequada, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

É possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, *e.g.*, definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados; decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto; e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional ou fora dele.

Para Gilmar Mendes (2004), a situação envolvendo o direito de privacidade e o interesse público deve ser resolvida à luz da ponderação levando em consideração as circunstâncias concretas do caso concreto.

Assim, a ponderação e a relação de precedência condicionada negam que exista uma escala hierárquica abstrata de valores ou bens à qual se possa recorrer em todos os casos postos à decisão, pressupondo que não há relações absolutas de precedência entre princípios, pois abstratamente todos encontram-se no mesmo nível.

O peso conferido aos princípios toma por base as especificidades da situação concreta. Vê-se, portanto, que o juízo de ponderação a ser exercido assenta-se no princípio da proporcionalidade, segundo o qual sacrifício de um direito deve ser necessário para a solução do problema e proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Conforme Santiago (2000), a ponderação deve se realizar através de três fases sucessivas. Em uma primeira fase, identificam-se os comandos normativos ou as normas relevantes em conflitos. Assim, caberá ao aplicador o mister de agrupar os dispositivos normativos em função da solução que estejam sugerindo, ou seja, informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. Na segunda fase, cabe examinar as circunstâncias concretas e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas peculiaridades. Ainda nessa segunda etapa, o intérprete deverá atribuir a cada um dos elementos normativos as suas importâncias, ou melhor, os seus pesos. Logo, deverá analisar o grau de exposição individual, o local do acontecimento, a relevância das divulgações ou intromissões para o interesse público, a adequação dos meios e circunstâncias em que a intervenção foi realizada, o impacto social e individual, o nível de invasão a esfera privada e a necessidade da coleta de informações correspondentes à intimidade do cidadão. A terceira e última fase é também denominada de “fase da decisão”, em que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em

disputa. Aqui, sem dúvidas, a distribuição de pesos ganha importância significativa, uma vez que através desta será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer.

Portanto, diante da colisão entre o direito à privacidade e o interesse público, o julgador deve verificar, inicialmente se de fato existe o conflito entre os referidos valores. Caso a resposta seja positiva, deverá examinar as circunstâncias do caso concreto, ou seja, analisar todos os elementos que envolvem o caso, atribuindo-lhes valores e pesos para, ao final, definir o grupo de normas que deve prevalecer.

3 CONCLUSÃO

O escopo deste estudo foi demonstrar a interação existente entre o interesse público e os interesses privados, com enfoque especial, na tensão envolvendo o direito fundamental à privacidade e o interesse público. Através de uma análise metodológica que partiu do conteúdo jurídico do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, percorrendo as vertentes, o âmbito de proteção e os limites a este direito, e que findou no método ponderativo como solucionador de conflitos, foi possível extrair algumas conclusões sobre o tema.

i. Verificou-se que o conteúdo jurídico do direito à privacidade sofreu profundas alterações no decorrer do tempo, o que permitiu a superação da idéia inicial do *right to privacy*, delineada pela doutrina norte-americana no final do século XIX, em favor da compreensão de privacidade como princípio, e portanto, verdadeiro mandado de otimização. Desta forma, apesar da sua relevância e de ser considerada o marco inicial para o reconhecimento do direito à reserva da intimidade da vida privada, a noção de *right to privacy* e *right to be let alone* fora mais bem trabalhada e desenvolvida até se chegar ao conteúdo do direito à privacidade atual, mais abrangente e adequado à sociedade de informação.

ii. Foi verificado, também, que o direito à privacidade contempla duas vertentes, quais sejam, negativa e positiva. A primeira consiste na idéia garantista de repelir as intervenções indevidas do Estado no âmbito da vida privada do indivíduo, enquanto que a segunda, mais abrangente, considera que o próprio Estado deve lançar mão de técnicas e instrumentos para proteger a vida privada do indivíduo nos casos de ofensas e ataques praticados por terceiros.

iii. Conclui-se, também, que no que pese o reconhecimento da privacidade como direito fundamental esta pode sofrer inúmeras restrições e limites em face de outros interesses também incorporados à Constituição, como por exemplo, a segurança pública, saúde pública e demais interesses da coletividade. Logo, diante dos interesses públicos ou em face de outros direitos fundamentais, a privacidade poderá sofrer limites e algumas restrições, o que exige a observância não só ao princípio da legalidade e aos demais princípios da atuação administrativa, mas como também ao princípio da proporcionalidade (verificar se realmente aquela intervenção se apresenta adequada, necessária e razoável). Portanto, um determinado interesse da coletividade (saúde pública ou segurança pública) pode conflitar com os interesses particulares, exigindo, pois, uma detida análise dos elementos e valores envolvidos no caso concreto para solucionar a respectiva tensão.

iv. Diante destes conflitos envolvendo a privacidade e o interesse público administrativo, o operador do Direito deve utilizar outras técnicas hermenêuticas para solucionar esses casos denominados *hard cases* pela doutrina norte-americana, qual seja, a ponderação.

v. A técnica hermenêutica da ponderação permite - levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, bem como o balanceamento de valores (*balancing test*) e o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) - resolver o conflito apresentado, ou seja, mostra-se um instrumento solucionador de conflitos envolvendo valores tutelados pela Constituição, pois, entendimento contrário, estar-se-ia por fragilizar o sistema dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

The privacy fundamental right in the scope of the public administration

Abstract

The study under discussion puts into confront the fundamental rights of liberty and public interest, in a democratic rule-of-law state. The social development rocketed the evolution of the intimacy and privacy rights, broadly carried in the American culture, surpassing the original idea of the right to privacy, designed in the late XIX century. However, the modern society's logistic requires of the State a higher control of the particular activities, aiming the public interest and the welfare state. The core of the conflict lies on how far could the State intervene on the individual liberties, particularly the right to privacy, for the benefit of the public interest through the control of the collectivity. In this context it is to include the dissemination, most of the times inappropriate, of behavior control's methods that often violate the principles of the article 5º, X, of the Brazilian Constitution, such as the popularization of the security cameras, inspection in public places and metal detectors. The collective fear cannot be raised to the social pathology level, on which it would justify such restrictions on the particular life of the citizens. We thereby admit that the State can apply restrictions to the individuals, as long as they are legitimate, and once the principles of proportionality and reasonableness are respected. We conclude the constitutional legal hermeneutics are the appropriate tool to measure and balance the conflict between individual liberties and public interest.

Keywords: Individual liberties. Public interest. Right to privacy. Hermeneutics.

Nota explicativa:

¹ "Hard cases" é a expressão utilizada pela doutrina anglo-saxônica para caracterizar os casos difíceis que envolvem colisão entre valores de mesma envergadura constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p.67-79, 1999.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Catarina Sarmiento. **O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. v. 2.

CHLOPECKI, Mary. **The property rights origins of privacy rights**. Pope v. Curl, 1741, Yovatt v. Winyard, 1820.

FROSINI, Vittorio. **Informática y Derecho**. Editorial Temis, Bogotá, 1988.

GUASTINI, Ricardo. **Princípios de derecho y discrecionalidad judicial. Estudios de teoría constitucional**. México: Doctrina jurídica contemporânea, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MILL, Stuart. **On Liberty**. Estados Unidos da América, 2004.

MILLER, Arthur R. **The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers**. **University of Michigan Press, 1971**.

PÉREZ-LUNO, Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

PROSSER, William L.. Privacy. **Califórnia Law Review**, n. 48, p. 383, 1960.

SANTIAGO. José Maria Rodriguez. **La ponderacion de bienes e intereses em el derecho adminsitrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: um estudo de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumn Júris, 2007.

SOLOVE, Daniel J. Conceptualizing Privacy. **California Law Review**. California, 2002.

WARREN, Samuel; BRANDEIS Louis. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Boston, v. 4, dec. 1890.