

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS  
REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E  
EMPRESARIAIS**

**CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO**

**CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-055-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS**  
**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS**  
**RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS**

---

## **Apresentação**

### APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRÁFEGO JURÍDICO ENTRE PRIVADOS:  
CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E A LIBERDADE DE  
INFORMAÇÃO**

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE LEGAL TRAFFIC BETWEEN PRIVATES:  
CONFLICT BETWEEN THE PROTECTION OF THE PRIVATE LIFE AND THE  
FREEDOM OF INFORMATION**

**Sergio Gonçalves Macedo Júnior  
Maria Cláudia Mércio Cachapuz**

**Resumo**

O objeto deste artigo é o exame do conflito entre a proteção da vida privada e a liberdade de informação sob o enfoque da questão da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nas concepções da maneira como os direitos fundamentais podem vincular no tráfego jurídico de privados, afloram diferentes teorias. O sentido tradicional e mais evidente da validade dos direitos fundamentais é na relação vertical entre particular e Estado, em virtude da natureza dos direitos fundamentais de liberdade, de primeira geração prestação negativa -, e da sua típica oponibilidade ao poder político, que sempre os caracterizaram. Portanto, na doutrina, há reações à admissão de seus efeitos diante de particulares. Contudo, dado que a efetiva exequibilidade de tais direitos envolve a intervenção ativa do Estado, na legislação, na administração pública e no judiciário, existem teorias a respeito da eficácia horizontal desses direitos no tráfego jurídico de privados, uns com os outros. O artigo propõe-se, então, a realizar uma breve análise da produção de efeitos dos direitos fundamentais no âmbito privado a partir do cenário produzido no caso dos bancos de dados e cadastros de consumo, mediante a necessidade de proteção de dados pessoais, que ilustra o conflito entre os direitos fundamentais da proteção da vida privada e da liberdade de informação.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Intimidade, Privacidade, Informação.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The object of this article is the examination of the conflict between the protection of private life and freedom of information under the approach of linking the issue of fundamental rights in relations between individuals. In conceptions of how fundamental rights are binding in relations between individuals, different theories emerge. The traditional and most obvious sense of the validity of fundamental rights is in the relationship between individual and state. However, due to the nature of the fundamental rights of freedom, first generation - negative provision - and its enforceability by the typical political power, which has always characterized them, there are reactions to the admission of its effects on individuals. However, since the effective feasibility of such rights involves the active intervention of the state, in legislation, public administration and the judiciary, there are theories regarding the

effectiveness of the legal rights of private traffic with each other. The article then proposes to conduct a brief analysis of effect of fundamental rights in the private sphere from the scenario produced in the case of databases and records of consumption by the need for protection of personal data, which illustrates the conflict between the fundamental rights of protection of private life and freedom of information.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Intimacy, Privacy, Information.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a pretensão de investigar o conflito entre a proteção da vida privada e a liberdade de informação a partir de uma vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, busca-se identificar, nesta pesquisa, de que forma as ferramentas dispostas no texto constitucional devem ser apropriadas pelo intérprete no âmbito das relações privadas. Ao fundo, a hipótese é de visualização de tal panorama teórico dos reflexos dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas a partir do tema do gerenciamento de bancos cadastrais e da resolução de hipóteses de conflito entre liberdades colidentes na matéria.

Historicamente, os direitos fundamentais foram identificados como tal pelo intuito da proteção dos indivíduos contra ações de intromissão do Estado. Tratava-se, então, de direitos protetivos de liberdade, oponíveis ao poder político, de forma que não restassem quaisquer dúvidas de que sua incidência tivesse, exclusivamente, um sentido vertical de justificação: nas relações do Estado com os indivíduos. Com a observação de uma maior complexidade de discussões jurídicas em sociedade, restaram estabelecidas demandas distintas que passaram a exigir, no âmbito das relações particulares, semelhante enfrentamento. O destaque é dado por Ingo Sarlet:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de [que restou superada a configuração do] Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam - ou, pelo menos, eram concebidos deste modo -, a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos Poderes Públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito. Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares - assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional - não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. (SARLET, 2000, p. 7).

O Estado passa a ser identificado como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral de direitos fundamentais (SARLET, 2000). A partir de então, surge a discussão a respeito da questão da eficácia dos direitos fundamentais no tráfego privado, eis que, em função do reconhecimento de tais direitos - que envolvem intervenção ativa do Estado -, permite-se o debate sobre o fato de como tais direitos fundamentais podem ser identificados na situações em que um particular, por alguma razão, venha a obstar a

exequibilidade destes direitos em relação a outro indivíduo. É como, pela argumentação, resolve-se o conflito de liberdades colidentes (CACHAPUZ, 2006) entre particulares. Ou seja, na medida em que se acentua a discussão de situações complexas de conflito de liberdades entre particulares, cresce também a necessidade de discussão sobre o sentido da justificação e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Robert Alexy (2001), com toda propriedade, contribui para a análise do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, apontando serem dois os principais aspectos a serem enfrentados: (i) como e (ii) em que medida ocorre a vinculação dos particulares. No caso, tendo-se tanto um problema de construção de uma relação de eficácia (i), como um problema de extensão da colisão para a observância de restrições de liberdades entre privados (ii). E é com esta preocupação que Günther Dürig, Hans Carl Nipperdey e Jürgen Schwabe buscam analisar o fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais entre privados, acabando por priorizar análises teóricas distintas em relação à forma de penetração dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

## 2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

A tese da eficácia mediata ou indireta, defendida por Günther Dürig, afirma que os direitos fundamentais somente podem ser aplicados entre particulares após um processo de transmutação, por intermédio do material normativo do próprio direito privado (DÜRIG, 1956). A eficácia dos direitos fundamentais está, então, condicionada à mediação concretizadora do legislador do direito privado, quando a ele cabe o desenvolvimento concretizante desses direitos por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos nas relações entre particulares. E, na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete ao juiz dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais<sup>1</sup> e dos conceitos indeterminados do direito privado (GORZONI, 2010). Por

---

<sup>1</sup> As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 2011).

esta teoria, a Constituição possui somente a função de guia, oferecendo diretrizes para uma evolução adequada do direito privado.

Nesta configuração, a aplicação da teoria indireta pressupõe dois momentos distintos para a atuação do intérprete: (i) quando da mediação do legislador, que condiciona a vinculação dos direitos fundamentais às leis ordinárias que cria; e (ii) quando da mediação do juiz, em caráter residual e com o intermédio das cláusulas gerais, nos casos de abertura normativa à interpretação judicial.

Günther Dürig sustenta que os direitos fundamentais somente envolvem sua eficácia sobre os conceitos e cláusulas gerais de direitos privados que sejam capazes e carentes de preenchimento valorativo (DÜRIG, 1956). Existem três graus de intensidade desse preenchimento de conceitos e cláusulas gerais com o conteúdo valorativo informado dos direitos fundamentais: a diferenciação de valor e explicitação de valor, a acentuação de valor e aguçamento de valor, e, em casos raros, o preenchimento de lacuna de valor (HECK, 1999). As intervenções no direito de liberdade que decorrem da força (*gewalt*) da autonomia privada somente afetam visivelmente o Estado na proporção em que, no caso, ele tenha que tomar aqueles atingidos sob a proteção contra os prejuízos.

Esta é a teoria adotada pelo Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha (*Bundesarbeitsgericht*), quando compreende que os direitos fundamentais corporificam uma ordem de valores objetiva. Esse sistema de valores influencia o direito civil. As cláusulas gerais tornam-se o espaço de erupção dos direitos fundamentais no direito privado (HECK, 1999). Assim restou reconhecido na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal por meio da decisão proferida no caso Lüth, tendo o Tribunal identificado que no direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desdobra-se *indiretamente* por meio de prescrições jurídico-privadas<sup>2</sup>.

Na hipótese da teoria da eficácia imediata, defendida por Nipperdey (1962), a premissa defendida é a de que uma ofensa, no âmbito privado, em relação a uma norma constitucional resulta, via de regra, em nulidade do negócio jurídico privado. A compreensão é de que dos direitos fundamentais podem ser deduzidos direitos privados subjetivos. A tese da aplicabilidade direta encontra seu fundamento na ideia de que, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico, não é

---

<sup>2</sup> BVerFGE 7, 198 (Lüth – Urteil) Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial.

Na sentença-Lüth, de 15/01/1958, foi determinado o significado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador sobre o direito civil e, com isso, tomado posição a respeito do efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais. Segundo esta decisão, os Tribunais cíveis são obrigados a considerar, na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e outros conceitos legais indeterminados, os direitos fundamentais como linhas diretivas. (HECK, 1999)

possível aceitar a noção de que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto (SARLET, 2000), à margem da ordem constitucional. Por isso, não é necessário existir mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares. A influência ocorre de forma direta, irradiando efeitos diretamente da Constituição, efeitos estes que podem, inclusive, modificar as normas infraconstitucionais.

Isso significa compreender que os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares nas relações estabelecidas entre privados, independentemente do material normativo infraconstitucional existente (GORZONI, 2010).

De acordo com a posição inicialmente desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey, a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, pelo qual não se poderia aceitar que o direito privado venha a se entrincheirar, formando uma espécie de gueto à margem da Constituição. Não haveria, desta forma, como admitir uma vinculação exclusiva do poder público aos direitos fundamentais. Assim, Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta (*absolute wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado e das relações entre particulares. (SARLET, 2000, p. 62).

No âmbito jurisprudencial do direito alemão, o efeito direto diante de privados restou identificado pelo Tribunal Federal do Trabalho pela transformação do significado dos direitos fundamentais, que atua no sentido de que "uma série de direitos fundamentais significativos da constituição não somente garantem direitos de liberdade diante do poder estatal [...], antes são princípios de ordem para a vida social que, em uma proporção a ser desenvolvida mais de perto do direito fundamental, têm significado direto para o tráfego jurídico dos cidadãos entre si [...]"<sup>3</sup> (HECK, 1999). Há a compreensão de que se identifica uma adesão normativa da Lei Fundamental para a promoção de um Estado de direito social (art. 20, 28) – o que se torna, na interpretação da Lei Fundamental alemã, de importância primordial na verificação de um efeito jurídico-privado direto das determinações jurídico-fundamentais nas relações privadas. O que se traduz como essencial, conforme Heck (1999) para a defesa de uma concepção de sociedade liberal e social.

Num equilíbrio das duas teorias referidas, Jürgen Schwabe lança o que resta

---

<sup>3</sup> Bage 1, 185 (193 f.). Na doutrina foi, sobretudo, Hans Carl Nipperdey que defendeu a tese de um efeito direto dos direitos fundamentais no direito privado sob o ponto de vista da influência do art. 3.º da Lei Fundamental na perspectiva de uma igualdade salarial entre homens e mulheres em trabalho igual. O Tribunal Federal do Trabalho seguiu, em grande medida, a posição de Nipperdey, que foi o seu primeiro Presidente. (HECK, 1999)

denominada como uma teoria estatista da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre privados. Conforme compilação doutrinária de Roberto José Ludwig (2012), para Schwabe, não há propriamente relevância na discussão estrita em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O que afirma é que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, de modo que eventuais ofensas aos direitos fundamentais são sempre oriundas do Estado, na medida em que a ele incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral (SARLET, 2000). O problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros traduz-se, a princípio, como um problema apenas aparente. Schwabe faz uma crítica à posição dominante (eficácia imediata), expondo sua fragilidade ao indagar da possibilidade de haver poder privado independentemente de um poder estatal (LUDWIG, 2012). No entendimento do autor essa independência de um Estado estabelecido somente poderia ocorrer em comunidades privadas de direito.

No Estado de Direito, toda intervenção pelos particulares, causada e agravante, porque a ser tolerada, obtém seu significado pelo fato de ela ser apoiada pelo ordenamento jurídico. Força gravadora não suscetível de defesa “privada” é força estatalmente legitimada, ou, pelo menos, aprovada; a coação que a partir dali seja exercida contra o titular do direito fundamental é sancionada estatalmente, é a ordem jurídica estatal e não o poder (*macht*) de um cidadão (*bürger*) que sustenta que, mesmo alguém mais forte se submeta à “intervenção”, à “força (*gewalt*) privada” de particulares. (LUDWIG, 2012, p. 93).

Schwabe não compreende, portanto, como, em um Estado de Direito, a força vinculante entre particulares pode ser estabelecida de forma regular e continuar se manifestando sem que fosse legitimada por uma força estatal. Será sempre o poder jurídico do Estado que fundamentará as competências por meio das quais a ordem jurídica virá a conferir a uma pessoa privada (*privatmann*) uma competência de influência em relação a outro particular. Essa ideia encontra, por parte da doutrina que apoia a posição dominante, forte resistência (LUDWIG, 2012, p. 94), quando se invoca a expressão mágica da “autonomia privada”, de que “o ter a permissão de (*dürfen*) fundamentado contratualmente de um particular se apoiaria sobre uma liberdade de agir natural que o Estado tivesse deixado ficar com os particulares e que somente estivesse delimitado por barreiras de abuso”. Schwabe recorre, para rechaçar tais críticas, ao ensinamento de Schnur:

Os particulares estão uns para os outros, não como soberanos de direitos, que, sozinhos, estabelecem o direito que entre eles deva valer. Muito antes são as leis de direito privado que regulamentam a autonomia dos particulares estabelecida pela constituição e determinam quando a atividade autônoma seja juridicamente eficaz.

Com isso, o legislador tem de observar o conteúdo essencial do respectivo direito fundamental. Assim, não entra em questão se existe o denominado efeito perante terceiros (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, mas sim, quão longe ele alcança. (SCHNUR *apud* LUDWIG, 2012, p. 95).

O fato é que, imune a seus críticos, Schwabe recusa a teoria de que os particulares poderiam se mover num espaço vazio, livre de direito, defendendo que todas as suas ações, quando avalizadas pelo direito privado instituído, nunca estão totalmente livres da influência do poder estatal que, em última análise, é o que legitima o próprio direito privado (LUDWIG, 2012). Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet,

Para Schwabe, mesmo no tráfego jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocadas por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do Legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta. Da mesma forma, Schwabe nega a importância dos deveres de (e direitos à) proteção, considerando-a supérflua e geradora de equívocos, sob o argumento de que se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens jurídicos fundamentais (como saúde, vida etc.), na verdade, as está permitindo, participando, de tal sorte, de forma ativa nas lesões a estes direitos fundamentais, mesmo que praticadas por particulares, que, assim, lhe são imputáveis, de tal sorte que também aqui se estaria perante a função defensiva dos direitos fundamentais. (SARLET, 2000, p. 16).

A crítica mais contundente que Schwabe faz à posição dominante é a de que tanto a teoria da eficácia mediata quanto a teoria da eficácia imediata se apoiam no falso pressuposto do dualismo “direito público/privado”. Para demonstrar o equívoco de basear a análise da eficácia dos direitos fundamentais sobre a relação entre privados na dicotomia direito público/privado, Schwabe traça um cenário no qual, de um lado, uma liberdade de qualquer espécie vem a sofrer restrição por meio de um imperativo jurídico – mandamento ou proibição – enquanto que, por outro lado, impõe-se prejuízo à própria liberdade se outrem vem a ter a permissão de fazer algo que corte essa liberdade. Ou seja, nesse cenário representado, Schwabe procura demonstrar que o prejuízo à liberdade de qualquer espécie pode sofrer restrição tanto por meio de imperativos que venham do Estado - no sentido vertical -, quanto pelo fato de qualquer particular, tendo a permissão desse mesmo Estado, praticar uma ação ou omissão que implique na restrição à liberdade de outro particular - sentido horizontal (LUDWIG, 2012).

O ponto que parece mais importante nesse argumento de Schwabe consiste (2012, p. 96) “na independência lógico-normativa dos imperativos em relação a quem (Estado ou particular) tenha a iniciativa de executá-lo, em caso de desobediência”. Tais imperativos são nomeados por Schwabe como “normas primárias”, que prescrevem condutas exteriores aos consortes jurídicos, ao passo que ele denomina como “normas secundárias” aquelas que determinam o que acontece no caso de descumprimento das primárias, ou seja, se é atribuída ao Estado enquanto juiz ou a um particular a competência e a iniciativa para executar alguma medida (sanção).

O que coarctea o domínio do livre fazer e deixar de fazer é, então, a norma primária contida no imperativo jurídico. Logo, **já no imperativo é que se deve examinar e medir se o direito fundamental da proteção da liberdade foi ou não ofendido** mediante a restrição da liberdade feita pelo imperativo jurídico. Por isso, não sendo realizável a divisão das normas primárias entre normas primárias de direito público e normas primárias de direito privado, descabe a diferenciação entre uma vigência plena do direito fundamental no direito público, e uma vigência problemática no direito privado. (LUDWIG, 2012, p. 96, grifou-se)

Com isso, Schwabe afirma que a teoria dominante, que diferencia a vigência dos direitos fundamentais orientada pela distinção público/privado, não tem qualquer fundamento, na medida em que ela não leva em consideração o importantíssimo fato de que a restrição da liberdade já ocorre na norma primária, ou seja, não há por que, dessa forma, querer pretender perquirir se a norma secundária é de fundo público ou privado, uma vez que a ofensa à liberdade já ocorrera, antes disso, na norma primária, no imperativo jurídico (LUDWIG, 2012). Com efeito, a teoria dominante não percebe a impossibilidade de qualificação das normas primárias como de direito público ou privado.

[Não é possível fazer tal qualificação] uma vez que elas podem tanto ser acompanhadas de defesa por meio de medidas de direito público como de privado e, muitas vezes, por ambas; deixa de ser decisiva a estrutura das normas secundárias, quando essas sequer desenvolvem um relevante impulso ativo; além disso, não explica que o mesmo imperativo possa ser confrontado em face dos direitos fundamentais em relação ao âmbito de direito público, mas não em face do direito privado, não obstante se trate da mesma norma primária que se liga a diferentes normas secundárias. (LUDWIG, 2012, p. 98).

Consoante a teoria da convergência estatista, mesmo que se venha a admitir que a intensidade de interesse do Estado no cumprimento de uma norma primária possa determinar diferentes graus de proteção, ainda assim a teoria dominante fracassa no mote de explicar porque essa diferença deveria ser decisiva sobre a vigência dos direitos fundamentais,

principalmente quando é cediço que existem muitos casos de cumulação da pretensão de direito privado com medidas de direito público. O que na verdade acontece, segundo a lição de Schwabe (LUDWIG, 2012), é que a diferença de graduação ocorre nas normas secundárias, as quais, como ele deixa claro, não são os enunciados normativos relevantes para se medir a limitação da liberdade, na medida em que esta mensuração deve ser feita sempre em momento anterior, em relação à norma primária.

### 3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

O direito à intimidade e à privacidade só teve origem bem recentemente, sendo atribuído, conforme Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho (2002), primeiro ao cristianismo, que assentou as bases do conceito de liberdade e dignidade humanas, sendo que, ao longo dos séculos, foram surgindo as demais facetas da liberdade. Mesmo assim, faz parte da primeira geração de direitos fundamentais. Surgiu após a revolução francesa como uma consagração do espírito individualista característico daquele período. Anteriormente, nas civilizações antigas, toda a ideia de cidadania era contaminada por um caráter exclusivamente coletivo, ou seja, a individualidade se dissipava em nome do primado do grupo, a pessoa ganhava status de cidadão apenas pelo fato de pertencer à coletividade.

A noção de intimidade, como conhecida hoje, está diretamente ligada ao surgimento da classe burguesa. No período posterior à revolução francesa, o direito à intimidade, dotado de um forte viés individualista, tornou-se a maior aspiração da classe que, então, emergia, a qual detinha o poder e buscava salvaguardar o seu espaço privado. O moderno conceito de direito à intimidade e à vida privada se apresenta como um direito à liberdade, esta entendida, basicamente, em seu sentido de não impedimento, isto é, enquanto direito a fazer o que se bem entende, de estar só (*to be alone*), de não ser incomodado, de tomar decisões na esfera privada sem qualquer interferência estatal (MACEDO JÚNIOR, 2011). Nesse contexto, inclui-se a liberdade sexual, a liberdade de agir livremente no interior de seu domicílio, a liberdade de não revelar suas condutas íntimas e a liberdade de identidade: “É dentro de um marco ideológico liberal, no qual o Estado passa a ser visto como um ‘inimigo’, que se forja o moderno conceito de privacidade (MACEDO JÚNIOR, 2011). Na lição de Verait Maria Nusdeo Lopes (1997), exatamente em função das características do Estado liberal de Direito, ou seja, do absentéismo estatal, os direitos que traduzem liberdades são aqueles que impõem, em geral ao Estado, mas também aos particulares, um não fazer, uma ordem que pode ser traduzida como um respeito à esfera individual.

A partir desse primeiro momento histórico no qual o direito à intimidade passa a ascender como um privilégio da emergente classe burguesa, um segundo período substancial na solidificação de tal direito tem início no marco que fora estabelecido no tratamento do assunto com a publicação, em 1890, na *Harvard Law Review*, pelos advogados norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dempits Brandeis, do famoso ensaio “*The Right to Privacy*”, que ficou conhecido também como o “Ensaio Warren-Brandeis”.

Já no final do século passado a matéria foi tratada em nível de teoria pelo trabalho de Warren-Brandeis na *Harvard Law Review*, sob o título “*The Right to Privacy*”. Três anos mais tarde, o Tribunal de Nova York usou pela primeira vez a nomenclatura empregada pelos dois advogados quando julgou em favor do ator que vira seu retrato divulgado por um jornal promovendo um concurso de popularidade contra o qual ele se opunha. Disse à Corte que “nenhum periódico ou instituição, independentemente de sua importância tem o direito de usar o nome ou a fotografia de alguém para tal fim, ou seja, para comparar com outra pessoa a fim de que os leitores votem em quem lhes pareça melhor sem o devido consentimento. Um indivíduo tem o direito à proteção tanto no que refere a sua pessoa como a sua propriedade e, atualmente, o direito a vida chegou a significar o direito de fluir, sem a publicidade ou o incômodo de uma pesquisa organizada sem licença e de cujo resultado depende, ao menos na opinião pública, o calor do caráter ou da capacidade pessoais. Os Tribunais asseguram em mais casos que o indivíduo tenha o que muito bem foi definido como “o direito de ser deixado em paz”. (DOTTI, 2011).

Este trabalho de Warren-Brandeis tornou-se paradigma para a construção de um direito à privacidade, tendo o condão de sistematizar a noção de privacidade e exaltar o “direito de ficar sozinho”. Vânia Siciliano Aieta (1999, p. 88) aponta que “o trabalho jurídico iniciado por Warren-Brandeis na defesa da intimidade, tornou-se o bastião doutrinário para que os indivíduos não sejam vítimas futuras da suposta sociedade que George Orwell<sup>4</sup> nos advertiu em sua obra 1984”. No entanto, mesmo que o Ensaio de Warren e Brandeis date do final do século XIX, a positivação da matéria ocorreu apenas em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão - DUDHC, que, em seu artigo 12, dispõe que “ninguém será objeto de ingerência arbitrária em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação”.

Canotilho, tratando da questão da liberdade como regra em direitos e garantias, assevera que, numa ordem constitucional radicada na dignidade da pessoa humana e na autonomia individual, os direitos fundamentais devem ser interpretados com um âmbito

---

<sup>4</sup> O romance “1984”, de George Orwel, seguramente uma obra que pode ser catalogada entre os maiores trabalhos sobre ficção científica, em diversas passagens alude à espionagem a que estão expostas as personagens. A vigilância constante das pessoas dentro de sua própria casa. A chamada teletela como receptáculo não apenas da imagem, mas também da voz, constitui-se em poderoso meio de invasão. Todos os locais são vigiados, até mesmo os sanitários. (DOTTI, 2011).

normativo alargado – utilizando-se da expressão cunhada por Robert Alexy em “*Theorie der Grundrechte*”.

Isto, na medida em que os direitos fundamentais, longe de pretenderem impor heteronomamente uma qualquer visão do mundo e dos próprios direitos em causa, ou promover uma dada ortodoxia cultural ou politicamente correta, tem em vista constituir-se como norma de definição de competências negativas do Estado, na medida em que remetem para a autonomia racional e moral prática dos indivíduos. O poder de, exercendo a sua liberdade de escolha, conformarem positivamente, isolada ou coletivamente, a sua existência dos mais variados domínios da vida social.

De acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de estar a serviço da difusão pluralística do poder e da democracia participativa, na medida em que subordinam a comunidade política a um princípio fundamental de descentralização da autoridade até a unidade mais pequena como capacidade de decisão: o indivíduo. (CANOTILHO, 2003, p. 10).

No Brasil, a positivação implementada na DUDHC refletiu na constitucionalização do direito à intimidade na Carta de 1988. Nossa Constituição traz disposições específicas a respeito desse direito nos incisos X, XI e XII de seu artigo 5º, assim como no parágrafo 2º do mesmo artigo, pelo qual é prevista a recepção pela legislação infraconstitucional e em disposições que venham a figurar em tratados e convenções internacionais. Esta constitucionalização do direito à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro elevou o direito de reserva à categoria de direito fundamental e personalíssimo. Diante desta constitucionalização, a privacidade e a intimidade estão indubitavelmente resguardadas - pelo menos no plano teórico-normativo - em nosso ordenamento jurídico, o que se ratifica em vários outros Estados democráticos de Direito, sempre com fundamentações similares, porém com denominações diversificadas.

O direito anglo-norte-americano o denomina de *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be alone*, *private life* e, às vezes, *intimacy*; o francês de *droit à la vie privée*, o italiano de *diritto all' riservatezza*, *all' segretezza*, *intimità*, ou *riserbo*, enquanto o espanhol de *direcho a la esfera secreta de la propia personalidad personal*, *vida privada*, *intimidad personal*, *esfera reservada de la vida* ou *privacidad*. Existem, ainda, na Alemanha, as expressões *privatesphäre* (esfera secreta) e outras similares. E em Portugal duas expressões para esse fim são utilizadas: proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada. (SAMPAIO, 1998, p. 37).

E, para proteger o *right of privacy*, a tutela da intimidade cresce em importância, visto que esse direito é considerado por doutrinadores, Tribunais e tratados internacionais como sendo de extrema importância para felicidade humana (TOMIZAWA, 2008, p. 60). Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 105) o define como “a esfera de que o indivíduo necessita vitalmente para livre e harmoniosamente desenvolver sua personalidade, ao abrigo de

interferências arbitrárias”. Essa esfera de que se necessita para o livre desenvolvimento da personalidade, identificada como “esfera privada” pela teoria das esferas (CACHAPUZ, 2006), abarca o direito à privacidade e o direito à intimidade, a princípio, de uma forma difusa, conferindo-lhes um espargimento tal que parte da doutrina entende tratar-se de um único direito, enquanto outra corrente atesta ser possível sua separação.

Por outro lado, para muitos autores, o conceito de privacidade e vida privada não é o mesmo. Luciana Fregadolli observa que, de fato, não há posição unânime entre os autores quanto à diferença entre vida privada e intimidade.

Para alguns, a vida privada é um gênero que inclui, como núcleo central, a intimidade; assim, a intimidade seria a parte mais reservada da vida privada. Para outros, formando por assim dizer uma outra corrente minoritária, a vida privada é uma das facetas que integram o conceito de intimidade. Para fins de origens, a intimidade seria a categoria, e a vida privada a parte mais restrita da categoria. (FREGADOLLI, p. 207).

Já na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que se inclui entre os que distinguem o direito à privacidade do direito à intimidade, a diferença entre privacidade e intimidade pode ser exemplificada pelo fato de que “a vida privada pode envolver situações de opção pessoal (como escolha do regime de bens de um casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação de terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de intromissão” (FERRAZ JR., 1993. p. 79). Não obstante haja essa divergência doutrinária, Leonardo Roscoe Bessa assevera que “não há qualquer prejuízo em utilizar a expressão vida privada ou o vocábulo intimidade (BESSA, 2003, p. 94).

Fato é que, independentemente da terminologia adotada, trata-se de direito personalíssimo fundamental componente da dignidade da pessoa humana que ganha cores de realce na sociedade da informação.

Dogmaticamente, o direito à intimidade da vida privada é um dos direitos da personalidade que ganhou considerações particulares a partir dos grandes avanços da ciência e da tecnologia dos últimos anos, nos mais variados setores da personalidade. Nos dias presentes, e em consequência de tais progressos, pode-se anotar a existência de um período de transição quanto à proteção de muitos direitos da personalidade, classicamente definida como a “aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”, conforme a teoria de Clóvis Beviláqua (em “Teoria Geral do Direito Civil”, 1975, p. 70). A passagem da defesa do direito à vida privada de sua primitiva sede para os domínios do Direito Público se fez, inicialmente, através da *autonomização*. Não deveria mais haver confusão com outros direitos da personalidade (direito ao domicílio, ao nome, à voz, à imagem, à honra, à reputação etc.). Daí por que a moderna doutrina passou a

considerar o direito ao respeito da vida privada como geral, absoluto e extrapatrimonial. (DOTTI, 2011, p. 991).

E, na sociedade da informação<sup>5</sup>, a revolução tecnológica acarretou a necessidade de se conceder maior atenção ao direito à intimidade e à vida privada, submetendo-o à disciplina de outros direitos emergentes da personalidade. Verifica-se um fenômeno estimulado pelas várias formas de invasão à intimidade, em função do qual as pessoas perdem a condição de unidade frente ao corpo social. Geoges Burdeau denomina esse fenômeno como o “declive da autonomia individual”, que redundando no “abandono de todas as prerrogativas com as quais o individualismo adornava a personalidade humana”. (DOTTI, 2011). Segundo Burdeau, “sua vontade e seus desejos não têm possibilidades de se realizarem senão pela mediação de um ser coletivo ao qual se agrega e que finalmente lhe confere um rosto anônimo. Não é a massa que serve ao indivíduo, mas o indivíduo que se converte em seu instrumento” (La Democracia, 1970, *apud* DOTTI, 2011). Nos tempos atuais, então, de “dilaceração dos segredos”, maior atenção ainda deve ser dada à necessidade que cada indivíduo tem de poder optar pela preservação daquilo que toma como privado e, mais do que isso, da sua intimidade.

#### 4 DIREITO À INFORMAÇÃO

A concepção do direito à informação remonta a 1927, por ocasião da reunião da Sociedade das Nações, quando afirmados os conceitos de liberdade de informar e liberdade de informação. No entanto, foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a liberdade de informação foi expressa de forma solene e peremptória. A Declaração, marcada pelas contingências da 2ª Guerra, derivou da insensatez do homem em tempos de “banalidade do mal” - na expressão de Hannah Arendt (1999) -, e construiu um novo paradigma para a compreensão da relação do cidadão com o Estado, calcado no primado da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>5</sup> Em face de tais aspectos – principalmente após a revolução tecnológica – foi necessário emprestar maiores cuidados ao tratamento do direito à intimidade da vida privada, já reconhecido por textos internacionais, para submetê-lo à disciplina própria de outros direitos emergentes da personalidade. A importância em se resguardar a individualidade (não o *individualismo* lírico do final do século XVIII) contra os vários processos de automação do comportamento e das ideias vem revigorando aqueles movimentos, agora em nível interno dos Estados, para dar tratamento autônomo ao direito à intimidade, assim como ocorre com o art. 80 do CC português, de 1966: “*Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*: 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. (DOTTI, 2011).

Já a concepção da liberdade de informação surge no período de intermédio das grandes guerras mundiais. Enquanto direito de liberdade ou uma liberdade pública, atrela-se a uma concepção de institutos jurídicos que tinham como objeto, exatamente, a limitação da ação estatal. A matriz liberal, calcada na proteção da liberdade enquanto autonomia exteriorizou-se nos textos constitucionais, indicando que o Estado deve ao indivíduo um dever de abstenção em sua esfera de desenvolvimento pessoal. Esta maximização da liberdade, assim como a busca da diminuição das tarefas (deveres) do Estado, representa a essência do liberalismo, no estágio inicial da ideia de liberdade de informação, de conteúdo negativo, tipicamente individual.

O conteúdo positivo – de múltipla dimensão, não mais calcado na individualidade - foi impulsionado pela evolução dos meios e instrumentos de comunicação, pela concepção da informação enquanto bem comercializável, pelo desvelamento de novos direitos fundamentais e pela própria concepção de um Estado Democrático de Direito. Cada pessoa individualmente considerada tem o direito de informação *prima face*, o qual lhe permite fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A liberdade de informação trata-se de uma liberdade negativa moldada no Iluminismo, de modo que cabe ao Estado não causar embaraços à pessoa em sua ação ou em sua abstenção. Como postulado constitucional, para além de sua importante existência e validade no sistema das liberdades, ela vai adiante da proteção da esfera individual, concretizando, também, a tutela da esfera social (TESTA JR., 2011, p. 76). Como preleciona Jorge Miranda (2008, p. 458), “a liberdade de informação realça as estruturas institucionais e organizatórias e a comunicação como um todo se torna objeto de constituição material, desenvolvendo mecanismos de auto e hetero-regulação”.

No Estado social democrático de Direito pode-se verificar a influência cada vez mais intensa das liberdades de expressão, informação e comunicação na vontade popular de forma que a manutenção de tais liberdades depende, da mesma forma que o engendramento de um sistema constitucional livre e democrático, da necessária observância de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da incensurabilidade e da pluralidade de expressão. Jorge Miranda, tratando da matéria sob a luz da Constituição portuguesa, identifica tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de informação no art. 37, n. 1, daquela Carta. Segundo ele, a liberdade de expressão abrange “qualquer exteriorização da vida própria da pessoa: crença, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, atos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto, o silêncio” (MIRANDA, 2008, p. 453). Já a liberdade de informação, segundo o autor, tem em

vista “a interiorização de algo externo. Consiste em apreender ou dar a apreender fatos e notícias. Nela prevalece o elemento cognocitivo” (MIRANDA, 2008, p. 453).

A liberdade de pensamento, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é raiz tanto da liberdade de expressão quanto do direito à informação, dado que de pouco adianta a liberdade de pensar se não há possibilidade de expressar esse pensamento ou de difundi-lo. Do próprio pressuposto da dignidade humana decorre a liberdade de pensamento, relacionada que é à liberdade de expressão e de comunicação, consagradas na Constituição federal sem qualquer autorização à censura prévia. Esta garantia constitucional – presente também em outros ordenamentos – da liberdade de expressão e comunicação constitui uma das características das atuais sociedades democráticas, de forma que, tais liberdades podem ser consideradas, inclusive, como “termômetro” do regime democrático (FARIAS, 2008).

Do cotejo de documentos internacionais e textos internacionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e comunicação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental, assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões, através da palavra, escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações. (FARIAS, 2008, p 79).

Este caráter fundamental se intensifica e ganha maior importância ainda na sociedade contemporânea, denominada *sociedade da informação*, gerada por todo o complexo tecnológico que propicia concomitantemente o espetáculo e a invisibilidade (MARTINS-COSTA, 2014, p. 41). Com a revolução tecnológica<sup>6</sup>, cada vez mais a informação galgou importância, transformando-se, assim, em um bem jurídico digno de proteção constitucional internacional.

## 5 BANCOS DE DADOS CONSUMERISTAS

A utilização massiva de dados pessoais a partir da segunda metade do século XX pode ser associada a duas características principais do Estado pós-industrial. A burocratização dos setores públicos e privados e o desenvolvimento da tecnologia da informação. Os dois fenômenos suscitaram o processamento de dados pessoais por governos e corporações

---

<sup>6</sup> Enquanto a informação circulava lentamente, enquanto não ocupava tanto os afazeres do homem, enquanto quase nada alterava o curso normal da vida em sociedade, enquanto era recebida por pequena parcela da população, enfim, enquanto a informação não era determinante para traçar o rumo da vida em sociedade, era natural que a doutrina não se preocupasse mesmo com o seu aspecto jurídico. Na medida em que o avanço tecnológico permite uma inacreditável rapidez na sua circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida. (CARVALHO, 2002, p. 255).

empresariais, com finalidades estatísticas, negociais e investigativas (MENDES, 2014). A combinação de diversas técnicas automatizadas permitiu a coleta, o registro, o processamento, o cruzamento, a organização e a transmissão de dados, de uma forma anteriormente inimaginável, possibilitando a obtenção de informações valiosas sobre os cidadãos e facilitando a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais. O valor das informações obtidas não reside apenas na capacidade de armazenamento de dados, mas, principalmente, na possibilidade de obtenção de novos elementos informativos a respeito dos cidadãos a partir do tratamento desses dados. Um exemplo é o que ocorre com a moderna técnica de construção de perfis pessoais, potencializada na sociedade de informação, em função dos quais são tomadas relevantes decisões a respeito dos consumidores, trabalhadores e outros grupos da sociedade, que afetam diretamente a vida das pessoas e, mais do que isso, acabam influenciando o seu acesso a oportunidades pessoais (MENDES, 2014).

Embora possam, eventualmente, aparentar sinonímia, o termo “dado” tem significado diverso de “informação”. “Dado” significa a informação em potencial, podendo se transformar em informação se for comunicado, recebido e compreendido. Quando se revela pela forma de uma palavra impressa, o dado é imediatamente compreendido como informação pelo leitor. Se, por outro lado, os dados consistem não em palavras, mas em atos, como sinais que requeiram determinada interpretação antes de adquirirem qualquer sentido, permanecem, então, no estado de pré-informação, até ser compreendido pelo seu receptor. A informação pode apresentar-se sobre diversas formas, como a gráfica, a fotográfica e a acústica (WACKS, Raymond *apud* MENDES, 2014). Quanto ao conceito de dados pessoais<sup>7</sup>, releva mencionar que são os fatos, comunicação e ações que se referem a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável (MENDES, 2014).

O que difere uma informação pessoal de uma informação qualquer é o seu vínculo objetivo com uma determinada pessoa, o potencial de revelar aspectos que lhe dizem respeito, donde sobressai a demanda de ser tutelada juridicamente, por constituir tal informação, um atributo de personalidade de alguém. Desta forma, verifica-se que a tutela não protege os dados em si, mas sim, a pessoa e a sua personalidade (MENDES, 2014).

Conforme Laura Mendes (2014), os bancos de dados podem ser manuais, na forma de dossiês e fichários organizados ou automatizados. Não obstante quaisquer deles tenham potencial risco lesivo à privacidade dos indivíduos, com efeito, a maior ameaça reside na

---

<sup>7</sup> A Diretiva Europeia 95/46/CE, em seu artigo 2º, conceitua dados pessoais como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular, identificada ou identificável”. “É considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeado por referência ou número de identificação ou a um ou mais elementos específicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social”.

informatização do tratamento dos dados pessoais. Nesse sentido, a Decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que afirma que o poder de autodeterminação do indivíduo, em relação ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se ameaçado, diante das inúmeras possibilidades de processamento de dados pessoais pela via da informática:

Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo, porque, em processos decisórios, não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostas manualmente. Hoje, com a ajuda do processamento de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada, ou determinado [...] podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas a qualquer momento, em qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo, na estruturação desses sistemas de informação integrados com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completa, ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta, de influência, que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica, causada pela participação pública em suas informações privadas. (BVerGR 65, 1, Volkszählung).

O artigo de 43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) disciplina sobre a matéria de banco de dados e do cadastro de consultas. Dado que úteis para a dinamicidade da economia, com potencial tanto para os fornecedores como, até mesmo, para os próprios consumidores, os cadastro são permitidos, muito embora impostas restrições para prevenir o resguardo de situações de violação à privacidade ou à honra dos indivíduos cadastrados.

Apesar do CDC não haver feito distinção explícita entre “bancos de dados” e “cadastros de consumo”, ela pode ser verificada por meio do critério doutrinário, formulado por Herman Benjamim (2001), pela qual dois aspectos distinguem-nos: a origem da informação e o seu destino. Nos cadastros de consumo, os estabelecimentos objetivam coletar dados de seus consumidores para viabilizar o estabelecimento de uma comunicação mais precisa entre fornecedor e consumidor, principalmente para oferecer informações sobre produtos e serviços - promoções, novos produtos. Nesse caso, a fonte da informação é o próprio consumidor, e o destino é um fornecedor específico, e não um conjunto de fornecedores. Já no caso dos bancos de dados de consumo, cuja principal espécie são justamente as entidades de proteção ao crédito, a origem da informação, via de regra, são os próprios fornecedores, e não o consumidor: o destino final da informação são os próprios fornecedores como integrantes de um mercado de relacionamentos, mesmo que com o intuito único de armazenamento da informação na própria entidade (BESSA, 2003).

Leonardo Roscoe Bessa (2003, p. 39) define "bancos de dados de proteção ao crédito" como "entidades que têm, como principal objetivo, a coleta, o armazenamento e transferência a terceiros (credor potencial) de informações pessoais dos pretendentes a obtenção de dados". Segundo o autor, não há como negar a importância que essas entidades de proteção ao crédito exercem na atualidade, pois, afastando o anonimato dos atores da sociedade de consumo, possibilitam que o crédito seja disponibilizado com maior agilidade e rapidez (BESSA, 2003). Antônio Bertram Stümer (1992) salienta a importância das atividades desse tipo de entidade asseverando que "graças a sistemas racionalizados e informatizados de bancos de dados, em cerca de minutos, o crédito é concedido há um habitante de uma cidade de milhões de habitantes cujos vizinhos não o conhecem". No entanto, Leonardo Bessa (2003) adverte que, a despeito das relevâncias das atividades desempenhadas por essas entidades, pode-se constatar, sem dificuldades o potencial ofensivo que tais entidades representam à dignidade humana, especialmente em relação à privacidade e à honra.

O espaço que o direito fundamental à vida privada e à intimidade enseja à autodeterminação informativa, a qual confirma a conexão de uma teoria das esferas com um direito geral de personalidade, autoriza o critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que pertença com exclusividade e reserva ao indivíduo (CACHAPUZ, 2006, p. 253). Destarte, deve ser reservado ao particular o seu direito de ter amplo controle sobre o cadastro e a circulação de seus dados pessoais. Na medida em que os bancos de dados e os cadastros de consumo têm o poder de efetuar registros de dados pessoais à revelia dos consumidores, potencialmente, dá-se azo a uma violação ao direito fundamental à vida privada em nome do direito fundamental à informação - o que se intensifica quando se percebe que os consumidores em questão não têm gerência sobre a circulação destes dados, sobre quem venha ou não a ter a eles acesso e, tampouco, sobre a sua correção. Gera-se, assim, um delicado conflito de direitos fundamentais que, potencializado pela hodierna sociedade da informação, tem difícil solução.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à liberdade de informação é um direito fundamental cuja proteção é assegurada em nossa Constituição Federal em vista da importância dada à livre circulação das informações em uma sociedade democrática. Seus desdobramentos, nos direitos de informar, de se informar e de ser informado, merecem, de fato, serem salvaguardados de restrições

injustificadas. O valor jurídico da informação decorre da necessidade que o homem tem de ter acesso a informações adequadas e verídicas, que está diretamente vinculada à sua capacidade de discernimento e reflexão, bem como do poder que a informação tem de evitar que se adotem comportamentos desvinculados de situações fáticas reais.

Contudo, ao mesmo tempo, o direito à vida privada, bem como à intimidade, goza, da mesma forma, do caráter fundamental, dado que imbricado nos pressupostos mais elementares do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal direito, componente dos direitos da personalidade assume inegável importância porquanto intenta suprir a necessidade que a pessoa tem de ser “deixada em paz”, de ter seu espaço próprio, livre da interferência de outrem, e, mais do que isso, de poder manter segredo a respeito das informações que não deseja compartilhar. Nasce, assim, a necessidade de também se assegurar a perspectiva de se possibilitar o amplo controle sobre os dados pessoais. Nesse contexto, o exercício do direito à liberdade de informação pode caracterizar uma restrição ao direito à vida privada e exige, portanto, a parcimônia necessária para que não se agrida o direito primordial ao respeito à vida privada do indivíduo.

O equilíbrio entre o direito da informação e da privacidade, na prática, tem sucumbido constantemente diante de reiteradas controvérsias, cabendo ao poder judiciário decidir sobre os delicados limites de cada um. O caso dos cadastros de dados pessoais nos bancos de dados consumeristas é um exemplo concreto da colisão destes direitos, a qual gera um arenoso debate sobre limites e abusos, bem como sobre o tráfego dos direitos fundamentais entre privados. A eficácia destes direitos, por sua vez, nas relações horizontais entre particulares é questionada pela doutrina, de forma que existem diferentes correntes que se opõem dogmaticamente.

Como os cadastros consumeristas configuram uma relação estritamente privada, o conflito por eles gerado confere ao caso a propriedade de demonstrar um típico exemplo no qual uma relação estritamente privada pode redundar na limitação injusta de um direito fundamental sob a égide de um outro direito também fundamental; ou seja, a colisão daí decorrente informa que, não obstante os direitos fundamentais tenham surgido originariamente como expressões de consecução de direitos de primeira geração – portanto típicos da verticalidade Estado/indivíduo -, a sua eficácia deve se dar, também, no tráfego entre privados, sob pena de, do contrário, possíveis lesões causadas por particulares não virem a estar sujeitas a um controle tão preciso quanto aquele que pode ser fruto de um direito fundamental.

Nesse cenário, percebe-se que, entre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais

abordadas neste estudo, a da contingência estatística é a que merece aplicabilidade. Na análise das restrições que podem ser impostas aos indivíduos, no seu direito à vida privada e à intimidade, pelos bancos de dados e cadastros de consumidores, a tese de Jürgen Schwabe mostra-se a mais apropriada, quando defende a independência lógico-normativa dos imperativos, abordando o fato de que a limitação da liberdade já ocorre na norma primária, sendo, portanto, inócuo perquirir de eventuais ofensas a direitos fundamentais nas normas secundárias. Como não cabe indagar se as normas primárias têm fundo público ou privado, denota-se, por consequência que o Estado, enquanto fornecedor, de tais normas, sempre vai ter responsabilidade pela restrição causada à liberdade, mesmo que, a princípio, ela, aparentemente, tenha sido causada pelo particular. Desta forma, verifica-se que, como assevera Schwabe, toda a intervenção de particulares que venha a causar gravames a outros particulares está sempre apoiada no ordenamento jurídico e só por isso é tolerada, de forma que o Estado, provedor deste ordenamento, não pode se eximir de fazer parte da relação que causa a restrição, não havendo, assim, como falar em relação puramente horizontal.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: CEPC, 2001.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et. al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 7. ed, rev. e amp. Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed, rev., at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

\_\_\_\_\_. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito: tópicos específicos. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 44, out. 2002.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 41, jan. 2002.

DOTTI, René Ariel. A proteção da vida privada e a liberdade de informação. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 2, ago. 2011.

DÜRIG, Günter. **Direitos fundamentais e jurisdição civil**. Publicado na Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. Herausgegeben von Theodor Maunz. München: Isar Verlag, 1956, S. 157 ff. (*tradução de Luiz Afonso Heck*). *In*: HECK, Luiz Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 13-50.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3. ed, rev., at. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. v. 88, 1993.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 19. abr. 1997.

GORZONI, Paula. Direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso dos *reality shows*. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 25, jan. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HECK, Luiz Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 29, jan. 1999.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUDWIG, Roberto José (tradução e resumo): SCHWABE, Jürgen. **O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado**. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 91-133.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 31, jul. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um “sistema em construção”. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1, jun. 2011.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 4. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

NIPPERDEY, Hans Carl. **Direitos fundamentais e direito privado**. Publicado na Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben von Hans Carl Nipperdey. München: Beck Verlag, 1962, S. 17 ff. (tradução de Waldir Alves). In: HECK, Luiz Afonso (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 51-70.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 36, out. 2000.

STÜMER, Antônio Bertram. Banco de dados e *habeas data* no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 1. p. 55-94, mar. 1992.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. **Informação, direito e verdade**: regulação constitucional da imprensa. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet**: a dignidade humana como um direito fundamental. Curitiba: JM Editora, 2008.