

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

DANIELLE JACON AYRES PINTO

AIRES JOSE ROVER

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Danielle Jacón Ayres Pinto

Aires Jose Rover

Fabiano Hartmann Peixoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-078-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

O I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi realizado exclusivamente a partir da utilização das novas tecnologias de informação e comunicação. Foi o maior sucesso nesses tempos de pandemia. Mais do que nunca se viu a tecnologia servindo como instrumento de ação no campo do conhecimento e da aprendizagem, o que este GT sempre defendeu e esteve atento discutindo os limites e vantagens dessa utilização. Os artigos apresentados, como não podia deixar de ser, mostraram que os temas relacionados às novas tecnologias estão cada vez mais inseridos na realidade jurídica brasileira e mundial. Diversos fenômenos do cenário digital foram abordados ao longo dos trabalhos e demonstraram que a busca por soluções nessa esfera só pode ser pensada de forma multidisciplinar.

Assim, vejamos as principais temáticas tratadas, em sua sequência de apresentação no sumário e apresentação no GT. No primeiro bloco temático temos:

- Lei geral de proteção de dados
- proteção da intimidade, privacidade e aos dados sensíveis dos empregados
- anonimização e pseudoanonimização dos dados pessoais
- monetização de dados pessoais na economia informacional
- modelos regionais de obtenção de dados em aplicações na internet
- problemática dos brinquedos conectados

No segundo bloco:

- inteligência artificial e uma justiça preditiva
- neurociências no brexit
- confiança em sistemas de inteligência artificial

- chatbot, normas do bacen e fintechs de crédito

No terceiro bloco:

- internet como ferramenta de participação
- deliberação democrática digital
- ressocialização digital dos idosos
- gestão pública sustentável
- governança eletrônica na administração pública brasileira
- teoria do processo na era digital

No quarto e último bloco:

- a tecnologia e o princípio do contraditório
- vulnerabilidade aos cibercrimes
- fakenews
- pandemia e telemedicina
- pagamentos instantâneos e transações eletrônicas bancárias via whatsapp

Com esses estudos de excelência os coordenadores desse grupo de trabalho convidam a todos para a leitura na íntegra dos artigos.

Aires José Rover – UFSC

Fabiano Hartmann Peixoto - Universidade de Brasília

Danielle Jacon Ayres Pinto – IMM/ECEME e UFSC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO À PRIVACIDADE NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE UNITED STATES SUPREME COURT

Ana Luiza Colzani ¹
Oswaldo Agripino de Castro Junior ²

Resumo

O artigo objetiva delimitar os desdobramentos na construção do direito à privacidade a partir da interpretação da Suprema Corte norte-americana. Assim, os marcos teóricos apresentados foram metodologicamente expostos em ordem cronológica, compostos na base lógica-indutiva, a partir de pesquisa bibliográfica. No primeiro item, foi abordado o direito à privacidade a partir do direito de propriedade e de isolamento do indivíduo perante o Estado. No segundo, a concepção de que a privacidade persegue o indivíduo e não o objeto material. Finalmente, no terceiro item, as recentes discussões de privacidade enquanto controle a partir da razoável expectativa sobre esta.

Palavras-chave: Direito constitucional, Direito à privacidade, Suprema corte norte-americana

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to delimit the developments in the construction of the right to privacy from the interpretation of the US Supreme Court. Thus, the theoretical frameworks presented were methodologically exposed in chronological order, composed on the logic-inductive basis, from bibliographic research. In the first item, the right to privacy was addressed based on the right of property and isolation of the individual before the State. In the second, the conception that privacy pursues the individual and not the material object. Finally, in the third item, the recent privacy discussions while controlling from the reasonable expectation about this.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Right to privacy, The united states supreme court

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI e pela Widener University (Delaware Law School), em programa de dupla titulação, com bolsa do PROSUC/CAPES, na linha de pesquisa Globalização, Comparativismo e Transnacionalidade.

² Doutor em Direito Comparado e Desenvolvimento (UFSC, 2001). Visiting Scholar na Stanford Law School (2000). Pós-Doutoramento em Regulação de Transportes e Portos na Kennedy School of Government, da Harvard University.

INTRODUÇÃO

Ao proteger a “privacidade”, o que estamos protegendo? Muitos filósofos, juristas, sociólogos e acadêmicos tentaram responder a esta pergunta com diferentes abordagens teóricas. Como observou Westin (1967, p. 7), “[f]ew values so fundamental to society as privacy have been left so undefined in social theory”.

It is apparent that the word “privacy” has proven to be a powerful rhetorical battle cry in a plethora of unrelated contexts... Like the emotive word “freedom,” “privacy” means so many different things to so many different people that it has lost any precise legal connotation that it might once have had (Mccarthy e Schechter, 2015, §5.59).

Assim como o direito de “liberdade” ou de “dignidade”, a privacidade é um termo bastante amplo e vago. E assim sendo, a batalha retórica sobre os limites conceituais é relacionada a uma infinidade de contextos, e “[m]eans so many different things to so many different people that it has lost any precise legal connotation that it might once have had” Mccarthy e Schechter (2015, §5.59).

E talvez seja esse o maior desafio em tutelar a privacidade, “[i]s that nobody seems to have any clear idea what it is” (Thomson, 1984, p.295). Entretanto, isso não torna a tentativa inútil. Pelo contrário, não é possível ter clareza das ações necessárias à promoção de um direito se não pudermos, ao menos, determinar os limites de sua aplicação.

Não há como assumir um único momento histórico ou uma única motivação que tenha conduzido ao que hoje se entende por direito à privacidade. Escolher uma linha de construção teórica, no entanto, não é negar a existência das outras, tão somente tornar possível uma delimitação de pesquisa viável.

Mais fácil do que definir um termo tão amplo, tão vago e individualmente mensurável, é constatar a sua ausência. Para isso, não se resgatará aqui desde quando o ser humano reconhece ou exerce a privacidade. Essa tarefa parece impossível. O resgate será a partir de quando a privacidade passa a ser uma luta no reconhecimento da sua ausência.

Foi escolhido como objeto do presente trabalho a construção do direito a partir da interpretação da Suprema Corte norte-americana por dois motivos: o primeiro, por ser a pesquisa construída em regime de dupla titulação com uma universidade norte-americana, tendo a autora passado por um período em imersão no país e, segundo, por ser a teoria norte-americana a principal referência acadêmica na definição ao direito de privacidade e o primeiro país a constitucionalizar esse direito.

Ainda, os marcos teóricos apresentados serão aqui metodologicamente expostos em

ordem cronológica, para melhor entendimento da construção da argumentação em torno do direito à privacidade, sua abrangência e aplicação. O relatório será composto na base lógica-indutiva a partir de pesquisa bibliográfica.

Nesse sentido, pode-se dividir os fatores que impulsionam a tutela da privacidade em dois pontos: a limitação do poder da autoridade sobre a vida dos indivíduos, seja o Estado, ou, mais recentemente, a mídia; e o controle dos adventos tecnológicos.

Para atingir o seu objetivo, o artigo será dividido em três partes, conforme o histórico de interpretações dadas ao direito à privacidade. Na Parte 1, será abordado o direito à privacidade a partir do direito de propriedade e de isolamento do indivíduo perante o Estado. Na Parte 2, a concepção de que a privacidade persegue o indivíduo e não o objeto material. Finalmente, na Parte 3, as recentes discussões de privacidade como controle, a partir da razoável expectativa sobre esta.

1 DIREITO À PRIVACIDADE A PARTIR DA PROPRIEDADE

Tão complexa quanto a definição do que é privacidade, é delimitar sua exata origem legal. O direito à privacidade nos Estados modernos democráticos emerge em diferentes partes do mundo em momentos e dimensões distintas. Como todo direito é um produto também da construção social e estritamente relacionado com a política e a cultura.

Mill (2018) definiu a propriedade como princípio limitador do controle de poder do Estado na vida “sagrada” dos indivíduos. Assim, a propriedade privada se justifica pela prerrogativa da privacidade da família e correlaciona-se à liberdade como possibilidade do cidadão do exercício da esfera íntima, o qual não deve ser coagido pelo Estado por atos não justificados por dano ao outro.

(...) este é, portanto, o âmbito apropriado da liberdade humana. Compreende, em primeiro lugar, o domínio interior da consciência; exigindo liberdade de consciência em seu sentido mais abrangente; liberdade de pensamento e de sentimento; liberdade absoluta de opinião e de sentimento em relação a todas as questões, práticas ou especulativas, científicas, morais ou teológicas (MILL, 2018, Parte I).

As liberdades individuais passaram a ser valorizadas e preservadas como algo íntimo e intocável pelo Estado, enquanto não esbarrem em ofensa à outra pessoa.

Quando a tecnologia auxilia na propulsão da comunicação, exaltam-se novos dilemas às barreiras do privado. Assim como as ideias liberais eram bastante elitistas - preocupando-se com a propriedade privada, que efetivamente pertencia a poucos - as primeiras preocupações

em relação à tecnologia que chegaram às cortes foram impulsionadas pela (im)prensa, quando os primeiros jornais se tornaram periódicos e levaram o alcance da informação – de poucos - a muitos.

Em 1741, na Inglaterra, um editor publicou sem autorização correspondências de amor entre o poeta Alexander Pope e Jonathan Swift¹. Em 1848, na França, houve o caso da reprodução gráfica dos objetos do Príncipe Albert e Rainha Vitória². Em ambos, o direito à propriedade – das cartas e dos objetos – foi o argumento utilizado para assegurar o direito à privacidade na situação específica.

O reconhecimento constitucional ao direito à privacidade apareceu, em um primeiro momento, nesse sentido de proteção à propriedade, através da inviolabilidade da casa e correspondência (MIGUEL, 2020), a exemplo da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (4ª emenda, 1791). Refletidas, posteriormente, em diversas Constituições, como a brasileira, desde a Constituição do Império de 1824³, bem como as Constituições dos Estados Unidos do México, de 1917 (art. 16), Constituição Imperial do Japão de 1.946 (art. 35), Constituição da República Italiana de 1947 (arts. 14 e 15), dentre tantas outras.

O advento da fotografia introduziu ainda debates sobre a imagem do indivíduo. O primeiro caso conhecido a tratar do tema foi pela corte francesa (Tribunal Civil do Sena), em 1858. Na ocasião, fotografias da atriz Elisa Rachel Félix, em seu velório, foram tiradas como recordação familiar, porém, difundidas pelo fotógrafo sem consentimento. A sentença decidiu ser proibido reproduzir e dar publicidade a fotografias sem o consentimento da pessoa ou de sua família (RICHARDSON, p. 64-65). Logo após, houve a criação da Lei de Imprensa Francesa (1868), na qual estabelecia-se que “a publicação, num escrito periódico, de facto relativo à vida privada constitui uma contravenção punida com a pena de quinhentos francos”.

Alguns anos após, a Suprema Corte do estado de Michigan (Estados Unidos) concedeu o direito de excluir um homem solteiro do quarto durante o trabalho de parto porque “the

¹ Pope v. Curl, 26 eng. rep. 608 (1741).

² Prince Albert v Stange 64 ER 293 (1848).

³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. (...) XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo (BRASIL, 1824).

plainting had a legal right to privacy of her apartment at such a time and the law secures to her this right by requiring others to observe it”⁴.

Foi nessa época (1890) que, incomodado com o constante interesse da mídia sobre sua família (GAJDA, 2007), Warren, juntamente com o então futuro juiz da Suprema Corte norte-americana, Brandeis, definiram a privacidade como “o direito de ser deixado em paz” (WARREN e BRANDEIS, 1890). Os autores deduziram, a partir da análise de decisões de tribunais ingleses e norte-americanos, que a privacidade já estava implícita como um princípio geral na *common law* ao garantir ao indivíduo sua ampla liberdade no exercício do direito à vida⁵, ainda que não de forma autônoma – por ora.

O artigo expressava as preocupações com o advento da fotografia, enquanto nova tecnologia, e da expansão da divulgação e do interesse das outras pessoas através da mídia de massa. Algo que ainda se relaciona com a atualidade, pois corrobora o interesse de massa com novas tecnologias e os desafios enfrentados para tutela do indivíduo nesse contexto.

Cooley (1879, p. 29) também já havia tentado definir privacidade como “a right of complete immunity: to be let alone”. Warren e Brandeis, no entanto, tiveram o maior impacto na definição, inspirados na leitura da obra do filósofo Ralph Waldo Emerson⁶, que propunha a solidão como critério e fonte de liberdade.

Certamente eles não inventaram o termo “privacidade”, mas popularizaram a sua aplicação posterior para além da propriedade (da correspondência ou do domicílio, por exemplo), para a tutela da personalidade; especialmente após a ascensão de Brandeis à Suprema Corte, através de suas decisões e argumentos que aproximaram sua teoria da construção jurisprudencial ao direito à privacidade que se tem hoje, como se verá no próximo item.

A máquina fotográfica – que impulsionou as preocupações de Warren e Brandeis – não era necessariamente uma violação feita pelo Estado, mas com potencial de ser por outros indivíduos também. Nesse caso, nasceu o primeiro paradoxo: o direito à privacidade por vezes recorre ao Estado para proteção contra a intromissão de outros indivíduos (GAVISON, 1980, p. 438). Assim, o direito negativo (de não intromissão), passa a ser também positivo (de tutela).

⁴ **DeMay v. Roberts**, 9 N.W. 146, 149 (Mich. 1881)

⁵ *Yovatt v. Wingard*, 1 Jac. & W. 394 (1820); *Abernethy v. Hutchinson*, 3 Law J. Ch. 209 (1825); *Prince Albert v. Strange*, 2 DeGex & S. 652 (1849); *Tuck v. Priester*, 19 QB 639 (1887); *Pollard v. Phot. Co.*, 40 Ch. 345 (1888).

⁶ Uma de suas obras favoritas foi o artigo "Self-reliance" de Ralph Waldo Emerson, que consiste em grande parte no apelo à iniciativa individual (BOLLINGER 2002, p. 82).

Já em 1905, a Suprema Corte do estado da Georgia tornou-se a primeira corte estatal a reconhecer o direito à privacidade como um direito autônomo⁷, e não mais apenas implicitamente considerado, citando na decisão o artigo de Warren e Brandeis na fundamentação.

O texto até hoje é referência nas decisões que envolvam o tema da privacidade, assim como em 1928, através do caso *Olmstead v. United States*, em que se discutia a legalidade da interpretação de conversas como provas incriminatórias. O acusado teve o porão de seu escritório interceptado por escutas que o levaram a condenação, sem qualquer prévia autorização judicial à busca. A discussão constitucional do caso se dava pela suposta violação a 4ª e 5ª emenda americana, as quais trazem em seu texto, na íntegra:

EMENDA IV

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

EMENDA V

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

A decisão final da Suprema Corte foi de 5 votos a 4, tendo como majoritária a posição de que não houve violação à 4ª emenda pois o direito assegurado por ela constitui apenas a proteção da busca física no espaço privado. Assim, haveria violação física a uma carta ou uma casa, mas uma conversa – o objeto em questão – sendo bem imaterial, não estaria contemplado pela norma.

Por conseguinte, o julgamento também ponderou que não houve qualquer violação à 5ª emenda, já que o acusado não foi obrigado a produzir provas contra si mesmo, e manteve as conversas por deliberação própria.

Brandeis, agora já como juiz da Suprema Corte norte-americana, foi um dos votos

⁷ **Pavesich v. New England Life Ins. Co.**, 50 S.E. 68 (Ga. 1905). Disponível em:<http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich_v.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

vencidos. Como havia argumentado em seu artigo, ainda que se fale do direito à inviolabilidade de correspondência, o que se está protegendo não é apenas a carta em si, como propriedade de alguém, da cópia não autorizada, por exemplo; mas se protege também, e talvez principalmente, o conteúdo subjetivo de sentimentos e, emoções expressos por essa – enquanto direito à privacidade⁸. Ele citou, em seu relatório, que o direito à privacidade é “*the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*”.

2 DIREITO À PRIVACIDADE A PARTIR DA LIBERDADE INDIVIDUAL

Finalmente, em 1948 emerge o direito à privacidade para além da propriedade, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O seu artigo XII contempla que

ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

No entanto, apenas na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, é que se assegura o direito à privacidade para além da inviolabilidade da casa e da correspondência, ao abranger, em seu artigo 8º o “direito ao respeito pela vida privada e familiar”, sem relacioná-lo à honra ou à reputação.

Dessa maneira, a questão do privado não estaria mais associada exatamente a algo se quer esconder por “desonra”, mas por qualquer motivo, algo que se queira deixar fora do alcance de outros.

A partir do cenário de mudança e ampliação da ideia da proteção à privacidade a tese de Brandeis ganha força, até chegar novamente à Suprema Corte, para finalmente mudar a interpretação até então dada através do caso *Katz v. United States*, no qual discutia-se a interceptação de ligação em telefone público sem ordem judicial.

O Estado, nesse caso, defendia a legalidade do ato já que não havia intromissão à casa, e que o telefone público não era um espaço constitucionalmente protegido. Portanto, não haveria direito à privacidade no telefone público, usando o precedente anterior.

⁸ “It is difficult to regard the right as one of property, in the common acceptance of that term. A man records in a letter to his son, or in his diary, that he did not dine with his wife on a certain day. No one into whose hands those papers fall could publish them to the world, even if possession of the documents had been obtained rightfully; and the prohibition would not be confined to the publication of a copy of the letter itself, or of the diary entry; the restraint extends also to a publication of the contents. What is the thing which is protected? Surely, not the intellectual act of recording the fact that the husband did not dine with his wife, but that fact itself”.

Harvey A. Schneider, o advogado da causa, levantou o argumento de que o debate não está em ser ou não o telefone público constitucionalmente protegido pela 4ª emenda, mas sim na expectativa de ser aquele momento privado, independentemente do local em que o fato aconteça. Ainda que público o telefone, tendo o interlocutor a percepção de que mais ninguém está o ouvindo, aquele momento considera-se privado.

De maneira oposta, ainda que esteja em casa, em uma ligação, ao abrir as janelas e falar alto, o interlocutor sabe – ou pode ter a expectativa – que mais alguém possa ouvi-lo. Dessa maneira, a conversa não estaria da mesma forma protegida como a do exemplo anterior, pela renúncia do direito pelo tutelado naquele contexto.

Não significaria, no entanto, que o tutelado esteja renunciando de toda maneira a sua privacidade. Os limites do que se quer manter privado ou não são identificados apenas no caso concreto e não o ultrapassam.

Não significaria, tampouco, que nenhuma conversa poderia jamais ser interceptada, apenas que, para tanto, deveriam estar presentes os requisitos legais exigidos pela emenda para que haja o devido mandado.

Os advogados de Katz defendiam, então, que o texto da 4ª emenda constitucional deveria ser lido na literalidade⁹ quando exalta a proteção “à inviolabilidade de suas pessoas”. Significando, portanto, que protege da busca externa, sem justificativa ou autorização legal, não apenas da propriedade, mas também a pessoa em sua intimidade, de forma subjetiva e imaterial. Assim, a privacidade perseguiria a pessoa, e não a coisa:

and that whether or not, he's in a space when closed by four wall, and a ceiling, and a roof, or and auto-mobile, or any other physical location, is not determined of the issue of whether or not the communication can ultimately be declared confidential.

We think that the right to privacy follows the individual¹⁰.

É um grande avanço para a teoria da proteção à privacidade a sua expansão para além da propriedade, em que estaria confinado o interesse privado, como proteção constitucional, para a proteção do indivíduo.

⁹ And we would base our contention upon this by reading or literal reading of the Fourth Amendment. I respectfully call the Court's attention that the Fourth Amendment after paraphrasing a little bit here, but it says people have a right to be “Secure in their persons.” That is the very first item of protection that is contained in the First Amendment. It says persons of the Fourth Amendment. It says persons then it says houses. **Transcrição oficial da seção de julgamento**, 00:25:08.

¹⁰ SCHNEIDER, Harvey A.. **Transcrição oficial da seção de julgamento**, 00:13:32, Disponível em:<https://apps.oyez.org/player/#/warren15/oral_argument_audio/15388>. Acesso em: 11 ago. 2018.

É também a primeira vez em que se consolidou a expectativa como parâmetro para reconhecer a invasão à privacidade, até hoje adotado pelas cortes norte-americanas, presente no voto do juiz Marshall, para o caso em questão.

Ao escrever posteriormente sobre os bastidores do caso, Schneider (2009) delegou ao avanço tecnológico a mudança de posição da corte. Dá como exemplo uma situação em que o agente público, ainda que sem mandato, acaba por escutar uma conversa na rua e que, para o posicionamento anterior, era circunstancial e não ultrapassaria a esfera do privado.

A pessoa, em público, conseguiria ter alguma ideia da possível exposição a qual estava se submetendo. Ao contrário, porém, do uso do gravador para escutas. Nesse caso, a tecnologia não permite haver expectativa de exposição, e, portanto, não seria essa legítima sem prévia autorização judicial.

Brandeis pôde ampliar seu papel na construção da aplicação do direito à privacidade ao julgar favorável à afronta constitucional no caso, vencendo sua posição por 7x1. Considerou-se que a privacidade excede o espaço físico da casa ou das correspondências e atinge também a proteção da pessoa em sua intimidade. Assim sendo, não importa onde esteja, em casa ou em um espaço público, o indivíduo carregara consigo uma esfera íntima inviolável.

Essa decisão tornou-se base de fundamentação para casos posteriores (PROSSER, 1960, p. 383) que consolidaram o direito à privacidade como um direito constitucional, especialmente consagrada na 4ª emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Um ano após, o congresso sancionou uma lei para regulamentação da vigilância eletrônica, através da qual estabeleceram-se controles mais restritos aos métodos de grampo e gravação do governo¹¹.

Diversas constituições incorporaram, expressamente, esse sentindo imaterial dado à privacidade, como a do Brasil de 1988, da África do Sul e Coreia do Sul. Em outros casos, apesar de não haver a menção, há reconhecimento implícito dado pelas cortes, como no Canadá, França, Alemanha, Japão e Índia (SOLOVE, 2008, p. 3).

Além, de, é claro, incontáveis legislações, diretrizes, recomendações, etc., que protegem algum aspecto da privacidade ao redor do mundo. Nesse sentido, cabe uma especial menção às “Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, da Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) de 1980, que

¹¹ Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, pub. L. 90-351, § 802, 82 stat.197. Disponível em: <https://transition.fcc.gov/Bureaus/OSEC/library/legislative_histories/1615.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

fundamentaram os debates da mais recente – e provavelmente mais influente – legislação sobre privacidade de dados da contemporaneidade, para toda União Européia (EUGDPR).

Além da nova legislação brasileira, lei n. 13.853 de 2019, que, após quase oito anos de discussão para chegar ao resultado final, também teve forte influência da legislação da União Europeia. Pode-se mesmo dizer que a legislação brasileira é uma inspiração em sua forma geral, do produto da normativa europeia, mas com peculiaridades em seu detalhamento.

3 DIREITO À PRIVACIDADE A PARTIR DA RAZOÁVEL EXPECTATIVA

A preocupação com a privacidade e sua evolução não se sobrepõe com o passar do tempo à definição anteriormente dada, mas ganha maior abrangência de aplicação. Se, em um primeiro momento, como visto, à violabilidade das cartas era uma grande preocupação, hoje amplia-se, de maneira geral, às correspondências, por exemplo. Isso abrange as trocas de mensagens por meios eletrônicos, como e-mails ou aplicativos de conversa.

Bem como ao tornar-se um direito autônomo e que protege também a autonomia do indivíduo, não deixou de assegurar a propriedade e sua inviolabilidade.

O assunto continua em pauta como debate em aberto para definição de até onde a 4ª emenda norte-americana atinge na proteção da privacidade do cidadão.

Desde 1970, duas decisões baseadas na jurisprudência de Katz consagraram que “*reasonable expectation of privacy*” não se aplica às informações compartilhadas com terceiros. Na primeira, tratava-se de escutas pela companhia telefônica, e, a segunda, de rastreamento dos dados bancários pelo próprio banco. Em ambos os casos se entendeu que as empresas poderiam compartilhar essas informações com terceiros, por ter o consumidor voluntária ciência do risco de tanto ao contratar. A teoria do risco, trazido do direito civil, aplicar-se-ia aos casos.

Assim, abriu-se o precedente de que, nos Estados Unidos, poderia uma entidade governamental obter tais registros alegando serem necessários à investigação e, a empresa, ao fornecê-los, não estaria violando a privacidade do consumidor.

Em 1986 entrou em vigor um estatuto chamado *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), com a ampliação da proteção das correspondências, por exemplo, para também os meios eletrônicos como o e-mail. No entanto, a falta de atualização da legislação recebe críticas para sua aplicação nos dias atuais (SOLOVE, 2011, p. 11).

Já no recente caso *Carpenter v. United States*, discutia-se se a busca e apreensão, sem

autorização legal, dos registros telefônicos e a geolocalização dos celulares para fins de investigação criminal seria uma afronta ao direito de privacidade, derrubando, então, o precedente anterior.

O investigado em questão foi rastreado por 127 dias consecutivos, tendo todos os passos monitorados. O defensor do Estado alegou que – seguindo o argumento do risco do precedente anterior – quando um cidadão compra um celular está ciente de que pode, eventualmente, estar sendo rastreado por ele, e que essa informação é coletada a toda hora pela companhia de telefone como forma de prestar o serviço contratado. Ou seja, sabendo a pessoa que o celular depende de geolocalização para funcionar, estaria ela ciente que esses dados são coletados.

Como contra-argumento, entendeu-se que a teoria do risco não poderia ser aplicada na entrega de informações pessoais cedidas às terceiros, ainda que haja um contrato com essa especificidade, por dois distintos motivos: o primeiro é de que o “consentimento” por vezes não é voluntário nem sequer claro, pois trata-se de contratos de adesão com pouca ou nenhuma flexibilidade de modificações para o consumidor; segundo porque cede-se os dados a uma empresa específica para fins específico, sem, contudo, abrir totalmente mão do controle dessas informações, como para venda de terceiros, por exemplo.

A ampliação da tecnologia, da jurisprudência anterior até os dias atuais, também foi apontada como um argumento para a quebra de precedente:

Can the government demand a copy of all your e-mails from Google or Microsoft without implicating your Fourth Amendment rights? Can it secure your DNA from 23andMe without a warrant or probable cause? Smith and Miller say yes it can—at least without running afoul of Katz. But that result strikes most lawyers and judges today—me included—as pretty unlikely (GORSUCH, 2018).

A corte, então, por 5 votos a 4, voltando ao argumento da jurisprudência de Katz, ponderou que ao comprar um celular a expectativa é de que a companhia tenha sim a sua geolocalização, mas não que a use como forma de rastreamento ou vigilância. Se não se pode invadir a casa de uma pessoa ou colocar uma escuta em um quarto sem autorização judicial, tampouco pode-se rastreá-la em seu quarto, quando dorme, por exemplo, através de seu celular.

No entanto, ainda não restou totalmente claro o que significa a “expectativa à privacidade” enquanto parâmetro de aplicação ou não da 4ª emenda. O juiz Gorsuch, que foi voto vencido, questionou, “why is someone’s location when using a phone so much more sensitive than who he was talking to (*Smith*) or what financial transactions he engaged in (*Miller*)? I do not know and the Court does not say”.

Pode-se elencar, ainda, alguns pontos em aberto – e até agora não esclarecidos pela Suprema Corte - sobre a razoável expectativa enquanto parâmetro ao direitos à privacidade: como a expectativa é expressa? É possível uma ideia tão individualizada ser contemplada na generalização da lei? Quais seriam os critérios legais para tanto? E, talvez o mais importante: expectativa de quem? Do indivíduo que teve sua subjetividade violada ou da corte que julga a violação?

E se a expectativa for baixa pela realidade de violações, ainda que haja o desejo de manter o controle sobre determinada situação, não estaria o indivíduo protegido? Ao contemplar o ideal do que se deseja não só estar-se-ia preservando a atual realidade, mas também buscando resolver problemas e deficiências em prol da melhoria da realidade.

Por fim, o juiz Thomas, também voto vencido, utilizou o argumento de que o caso deveria se orientar pela propriedade do que foi pesquisado. Por essa lógica, a informação não pertenceria a Carpenter, e sim a empresa telefônica.

Ou seja, o argumento de que o direito à privacidade se pauta na propriedade ainda é relevante, apesar de a corte, por ora, permanecer no parâmetro da expectativa para limitar o que está protegido pelo direito à privacidade¹².

Assim, o privado não deixou de ser o segredo guardado em correspondências. Nem a intimidade da casa. Mas hoje detém também novos significados, como o controle dado à informação coletada, que se aperfeiçoam com o surgimento de novas tecnologias e novas expectativas de proteção do ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concomitante à construção do direito à privacidade enquanto direito autônomo, constitucional e, por fim, humano; houve também uma ampliação das possíveis aplicações e significados pela Suprema Corte norte-americana.

A primeira ideia, de ser deixado em paz pelo Estado, elevava a preocupação com a

¹² O Brasil segue a jurisprudência norte-americana ao aceitar, em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, o uso de escutas ambientais sem mandado judicial nos casos em que não havia expectativa de privacidade. No caso do julgamento da AP n. 447/RS, o STF entendeu como lícita a prova obtida através de escuta ambiental clandestina, a qual se deu durante uma reunião pública entre uma Secretária Municipal e fiscais de trânsito. No caso, por não haver expectativa razoável de privacidade, foi admitida a prova. Decisão semelhante foi a relativa ao Recurso Extraordinário n. 583.937–RGQO/RJ, no qual o Supremo entendeu ser possível o uso de prova obtida em ambiente público, no caso uma audiência pública, para demonstrar a inocência do réu. Novamente foi utilizada a construção jurisprudencial norte-americana para que fosse aceitável a prova que, *a priori*, poderia ser considerada ilícita.

vigilância estatal e a necessidade do indivíduo de ter um espaço sagrado de isolamento. Assim, a privacidade se relacionaria com o espaço físico da propriedade. Bem como, ao resguardar a imagem, o direito se concretizaria através da fotografia. Ao resguardar a mensagem, através do objeto da correspondência etc. Ou seja, ainda não se alcançava o conteúdo subjetivo, e sim a coisa a ser tutelada.

Debates sobre escutas telefônicas colocaram em xeque se a tutela que se pretendia deveria restringir-se ao espaço – casa, telefone; ou se estar-se-ia buscando a tutela do indivíduo e do conteúdo subjetivo da coisa.

Como visto na Parte 2, a posição inicial, de tutela da coisa, enquanto propriedade, foi dando espaço à ampliação do entendimento para a subjetividade do conteúdo, principalmente através dos votos do juiz Brandeis, baseado em seu influente artigo sobre o tema.

Assim apareceram os primeiros casos em que a perseguição da tutela se deu à pessoa, e não à coisa, ampliando consideravelmente a aplicação do direito à privacidade.

Por fim, no Parte 3, buscou-se decisões nas quais novas tecnologias confrontaram as antigas posições da corte e elevaram a “expectativa à privacidade” como grande parâmetro da concretização do direito.

Apesar da importante inovação, de colocar o indivíduo em controle das suas informações, no sentido não só de haver ou não haver exposição, mas sim de quem deve ter acesso, como terá acesso ou por quanto tempo; falar em expectativa parece um tanto vago.

O critério ainda demanda aperfeiçoamento como buscou-se demonstrar através dos inúmeros questionamentos ainda não respondidos.

Novamente é necessário ressaltar que essa construção não apaga o significado anteriormente dado. Ainda, é de extrema relevância a vigília do Estado em troca de uma suposta segurança. Debates sobre os limites da intromissão do Estado ou a legalidade de determinadas ações que claramente acontecem com a utilização de tecnologia para vigilância da população são muito atuais e importantes. No entanto, outros significados foram sendo abraçados pelo direito à privacidade.

Certamente este tema ainda voltará às cortes por muitas vezes, e muitas outras ressignificações ao direito à privacidade serão dadas conforme os casos concretos encontrarem barreiras nas atuais interpretações.

Esse artigo procurou contemplar, ainda que de forma introdutória, as principais decisões da Suprema Corte norte-americana na construção do direito à privacidade que, certamente, influenciaram, e continuarão a influenciar normas e decisões também de outros

países, como o Brasil.

REFERÊNCIAS

BOLLINGER, Lee. C. **Eternally vigilant**: free speech in the modern era. The University of Chicago Press: 2002.

BRASIL, **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 25 mar 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.853**, de 2019. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas (LGPD). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. CHICAGO: Callaghan and Company, 1879. Disponível em:< <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 29.

Electronic Communications Privacy Act of 18. Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848. Disponível em:<<https://it.ojp.gov/PrivacyLiberty/authorities/statutes/1285>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GAJDA, Amy. What if Samuel D. Warren hadn't married a senator's daughter?: uncovering the press coverage that led to the right to privacy. **Illinois public law and legal theory research papers series**. Research papel n. 07-06. November 1, 2007. Disponível em:<<http://educationnewyork.com/files/SSRN-id1026680privacyorigin.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

GAVISON, Ruth. Privacy and the Limits of Law, **89 Yale L.J.** (1980), p. 438. Disponível em:< <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol89/iss3/1>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MCCARTHY, Thomas J.; SCHECHTER, Roger E.. **The rights of publicity & privacy**. 2d. ed. 2015, CLARK BOARDMAN CALLAGHAN: United States, §5.59.

MILL. John Stuart. **On Liberty**, 1859. Chapter I. Disponível em:< <https://www.utilitarianism.com/ol/one.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do**

Homem e das Liberdades Fundamentais, em 04/11/1950. Disponível em:<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, vol. 48. August 1960, n. 3, p. 383. Disponível em <https://doi.org/10.15779/Z383J3C>. Acesso em 15/08/2019. Também em *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) Harlan, J., concurring.

RICHARDSON, Megan. **The right to privacy: origins an influence of a nineteenth-century idea**. Cambridge University Press: 2017.

RUIZ MIGUEL, Carlos, **La configuracion constitucional del derecho a la Intimidad**. Tese de doutorado. Universidad Complutense de Madrid, 15 de junho de 1992. Disponível em: <<https://perma.cc/5YR4-2679>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SCHNEIDER, Harvey A. **Katz v. United States: the untold story**. 2009. Disponível em:<http://www.mcgeorge.edu/Documents/Publications/06_Schneider_Master1MLR40.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SCHNEIDER, Harvey A.. **Transcrição oficial da seção de julgamento**, 00:25:08, Disponível em:<https://apps.oyez.org/player/#/warren15/oral_argument_audio/15388>. Acesso em: 11 ago. 2018.

SCHNEIDER, Harvey A.. **Transcrição oficial da seção de julgamento**, 00:13:32, Disponível em:< https://apps.oyez.org/player/#/warren15/oral_argument_audio/15388>. Acesso em: 11 ago. 2018.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

SOLOVE, Daniel J., **Nothing to hide: the false trade off between privacy and security**. United States: Yale University Press, 2011.

THOMSON, Judith. The Right to Privacy. **Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology** Ferdinand David Schoeman: 1984.

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. 1890. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review 4, no. 5: p. 193– 220.

WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom**. New York: Ig publishing, 1967, p. 7.

REFERÊNCIAS DE CASOS

Pope v. Curl, 26 eng. rep. 608 (1741).

Prince Albert v Stange 64 ER 293 (1848).

DeMay v. Roberts, 9 N.W. 146, 149 (Mich. 1881)

Pavesich v. New England Life Ins. Co., 50 S.E. 68 (Ga. 1905)

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 473-76 (1928)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

United States v. Miller, 425 U. S. 435, 443 (1976)

Smith v. Maryland, 442 U. S. 735, 743–744 (1979)

Carpenter v. United States, No. 16-402, U.S. 585 (2018)