



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO

ARIVALDO MARQUES DO ESPÍRITO SANTO JÚNIOR

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
DOS CONSUMIDORES – DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL**

Salvador
2019

ARIVALDO MARQUES DO ESPÍRITO SANTO JÚNIOR

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
DOS CONSUMIDORES – DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares

Salvador
2019

Ficha catalográfica

E77 Espírito Santo Júnior, Arivaldo Marques do,
Proteção constitucional à intimidade e à vida privada dos
consumidores: dimensão transindividual / por Arivaldo
Marques do Espírito Santo Júnior. – 2019.
117 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2019.

1. Consumidores. 2. Acesso à justiça. 3. Direitos fundamentais. I
Universidade Federal da Bahia. II. Título

CDD- 343.071

ARIVALDO MARQUES DO ESPÍRITO SANTO JÚNIOR

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
DOS CONSUMIDORES – DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Salvador, em 25 de março de 2019.

Banca Examinadora

Ricardo Maurício Freire Soares _____

Doutor em Direito pela Università de Salerno e pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia _____

Doutor em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Doutora em Educação pela Universidade Federal de Sergipe.
Universidade Tiradentes

Ao meu filho Daniel,
que me fez conhecer a verdadeira extensão do amor.

AGRADECIMENTOS

Tomei conhecimento que a gratidão é a virtude das almas nobres. Não serei cabotino para atribuir-me a alma nobre, mas não deixo escapar a gratidão que carrego comigo. Por isso, preciso penhorar meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que direta, ou indiretamente e consciente ou inconscientemente, podem, atrevo-me a dizer, responsabilizar-se pela elaboração deste trabalho.

Minha fé não me deixaria escapar o agradecimento inicial a Deus por talhar com esmero os caminhos da minha vida e permitir-me alcançar os intentos aos quais busco me impor.

À minha esposa e companheira, Sarah, escolha acertada da minha vida, a quem agradeço a compreensão da ausência em todos os momentos em que permaneci dedicado a aulas, estudos e pesquisas. Tenho a convicção absoluta dos momentos difíceis, mas sem você não teria chegado aqui.

Aos meus pais que, mesmo distantes, estão sempre a postos com seu apoio e incentivo e que cultivaram em mim a importância do estudo. À minha irmã Maiara, pelo exemplo de companheirismo e por nunca me deixar faltar o apoio.

Agradeço a Dr. Rogério Melo, Dra. Janylle Amaral, Dra. Thais Valente, Dra. Cristiane Mota e Luana, todos integrantes do escritório Marques|Melo Advogados, pela eficiência no preenchimento das lacunas deixadas nos momentos de minha ausência. Vocês permitiram que eu finalizasse mais essa caminhada.

A cada um dos meus alunos, de hoje e de ontem. Nossa rotina sempre me apresenta novos desafios e conhecimentos. Quanto mais tento ensinar, percebo que mais tenho a aprender. Em vocês encontro o regozijo para manter-me em sala de aula.

No PPGD-UFBA encontrei e construí amizades que abrandaram o caminho marcado pelo sacrifício, razão pela qual não poderia omitir-me quanto aos agradecimentos ao colega e amigo Edem Nápoli, pela troca de experiências e constantes discussões que refletiram na elaboração do trabalho.

Agradeço aos professores Saulo José Casali Bahia e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza que gentilmente aceitaram ao convite de compor a banca examinadora da minha dissertação.

Ao professor e dileto amigo Ricardo Maurício Freire Soares a quem devoto os meus mais verdadeiros agradecimentos: o seu exemplo, entusiasmo e incentivo pela pesquisa e pela academia foram fundamentais para que eu pudesse enfrentar todas as adversidades. O

acolhimento no instante de desamparo. A presença no momento das incertezas. Meu muito obrigado.

Oferto meu último agradecimento ao Dr. Manoel Jorge e Silva Neto que, desde os tempos de graduação na Faculdade de Direito da UFBA, em sua primeira turma de Direitos Fundamentais, soube, ainda que involuntariamente, despertar meu fascínio pela academia e pelo estudo. Mostrou-me que as críticas, por mais duras e desconfortáveis que sejam, servem ao propósito da excelência no que se pretender fazer. Este trabalho revela do início ao fim a qualidade de sua orientação. Ele é fruto do seu compromisso, seriedade, inquestionável conhecimento e vocação acadêmica. Se já ao final da caminhada questões outras não me permitiram lhe ostentar como meu orientador, deixo aqui registrado que este trabalho é a marca indelével de sua contribuição.

ESPÍRITO SANTO JÚNIOR, Arivaldo Marques do. **Proteção constitucional à intimidade e à vida privada dos consumidores – dimensão transindividual**. Orientador: Ricardo Maurício Freire Soares. 2019. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho averigua a proteção constitucional do direito fundamental à intimidade e à vida privada dos consumidores como realizadores da dignidade da pessoa humana. Contudo, o exame perpassa os limites fronteiriços da proteção constitucional sob a ótica individual, vinculado a único consumidor, abandonando o individualismo a que estavam – e de certa forma ainda continuam – marcados esses direitos fundamentais. Os desafios enfrentados pela intimidade e pela vida privada na sociedade contemporânea são enormes. Estes direitos se apresentam como forma de impedir que o avanço tecnológico, aliado ao crescimento populacional e a consequente ocupação territorial, possa violar o direito de cada um de estar com si próprio sem interferência alheia, notadamente na esfera das relações de consumo. A pesquisa foi pautada na investigação doutrinária e revisão da literatura existente acerca da proteção da intimidade e da vida privada dos consumidores, adotando-se um método dedutivo e uma abordagem qualitativa. Ao analisar a temática, diversos problemas são apresentados, como a posição dos direitos fundamentais nas relações privadas, os conceitos, extensão e limites de intimidade e vida privada, bem como sua vinculação aos direitos da personalidade sustentados pela dignidade humana, a justificação transindividual desses direitos, inclusive como forma de aplacar os empecilhos do acesso à Justiça e como a intimidade e a vida privada devem ser protegidas diante da volumosa difusão dos dados dos consumidores, a prática do *credit score* e do *right to be let alone*. Os resultados demonstram que as relações privadas são marcadas pelo fenômeno do poder privado e que, por isso, os direitos fundamentais gozam da eficácia horizontal. Contudo, o reconhecimento da eficácia horizontal ainda não se fez acompanhar da completa efetividade quanto aos direitos fundamentais, deficiência que está associada ao constitucionalismo brasileiro tardio, à ausência de sentimento constitucional e à dissociação entre a coletivização dos direitos e a individualização processual. O trabalho procedeu à análise das leis 9.296/96, 12.414/2011 (cadastro positivo), 12.527/2011 (acesso à informação), 12.965/2014 (marco civil da internet) e 13.709/2018 (lei geral de proteção de dados), constatando que a intimidade e a vida privada determinam a compreensão da proteção dados dos consumidores sob uma dimensão positiva, com o controle de seus dados, representada pela autodeterminação informativa. Esses direitos fundamentais também atuam como limitadores à análise de risco na concessão do crédito (*credit score*), impossibilitando a utilização de dados sensíveis, inexatos, excessivos ou irrelevantes como indexadores ao ranqueamento do consumidor. Por fim, revelou-se que a intimidade e a vida privada do consumidor fundamentam a existência do *right to be let alone*, compreendido como o direito de não ser perturbado e que possibilitam aos consumidores o controle dos *inputs* de informação.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Autodeterminação informativa. *Credit score*. Consumidor. Dignidade humana. Direitos Fundamentais. Direitos Coletivos. Direitos difusos. Interesses individuais homogêneos. Intimidade. Lesões massivas. Proteção de dados. Vida privada.

ESPÍRITO SANTO JÚNIOR, Arivaldo Marques do. **Constitutional protection of consumers' privacy – transindividual dimension**. Advisor: Ricardo Maurício Freire Soares. 2019. 117 s. Dissertation (Master's Degree in Law) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

This scientific work investigates the constitutional protection of the fundamental right of privacy of consumers as an effect of dignity of the human person. However, the exam goes beyond the frontier limits of constitutional protection from the individual perspective, linked to a single consumer, abandoning the individualism to which these fundamental rights were attached – and still continue. The challenges faced by intimacy and privacy in contemporary society are enormous. These rights are presented as a way to avoid that the technological advance, together with the population growth and the consequent territorial occupation, could violate the right to be let alone, without interference from others, especially in consumers relations. The research was based on the doctrinal investigation and literature review on the protection of the privacy of the consumers, adopting a deductive method and a qualitative approach. Analyzing the theme, several problems are presented, such as the position of fundamental rights in private relations, the concepts, extent and limits of the privacy, as well as their relationship to the rights of the personality sustained by human dignity, the transindividual justification of these rights, including as a way of appeasing obstacles to access to Justice and how the privacy should be protected against the massive dissemination of consumers data, the credit score practice and the right to be let alone. The results will show that private relations are marked by the phenomenon of private power and that, therefore, fundamental rights enjoy horizontal effectiveness. However, the recognition of horizontal implementation has not yet been accompanied by the full effectiveness of the fundamental rights, a deficiency associated with late brazilian constitutionalism, the absence of constitutional sentiment, and the dissociation between collectivization of rights and procedural individualization. The work analyzed the laws 9.296/96, 12.414/2011 (positive register), 12.527/2011 (access to information), 12.965/2014 (civil internet landmark) and 13.709/2018 (general data protection law), noting that privacy determines the understanding of consumers data protection under a positive dimension, with the control of their data, represented by information self-determination. These fundamental rights also act as limiters to credit risk analysis, making it impossible to use sensitive, inaccurate, excessive or irrelevant data as indexers to the ranking of the consumer. Finally, it was revealed that the privacy of the consumer justifies the existence of the right to be let alone, understood as the right not to be disturbed and enabling consumers to control the information inputs.

Keyword: Access to justice. Self-determination information. Consumer. Credit score. Consumer. Human dignity. Fundamental rights. Collective rights. Diffuse rights. Homogeneous individual interests. Privacy. Massive injuries. Data protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: A DIGNIDADE HUMANA	16
2.1	EFICÁCIA HORIZONTAL E EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.2	A AUSÊNCIA DE SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO BARREIRA À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONSUMIDORES	23
2.2.1	Constitucionalização do direito: o canto da sereia	27
3	A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NAS CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS E NA CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA	29
3.1	ESCLARECIMENTOS PRÉVIOS	29
3.1.1	Alemanha	30
3.1.2	Argentina	31
3.1.3	Chile	31
3.1.4	Espanha	32
3.1.5	Estados Unidos	32
3.1.6	França	34
3.1.7	Portugal	35
3.1.8	Reino Unido	36
3.2	CONSTITUIÇÃO EUROPEIA, PROTEÇÃO A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA E A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE	36
3.3	INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NAS DECLARAÇÕES, TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	38
4	O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO CONSUMIDOR COMO DIREITOS INDIVIDUAIS	41
4.1	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALICERCE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS	41
4.2	DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO CONSUMIDOR	44

4.2.1	Origem	45
4.2.2	Definições e distinções necessárias	47
4.2.3	Distinções no direito estrangeiro	52
4.2.4	Titularidade do direito à intimidade por pessoas jurídicas	53
5	DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA	56
5.1	INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	58
5.1.1	Generalidades e conceito	58
5.1.2	Código de defesa do consumidor e a tipologia dos interesses trasindividuais	62
5.1.2.1	Interesses difusos	62
5.1.2.2	Interesses coletivos	64
5.1.2.3	Interesses individuais homogêneos	65
5.2	INTERSEÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	70
5.3	AFIRMAÇÃO DA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DOS CONSUMIDORES: UMA FORMA ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE	72
6	DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	76
6.1	A PROTEÇÃO DE DADOS E A INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DOS CONSUMIDORES	77
6.1.1	Banco de dados e cadastro de consumidores	77
6.1.2	Proteção constitucional dos dados e a autodeterminação informativa como interesse transindividual	80
6.1.3	Direito à proteção de dados na legislação estrangeira	82
6.1.4	Proteção de dados na legislação brasileira	85
6.2	A ANÁLISE DE RISCO DO CONSUMIDOR: O SISTEMA DE <i>CREDIT SCORING</i>	88
6.2.1	A legalidade do sistema de <i>score</i>	89
6.2.2	A utilização de dadod para composição do <i>credit scoring</i> e a violação à intimiddade e à vida privada do consumidor sob a dimensão transindividual.	91

6.2.3	A obtenção ilícita de dados para composição do <i>credit scoring</i> análise de risco do consumidor: o sistema de <i>score</i>	92
6.2.4	Avaliação de risco de concessão de crédito, dados sensíveis e informações irrelevantes e impertinentes	93
6.2.5	<i>Credit scoring</i> e a garantia de indenidade	96
6.3	<i>THE RIGHT TO BE LET ALONE</i> E A OFERTA DE SERVIÇOS NÃO SOLICITADOS PELOS CONSUMIDORES	98
6.3.1	<i>The right to be let alone</i> e os <i>inputs</i> de informação	101
7	CONCLUSÃO	104
	REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

Ainda é acentuada a necessidade da averiguação cuidadosa do direito à intimidade e à vida privada nos mais variados campos dos domínios sociais, porquanto é inegável serem alvo constante das mais diversas transgressões, seja na relação jurídica indivíduo-Estado, seja naquela permeada entre indivíduo-indivíduo.

Não obstante já ser aceita doutrinária e jurisprudencialmente, a aplicação imediata e o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – não apenas aqueles direitos individuais e coletivos catalogados no artigo 5º da Constituição –, os direitos fundamentais, inclusive o direito à intimidade e à vida privada, ainda padecem de proteção mais efetiva, atraindo interpretações que garantam a máxima efetividade das normas constitucionais que carregam esse cariz individual. Seja na relação vertical, seja na relação entre particulares – relação horizontal –, teremos, sim, as mais variadas possibilidades de afrontamento do direito à intimidade e à vida privada.

A despeito da proteção desses direitos estar inserida expressamente no texto constitucional, a análise do sistema jurídico pátrio revela a insuficiência – e até mesmo inexistência – de instrumentos concretos de efetivação desses interesses, o que por consequência acaba por atingir o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade.

São frequentes as ocasiões em que intimidade e vida privada são achacadas sob o argumento da presença do interesse público, balizador do princípio da necessidade, de modo que esse abuso à intimidade acaba por atingir o seu núcleo essencial. Em verdade, desde a mais tenra idade podemos ser alvejados por condutas abusivas decorrentes da utilização da tecnologia contemporânea.

Esse debate se apresenta ainda mais caloroso nas relações consumeristas e, em especial, quando nos deparamos com situações de completa devassa do âmbito mais recôndito de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, acabam se imbuindo em algum momento da condição de consumidor. É o que se constata do tratamento conferido aos dados dos consumidores e da oferta incessante de serviços indesejados.

O agravamento desses direitos fundamentais ganha contorno acentuado quando voltamos a atenção à coletividade dos consumidores e à ausência de uma efetiva proteção da sua intimidade e vida privada. A explosão demográfica, o avanço tecnológico e o incremento do consumo, oriundos da sociedade pós-moderna, trouxeram a reboque as lesões massivas, provocando o despertar para a proteção expansiva desses direitos fundamentais e desapegada

da vinculação desses interesses a uma única pessoa, abandonando o individualismo a que estavam – e em certo grau ainda continuam – marcados os direitos fundamentais. Essa é a realidade que não poderá ser sonhada, pois, quando o Direito ignora a realidade, a vingança dessa realidade é ignorar o Direito.¹

A questão suscita exame acurado, no sentido de demonstrar que os direitos fundamentais elencados apresentam face transindividual, a qual é, inclusive, reconhecida pelo constituinte originário; e a proteção metaindividual desses direitos clama – com urgência – por estudo mais minudenciado, seja porque as lesões massivas nascem em grande quantidade, seja pela árdua tarefa a se efetivar esses direitos, quando retraídos à projeção exclusivamente individual.

Torna-se imperativa a revisitação da teoria e dos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e, em especial, da intimidade e da vida privada dos consumidores, ante o avançar da tecnologia que emergiu em pouco espaço de tempo e que impactou significativamente as relações sociais.

Ora, intimidade e vida privada tão-somente figuram como parte do conjunto de direitos fundamentais que demandam justificação para proteção supraindividual por ser cogente a exigência de amparo como meio viabilizador do acesso à Justiça.

O presente estudo perpassa pela tentativa de delimitação do direito fundamental à intimidade e à vida privada dos consumidores e seu âmbito de proteção, além de estudar a indispensável proteção ao conteúdo essencial desses direitos, como salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana, demonstrando, da mesma forma, a existência de sua dimensão transindividual.

Pretende-se, pois, examinar a proteção constitucional da intimidade e da vida privada do consumidor, prevista no artigo 5º, X, da Constituição Federal², sob o ângulo de sua transindividualidade, além da necessidade de conservação do seu núcleo essencial, como mantenedor do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, a fim de delimitar o objeto de estudo do trabalho colocado sob apreciação, propõe-se o exame da proteção constitucional concedida aos interesses transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – e do efetivo acesso à Justiça

¹ RIPERT, Georges. *Les forces creatrices du Droit*. 2^{ème} éd. Paris: LGDJ, 1955.

² BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

implementado pelo fenômeno da coletivização do processo, sem marginalizar a defesa promovida em proveito dos interesses metaindividuais no Direito Estrangeiro.

Para tanto, o trabalho foi dividido em sete capítulos, sendo o primeiro esta Introdução.

No capítulo 2, propomos a verificação da dogmática constitucional sobre os direitos fundamentais, seus pontos de conexão com os direitos humanos e a indicação de noções capitais que entendemos mandatórias para a correta compreensão desses direitos dotados de fundamentalidade e que têm, na dignidade da pessoa humana, seu mais profundo alicerce. Ademais, vinculamos a deficiência de efetividade dos direitos dos consumidores à ausência de sentimento constitucional provocada por fatores jurídicos, sociais e antropológicos.

O capítulo 3 está destinado ao estudo do tratamento que é dado à intimidade e à vida privada na legislação estrangeira, em especial o tratamento constitucional dispensado a esses direitos em outros países. Além disso, realiza-se o exame de aspectos da intimidade e da vida privada na Constituição europeia e nas Declarações, Tratados e Convenções Internacionais.

No capítulo 4, estudamos a intimidade e a vida privada de modo a demonstrar a fundamentalidade desses direitos individuais e a sua associação à realização da dignidade humana. Além disso, analisam-se aspectos concernentes à origem desses direitos fundamentais, a conceitos, definições e distinções válidas entre eles, mencionando o tratamento que lhe são dispensados na legislação estrangeira, bem como se a sua titularidade pode ser estendida às pessoas jurídicas.

Já no capítulo 5 o estudo se direciona para a investigação do direito à intimidade e à vida privada sob a perspectiva de interesses metaindividuais, inspecionando o conceito e classificação, além de demonstrar a real efetividade de acesso à justiça quando analisados tais direitos sob uma dimensão transindividual.

Por fim, o capítulo 6 é dedicado ao objeto central do nosso estudo: dimensão transindividual da intimidade e da vida privada dos consumidores e a proteção constitucional dessa relação, buscando identificar eventuais violações na divulgação, comercialização e tráfego de dados dos consumidores. Engloba, igualmente, o sistema de *score* e a importuna oferta de serviços não desejados pelos consumidores.

A questão, portanto, aglutina razões para ser debatida, de modo que o problema ora formulado pode ser apresentado da seguinte forma: - em que medida a Constituição Federal reconhece e protege os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos consumidores como interesses transindividuais e serve à efetividade do acesso à Justiça? Esta e outras perguntas serão objeto de enfrentamento ao longo desta dissertação.

Apesar do enfoque dado ao trabalho, não temos a pretensão de esgotar todas as situações em que a intimidade e a vida privada do consumidor, em seu âmbito transindividual, são solapadas. O nosso objetivo não é tão ambicioso. Pretendemos debater as questões que possivelmente essa perspectiva metaindividual de tratamento dos direitos fundamentais trará ao exame do constitucionalista brasileiro.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa tem como base epistemológica a dimensão transindividual em relação à proteção constitucional do direito fundamental à intimidade e à vida privada dos consumidores. Esta definição metodológica está relacionada à pesquisa qualitativa, por sua adequação ao estudo das relações humanas que, cada vez mais, passa por novos contextos e perspectivas sociais. Ademais, esse tipo de pesquisa possibilita práticas e relações dos sujeitos na vida cotidiana.

O presente trabalho não se estruturou de forma exclusiva apenas no exame da teoria e das leis, mas enfrentou os problemas apresentados através da utilização do método dedutivo, partindo do estabelecimento racional e deduzido de premissas para alcançar as devidas conclusões, valendo-se de abordagem qualitativa.

A fundamentação teórica teve como base a revisão bibliográfica e quanto aos objetivos trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório- descritiva, uma vez que possibilita sumarizar as revisões bibliográficas, partindo da reflexão analítico-crítica sobre as principais obras vinculadas ao tema, com a finalidade de aprofundar o objeto de estudo mediante os processos e documentos oriundos da Constituição.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: A DIGNIDADE HUMANA

Antes mesmo de se buscar expor os alicerces jurídicos dos direitos fundamentais, algumas questões propedêuticas não podem ser marginalizadas por aquele que se propõe ao debate mais atento sobre a fundamentalidade de determinados direitos. Como bem asseverado por Saulo José Casali Bahia e Diogo Barbosa e Silva, “a efetividade dos direitos fundamentais passou de ideal doutrinário para tornar-se exigência imediata por parte da população.”³ Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por exemplo, acaba por fincar verdadeira base de sustentação à defesa desses direitos dentro das relações de consumo travadas em nosso cotidiano.

A influência dos direitos fundamentais não se circunscreve à relação cidadão/Estado, na perspectiva de direitos subjetivos de defesa contra o Estado. A sua influência se irradia alcançando as relações cidadão/cidadão⁴, ou seja, os direitos fundamentais gozam de eficácia perante terceiros ou eficácia horizontal. Por isso, revela-se importante deter maior atenção ao exame desta questão, especialmente porque diante da afirmação dessa eficácia contra terceiros, sedimenta-se maior defesa dos direitos fundamentais dos consumidores nas relações que se vinculam.

2.1 EFICÁCIA HORIZONTAL E EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expansão da eficácia dos direitos fundamentais perpassa pela necessidade de se quebrantar os paradigmas que tentam restringir a proteção dos direitos fundamentais da interferência – muitas das vezes arbitrária – do poder público. Essa expansão clama pela revisão da concepção advinda do liberalismo quanto à completa liberdade contratual e autonomia da vontade existente nas relações entre particulares.

Não se nega que o nascimento da proteção aos direitos fundamentais está umbilicalmente agregado às contenções impostas ao Estado, a fim de evitar o reaparecimento de condutas arbitrárias e transgressoras de direitos conquistados a duras penas. Contudo, nesse mesmo período pós-revolucionário, ao transmudarmos as lentes de exame para as

³ BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 2, n. 2, jul/dez. 2016, p. 2. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 523-524.

relações privadas, era nos apresentado o ideal – quase que sacrossanto – de liberdade e, principalmente, de paridade entre as partes contraentes, o que acabava por neutralizar e impedir qualquer tentativa de se aproximar os direitos fundamentais desse tipo de relação em que o poder público não comparecia.

Em verdade, a intromissão do Estado na esfera privada era algo proscrito.⁵ A vontade coletiva outro significado não portava senão a de ser o apanhado dos interesses individuais. Nada mais genuíno à época do que o pensamento estampado na expressão utilizada, em 1751, pelo Marques de Argenson “*laissez faire, laissez passer*”.⁶ A liberdade contratual era algo absoluto e os direitos fundamentais eram oponíveis apenas em face do poder público. Nessa falaciosa sociedade de iguais, apenas e tão somente o Estado poderia ser o transgressor das liberdades, sendo essa a origem histórica dos direitos fundamentais.⁷

Em que pese a titularização pelo Estado da condição de violador dos direitos dos indivíduos – e em especial dos direitos fundamentais –, a realidade não deixou de revelar que as transgressões dos direitos não estavam restritas a relações em que se faziam presentes o poder público. Em verdade, comprovou-se falida a concepção da existência de concreta liberdade contratual e autonomia entre as partes nas relações privadas, o que provocou a necessidade de revisão – e até mesmo negação – dessa compreensão de direitos fundamentais como protetores da liberdade dos indivíduos frente apenas ao Estado.

Robert Alexy destaca que o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconhece o efeito irradiador dos direitos fundamentais no sistema jurídico, aduzindo que:

[...] as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.⁸⁹

Por outro lado, o acolhimento dos direitos fundamentais nas relações cidadão/cidadão exsurgiu do reconhecimento do fenômeno do poder privado.

E como se explica esse fenômeno? Através da revelação e desmascaramento da falsa ideia de liberdade e autonomia nas relações jurídicas entre particulares, de modo que se tem

⁵ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 32.

⁶ KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. Amherst. New York: Prometheus Books, 2004.

⁷ ABRANTES, *op. cit.*, p. 32, 68.

⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 524-525.

⁹ Alexy sublinha que o Tribunal Constitucional Federal concebe esse efeito irradiante calcado no conceito de uma ordem objetiva de valores. Esses valores – que podem ser substituídos por princípios – são aqueles de nível máximo de abstração. (ALEXY, *op. cit.*, p. 525-527).

ululante a presença de verdadeiro centro de poder também na esfera privada, que é capaz de condicionar e submeter à vontade de uma das partes ao jugo da outra. A presença da autoridade e do poder não é característica exclusiva do Estado, estando igualmente disseminado na sociedade, em outros centros de poder privado. Juan Maria Bilbao Ubillos¹⁰ destacou a ocorrência do fenômeno do poder privado nas seguintes palavras:

Frente a esa concepción unidireccional de los derechos de libertad, en el Estado social de derecho se abre paso un nuevo entendimiento de las relaciones Estado-sociedad, que acaba desenmascarando la ficción que vinculaba el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del principio de igualdad jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer La propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que no rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en La actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades individuales. El poder ya no está concentrado em el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.

Na mesma toada, Pece-Barba Martínez defende que o “Poder político não é o único capaz de causar danos às pessoas nos âmbitos protegidos pelos direitos. Existem poderes sociais, e inclusive outros indivíduos capazes de produzir malefícios e danos dos quais devemos proteger os direitos fundamentais¹¹”.

O direito não pode ignorar o fenômeno do poder privado. Tem que enfrentar essa situação e dar uma resposta que fuja do dogma da autonomia privada. Consoante destaca por José João Abrantes, “[...] uma série de importantes direitos fundamentais não garantem apenas a liberdade individual contra o poder do Estado; eles são, acima de tudo, princípios da vida social, pelo que são também diretamente aplicáveis ‘nas relações entre os cidadãos’¹²”.

¹⁰ Frente a essa concepção unidireccional dos direitos de liberdade, em um Estado social de direito, abre-se o caminho para um novo entendimento das relações Estado-sociedade, que acaba desmascarando a ficção que vinculava o desfrute da liberdade, na esfera social, à afirmação única do princípio da igualdade jurídica, em boa parte dos vínculos firmados entre sujeitos privados. O Direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar jurídicamente ou, de fato, as decisões de outros, de influenciar de modo eficaz o comportamento de outros, de impor a própria vontade. Basta olhar ao redor e observar atentamente a realidade que nos rodeia. É um fato facilmente constatável a progressiva multiplicação de centros de poder privados e a enorme magnitud que têm adquirido alguns deles. Representam, na atualidade, uma ameaça nada desdeñável para as liberdades individuais. O poder já não está concentrado no aparato estatal, está disperso, disseminado na sociedade. (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Jun. 2005, p. 2, tradução nossa).

¹¹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykson, 2004, p. 339.

¹² ABRANTES, *op. cit.*, p. 85.

Para o reconhecimento do fenômeno do poder privado basta a rasa observação da realidade circundante para compreendermos que inexiste igualdade entre as partes envolvidas nas mais diversas relações jurídicas, tendo como exemplo as relações de consumo e as relações de trabalho, nas quais a vontade de um dos atores desse liame está condicionada ao determinismo contratual da outra, tudo isso mascarado pela falsa impressão da liberdade e autonomia.

E se há desequilíbrio e desigualdade, o comparecimento dos direitos fundamentais se torna imperioso exatamente para evitar e corrigir essa desestabilização contratual. Inquestionável, portanto, é o reconhecimento da eficácia horizontal (*drittwirkung*) dos direitos fundamentais, somando-se a sua já consolidada eficácia vertical, de modo que a aplicabilidade dos direitos fundamentais se opera quer perante o Estado (eficácia vertical), quer perante o particular (eficácia horizontal).

A defesa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se alicerça sobre a dignidade da pessoa humana e a dimensão objetiva (eficácia irradiante) desses direitos. Ao se apresentarem como vetores axiológicos do sistema jurídico, que têm como fundamento a própria dignidade humana, não se pode negar a esses direitos a possibilidade de intromissão também na esfera entre particulares.

Se por um lado há diminuta doutrina que rechaça a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por outro gravitam maiores discussões ao redor da forma de aplicação e vinculação dos particulares a esses direitos em suas relações privadas. Nessa seara, apresentam-se a teoria da eficácia mediata ou direta, a teoria da eficácia imediata ou indireta e a teoria de efeitos mediados por direitos em face do Estado.

A teoria da eficácia mediata ou indireta encontra sua posição no meio termo entre aqueles que defendem a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e aqueles que negam qualquer tipo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.¹³ Aqui não se repugna a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, mas esta incidência não se opera diretamente e de forma absoluta, reconhecendo aos direitos fundamentais a condição de verdadeiros direitos subjetivos do indivíduo. A teoria da eficácia mediata ou direta exige a atuação legislativa do Estado. Esses direitos

¹³ Em que pese rarefeito, ainda se encontram relatos doutrinários que negam incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob o argumento de que eventuais violações ocorridas no âmbito jurídico entre particulares representaria uma transgressão das leis civis ou penais e não da norma de validade. Ainda, trazem em reforço de argumento a concepção de que a presença dos direitos fundamentais nas relações entre particulares fulminaria a autonomia privada. A posição de negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais está impregnada dos ideais advindos do liberalismo e do Estado absentista, tido como único responsável por eventuais violações dos direitos fundamentais. A este respeito, *cf.*: MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

fundamentais se apresentariam como norte de interpretação para cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Bem claras são as palavras de Robert Alexy¹⁴ sobre esta teoria:

Segundo a teoria de efeitos indiretos perante terceiros, cujos principais representantes Durig e o Tribunal Constitucional Federal, os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, ou seja, como *princípios objetivos* no sentido apresentado acima, influenciam a interpretação do direito privado. Essa influência deve ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado; mas ela pode também manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei. Apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas do direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado. No que diz respeito à posição do juiz, o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação.

Segundo a teoria dos efeitos mediados por direitos em face do Estado, os efeitos na relação cidadão-cidadão decorrem da posição dos direitos fundamentais como sendo públicos subjetivos e da vinculação do Estado a esses direitos. Por isso, violações aos direitos fundamentais, mesmo quando perpetradas na relação privada entre cidadãos deveriam ser consideradas como intervenções estatais¹⁵. Quanto a este aspecto, Alexy vaticina que “[...] para a solução do problema dos efeitos perante terceiros seria suficiente a concepção dos direitos fundamentais como direitos do status negativo dirigidos contra o Estado.”¹⁶

A teoria da eficácia imediata ou direta defende a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem que seja preciso algum tipo de intermediação do poder legislativo, criando, por meio desses direitos fundamentais, verdadeiros direitos subjetivos que podem ser exigidos a qualquer momento e oponíveis em face de qualquer um. Os direitos fundamentais apresentam efeito absoluto. A própria noção hoje sedimentada da força normativa da Constituição confirma, ainda mais, a eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais.

¹⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 529.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 530.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 530-531.

A *drittwirkung* foi reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode extrair do acórdão prolatado no Recurso Extraordinário nº 201.819¹⁷, em que se assentou aplicação dos direitos fundamentais de forma horizontal, como se extrai do trecho da ementa:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Como já sobredito, a convicção da plena eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra eco pela simples constatação quanto a existir a proteção do cidadão perante o Estado; no entanto, a sua completa nudez de direitos fundamentais, quando colocado o indivíduo nas searas particulares - especialmente se pensarmos a situação do “sem números” de consumidores que são alvo cotidiano de vilipêndios aos seus direitos fundamentais -, exige o reconhecimento de sua incidência nas relações particulares, posto que não se pode escapar da constatação inequívoca quanto ao fenômeno do poder privado.

Notadamente, no que tange à posição dos consumidores dentro das relações nas quais se vincula rotineiramente, eles estão sob forte influência do poder privado, porquanto não se apresentam na mesma posição dentro da relação jurídica e, por isso, esse poder privado acaba por engendrar violações aos direitos fundamentais dos consumidores, com destaque especial para a sua intimidade e sua vida privada, quer através da veiculação e comercialização indevida dos seus dados, pela utilização do *credit scoring* ou no desrespeito do direito fundamental de ser “deixado só”, perpetrado pelas propostas indesejadas de produtos ou serviços.

A sociedade de consumo, vivenciada nos dias hodiernos, tem provocado quantidade estrondosa de conflitos entre os atores dessa relação jurídica, especialmente quando temos em mente que os agentes privados atuam como centro de poder, que fazem prevalecer seus interesses sobre os direitos dos consumidores. Tudo isso, como já se verberou em linhas

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenação de Análise e Jurisprudência. *RE 201.819-8/RJ*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF: DJ: 27.10.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>.

pretéritas, é fruto da concentração das informações e do conhecimento nas mãos dos fornecedores de produtos e serviços.

A relação de consumo se apresenta, portanto, como campo fértil a todo tipo de violação de direitos, especialmente de direitos fundamentais, a exemplo da intimidade, da vida privada e da informação. No que toca ao direito individual de ser informado, assevera Manoel Jorge e Silva Neto, “[...] pode-se destacar o direito de o consumidor ser completa e corretamente informado acerca da oferta e apresentação de produtos e serviços, tal como, inclusive, já consta do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor.”¹⁸

Diante dessa necessária inserção dos direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso destacar que Paulo Bonavides¹⁹ menciona relevantes aspectos da leitura dos direitos fundamentais, constatando, dentre eles, a: i) irradiação para o Direito Privado; ii) a elevação a categoria de princípios; iii) eficácia vinculante para o três poderes; iv) aplicabilidade direta e imediata; v) dimensão axiológica; vi) eficácia entre privados; e vii) duplo caráter (objetivo e subjetivo).

Com efeito, os direitos fundamentais não deixam de ser aplicados às relações de consumo em virtude de tratar-se de relação engendrada pelos particulares. Ora, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há muito, é tema consolidado pela doutrina e jurisprudência constitucional, até mesmo porque nas relações de consumo a assimetria negocial continua a existir diante da constatação dos centros de poder incorporados nos fornecedores de produtos e serviços. O consumidor é um contraente débil, a parte vulnerável da relação jurídica de consumo.

Acresça-se a isso que o consumidor enquanto tal continua destinatário de todos os direitos e garantias individuais tão caros à sociedade e que se encontram insculpidos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Pontue-se que a presença dos direitos fundamentais nas relações privadas de consumo não colide com a manutenção da autonomia privada e a liberdade negocial, pois o exercício de tais faculdades é atributo inerente de todos os entes que atuam nos sistemas econômicos de padrão capitalista. Contudo, o exercício dessas faculdades deve se harmonizar com os interesses dos consumidores e, especialmente, consagrando respeito à coletividade de consumidores. Esse equilíbrio é alcançado pela atuação interventiva Estatal e através da presença dos direitos fundamentais nas relações consumeristas, pois, como bem advertiu

¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 863/864.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 541.

Konrad Hesse²⁰, “[...] la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite” e o “[...] indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal.”

Dito isto, não se olvide que o direito do consumidor possui assento constitucional e é qualificado pela sua fundamentalidade. Seus efeitos se espraiam para além do âmbito estatal, alcançado, igualmente os entes privados. Como bem lembrado por Joseane Suzart Lopes da Silva²¹, o direito do consumidor “[...] apresenta eficácia horizontal e não meramente vertical, não suscitando apenas do Poder Público providências para concretizá-lo, pressupondo que os demais sujeitos atuem de modo a respeitá-lo.”

Por tudo isso, fundamenta-se a presença dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porém, não se pode escapar à constatação de que a ausência de efetividade também está atrelada a pouca densidade do nosso sentimento constitucional, decorrente de causas jurídicas, sociais e antropológicas, o que analisaremos no tópico seguinte.

2.2 A AUSÊNCIA DE SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO BARREIRA À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONSUMIDORES

Mesmo que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais já tenha se afirmado com largo acolhimento na doutrina e na jurisprudência, a realidade social nos dá prova que essa aceitação ainda não foi capaz de promover a efetividade desses direitos, posto que são reiteradas e constantes as transgressões aos direitos fundamentais dos consumidores nas inúmeras relações em que se vê envolvido.

Deveras, o desenvolvimento e a defesa da aplicação imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, demonstrando que os centros de poder são uma realidade não apenas circunscrita ao poder público, não foi suficiente para se promover a preservação e efetividade desses direitos indissociáveis à realização da dignidade humana.

E nessa conjuntura emerge questionamento de extrema pertinência: - quais as “amarras” ainda encontradas que impedem a completa efetivação dos direitos fundamentais? Irrefutável que, a despeito de outras circunstâncias, a nossa ausência de cultura constitucional

²⁰ “A autonomia privada de um conduz à falta de liberdade do outro, desaparece todo fundamento e ultrapassa todo limite” e o “indispensável equilibrio de então ser encontrado por outra via, a da regulação estatal.” (tradução nossa). HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995. p. 79.

²¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. p. 285.

e o constitucionalismo brasileiro tardio promovem, em abundância, esse quadro de deficiência de completa efetividade dos direitos fundamentais.

A pouca inserção no seio social do Texto Constitucional e a preocupação com o desenvolvimento de sua força normativa são inquietações que atormentam o constitucionalismo contemporâneo. E esta situação está atrelada à nossa carente cultura constitucional e ao nosso constitucionalismo tardio²², decorrentes de concausas históricas, políticas e jurídicas. Manoel Jorge e Silva Neto revelou, com precisão, esse constitucionalismo tardio, fazendo-o da seguinte maneira:

Constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais²³.

É preciso deixar bem claro que a nossa deficiente cultura constitucional não está associada apenas a fatores jurídicos, como os valores individualistas enraizados no jurista brasileiro oriundos da Escola de Exegese.²⁴ Esse reducionismo jurídico não revela toda a face do problema, posto que há muitas concausas relevantíssimas que contribuem para a ausência de efetividade dos direitos fundamentais.

De fato, há fatores históricos e políticos que também se apresentam como motivos para essa insuficiente prevalência de valores constitucionais na nossa sociedade. Assim, por exemplo, a ausência de pertencimento das comunidades que habitavam – e outras que passaram a habitar – o solo brasileiro antes do “descobrimento”, diante da organização social estabelecida pelos portugueses. Quer a comunidade nativa indígena, quer a comunidade de negros africanos, trazidas no período colonial, todas elas receberam, com forte aversão, o sistema normativo imposto pelos colonizadores europeus, o que desaguou na falta de consciência constitucional²⁵. Sérgio Buarque de Holanda²⁶ muito bem relatou esse quadro de falta de pertencimento aqui existente:

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns

²² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 19.

²³ SILVA NETO, *op. cit.*, 2016, p. 19.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 46.

²⁵ *Id. ibid.*, p. 35.

²⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31.

desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.

O homem cordial e o personalismo lusitano também são claramente identificados como causas históricas para o nosso constitucionalismo brasileiro tardio. Esse homem cordial é estranho a todo formalismo e convencionalismo social, especialmente na direção da coisa pública, não conseguindo compreender a distinção entre o domínio do público e do privado. Seriam “funcionários patrimoniais” para os quais a gestão política está associada a seus interesses particulares e tudo que se pode auferir dessa função pública é direito pessoal do funcionário, distanciando do interesse objetivo.²⁷ Mais uma vez, Sérgio Buarque de Holanda²⁸ salienta que:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo da história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.

Não se pode deixar de conhecer que nosso constitucionalismo tardio igualmente se assenta em causas políticas. Manoel Jorge e Silva Neto²⁹ identificou o pífio desenvolvimento da ideia de democracia e república, o modelo de federação e sua assimetria federativa e a fisionomia oligárquica da política brasileira, como causas políticas que levam à derrocada a nossa cultura constitucional.

Bem nítido, portanto, que todas essas concausas – históricas, políticas e jurídicas – foram e continuam sendo igualmente responsáveis pela resistência à efetivação da vontade de constituição.

E não há dúvida que essa nefasta situação traz a reboque o enfraquecimento de valores constitucionais e a pobreza de discussão nos tribunais pátrios concernentes a temas atinentes à concretização não apenas dos direitos fundamentais, mas, também, dos próprios fundamentos da nossa república.

²⁷ HOLANDA, *op. cit.*, p. 146.

²⁸ *Id.*, *ibid.*

²⁹ SILVA NETO, *op. cit.*, 2016, p. 39-45.

A cultura constitucional está sedimentada na adoção de comportamentos que ressaltem a preservação da vontade de constituição, a efetivação dos princípios e normas constitucionais e a disseminação do respeito à Constituição.³⁰

Não se pode deixar de gizar que, conquanto nosso Texto Constitucional se destaque pelo arrojo de seu conteúdo, os reiterados desrespeitos apenas tornam público a problemática do constitucionalismo brasileiro tardio e, como corolário, fragilizam a sua força normativa. Corroborando essa ideia, trazemos o pensamento de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza³¹:

Diante do conteúdo avançado da Constituição, uma das preocupações centrais da teoria constitucional brasileira passa a ser incrementar a sua força normativa. Isso ocorreria, contudo, não por meio de uma síntese com a realidade constitucional, como propunham os constitucionalistas alemães da teoria concretista, mas pela via do desenvolvimento de uma “dogmática da efetividade”, centrada na atuação do Poder Judiciário. Se o Direito Constitucional positivo estabelece um projeto social adequado, não haveria mais sentido em debater acerca da realidade que o condiciona ou de sua justificação racional. A grande missão seria efetivar a Constituição, razão pela qual os enfoques filosóficos ou político-sociológicos não teriam muito a contribuir. O que se propunha era conceber a Constituição como “verdadeiro Direito”, integrado por normas aptas a produzirem efeitos; a comandarem o comportamento dos órgãos estatais, entes privados e indivíduos. O que se desejava era uma “Constituição para valer”, o que dependeria, em grande medida, da sua proteção judicial.

A grande barreira enfrentada nos dias mais recentes reside na deficiência social daquilo que Pablo Lucas Verdú³² denominou de sentimento constitucional, que não foi aplacada pelo argumento do triunfo – ainda que tardio – da constitucionalização do direito, como defende Luis Roberto Barroso.³³

O vilipêndio do direito à intimidade e à vida privada revela – em diversas oportunidades – como sintoma primário, a ausência de enraizamento da cultura constitucional de uma sociedade, o que é agravado pela falta de densidade normativa, cujos destinatários seriam a proteção da intimidade e da vida privada. São diversos os relatos e ocorrências de abusos perpetrados contra a intimidade das pessoas. Não raro, o tratamento conferido ao direito de liberdade de expressão e de imprensa – algumas vezes elevado equivocadamente ao

³⁰ SILVA NETO, *op. cit.*, 2016, p. 19.

³¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, tópicos e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 150-151.

³² VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 45.

³³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. p. 12, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>.

patamar de direitos absolutos – serve de justificativa para o completo esvaziamento do núcleo essencial da intimidade e da vida privada.

2.2.1 Constitucionalização do direito: o “canto da sereia”

O discurso da constitucionalização do direito ecoa como o “canto da sereia”³⁴ que inebria e permite o naufrágio daqueles que se arriscam na tentativa de materializar a cultura constitucional. A reverberação desse sermão desapegado da realidade contribui para o completo afastamento da solidificação do sentimento constitucional e da verdadeira constitucionalização.

De fato, o quadro atual da constitucionalização do direito se associa ao constitucionalismo simbólico³⁵, ambos realizando o mesmo papel.³⁶ Esta constitucionalização simbólica demonstra que há hipertrofia da função político-simbólica, em detrimento da função normativo-jurídica, o que acaba por atingir todo o sistema jurídico, resvalando na força normativa da Constituição. A legislação simbólica é aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um *deficit* de concreção normativa.³⁷

O sermão da constitucionalização do Direito, em sintonia com o simbolismo constitucional, mascara a falta de efetivação dos comandos constitucionais e a insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Diz-se que o Direito se constitucionalizou, porém, a realidade revela outra face.

Essa condição embrionária da constitucionalização do Direito está escancarada e difundida em todas as áreas e aspectos do conhecimento. E por mais que se tente tachar de

³⁴ A sereia é uma figura da mitologia grega que se configura como criatura híbridas representada inicialmente por um corpo metade mulher e a outra metade passáro; passou, posteriormente, a ser representada num corpo metade mulher e metade peixe. Essa figura mitológica é descrita como dotada de beleza incomum e de um canto capaz de distrair os marinheiros e causar naufrágios. Na *Odisseia* de Homero, o seu personagem Ulisses, ao passar por uma ilha cheia dessas personagens mitológicas, determina que sua tripulação tape seus ouvidos com cera para não ouvir o canto das sereias e não abaterem seus navios contra os rochedos. Quanto ao personagem principal, querendo conhecer o canto enfeitiçador, determina que o amarrem no mastro do navio e não o soltem até que atravessem aquela região cercada pelas sereias. A passagem está assim descrita na obra: “*Pois bem; atende agora, e um deus na mente/Meu conselho te imprima. Hás de as sereias/Primeiro deparar, cuja harmonia/Atormenta e fascina os que as escutam:/Quem se aproxima estulto, esposa e filhos/Não regozijará nos doces lares;/Que a vocal melodia o atrai às veigas,/Onde em cúmulo assentam-se de humanos/Ossos e podres carnes. Surde avante;/As orelhas aos teus com cera tapes,/Ensurdeçam de todo. Ouvi-las podes/Contanto que do mastro ao longo estejas/De pés e mãos atado; e se, absorvido/ No prazer, ordenares que te soltem,/Liguem-te com mais força os companheiros.*” HOMERO. *Odisseia*. Tradução: Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Atena Editora, 2009. Livro 12.

³⁵ Expressão cunhada por Marcelo Neves em sua obra *A constitucionalização simbólica*. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011).

³⁶ SILVA NETO, *op.cit.*, 2016, p. 22.

³⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2011. p. 31.

superficial o argumento, a simples análise acadêmica do direito constitucional confessa a falácia da constitucionalização do Direito. Com ênfase, Manoel Jorge e Silva Neto³⁸ conduz precisa crítica ao discurso da constitucionalização:

Com evidência, a hipocrisia do discurso da constitucionalização do direito já se inicia na formação acadêmica. Reservam-se oito, dez semestres para o celeberrimo direito civil. Três para o seu primo, o direito empresarial. E mais cinco ou seis para o que muitos chamam pomposamente de “ciência processual”. E para o direito sobre o qual todos tecem loas, recitam versos, declaram amores? Guardam dois, no máximo, três semestres. Dois ou três semestres para a ciência jurídica, aquela mesma, a mesmíssima que, segundo os juristas, desenvolve a dogmática que possibilitará a fundamentação dos mais variados domínios normativos à Constituição. E tudo isso com discentes obrigados ao estudo, em idêntico semestre, de distintas disciplinas de direito constitucional que tratam da organização do Estado e dos direitos fundamentais, conjugadamente. E tudo isso porque constitucionalizou-se o direito no Brasil.

Por tudo isso, imprescindível o reconhecimento de que ainda estamos a muitos passos dessa constitucionalização do Direito e que, enquanto ela não for efetivamente alcançada, não consolidaremos o sentimento constitucional e, por consequência, não serão arraigados os valores constitucionais e solidificados os direitos fundamentais.

O nosso constitucionalismo tardio contribui e se apresenta como verdadeiro entrave para concretização plena dos direitos fundamentais, especialmente aqueles vinculados à figura do consumidor.

³⁸ SILVA NETO, *op. cit.*, 2016, p. 21.

3 A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NAS CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS E NA CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

A análise de documentos estrangeiros se apresenta como importante instrumento para ampliar a visão do objeto da investigação de uma pesquisa. Antônio Carlos Gil lembra que “[...] algumas pesquisas elaboradas em documentos são importantes não porque respondem definitivamente um problema, mas porque proporcionam melhor visão desse problema [...]”.³⁹

Por isso, a investigação da legislação, e especialmente das Constituições de outros países – servirá para obtermos respostas se nesses ordenamentos de terras estrangeiras reside proteção à intimidade e à vida privada (ou até mesmo da privacidade, entendida como gênero que engloba, além desses dois direitos, outros fundamentais como a honra, a imagem, a inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência, comunicação telefônica, telegráfica e de dados).⁴⁰

3.1 ESCLARECIMENTOS PRÉVIOS

A averiguação da legislação estrangeira, no que toca aos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada, não servirá apenas para indicar dispositivos legais existentes ou para tentar “adaptar” essa realidade de sistemas jurídicos do exterior ao nosso ordenamento. Entendemos que há igual ou maior relevância na descrição das medidas, de instrumentos e de soluções que foram adotadas por esses sistemas alienígenas para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais da intimidade e vida privada.

Porém, o objeto do exame deste tópico está desapegado do estudo do Direito Constitucional Comparado, restringindo-se a efetuar a descrição de pontos gerais e comuns – pela via do Direito Constitucional Geral – do direito à intimidade e à vida privada nos ordenamentos jurídicos de outros países e na Constituição da União Europeia. Em todos os casos, será apontada a existência ou não de proteção ao direito à intimidade e à vida privada. Em relação à diferenciação entre Direito Constitucional Comparado e Direito Constitucional Geral, leciona Manoel Jorge e Silva Neto:

A investigação de direito constitucional comparado se propõe ao exame de diversos textos constitucionais para desvendar o que lhes é comum e singular

³⁹ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 47.

⁴⁰ Neste sentido, conferir, CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 614.

de cada qual, ao passo que o estudo de direito constitucional geral se destina à indicação das notas gerais e comuns dos diversos sistemas constitucionais⁴¹.

Por isso, ainda que brevemente, cumpre-nos a importante tarefa de traçar um panorama constitucional comparado e, para além dos dados colhidos e pesquisas já realizadas pela doutrina, nos valeremos das informações e dados obtidos através do *website The Constitute Project*⁴², desenvolvido por grupo de académicos americanos que realizou a tradução para a língua inglesa de todas as Constituições existentes e vigentes no cenário mundial.

3.1.1 Alemanha

A Alemanha é o nascedouro da já mencionada teoria dos círculos concêntricos que idealiza uma gradação da vida privada em esferas que partem de uma região da privacidade mais permissiva e aberta a conhecimento geral, até uma área de pouca ou quase nenhuma impenetrabilidade – esferas privada, esfera confidencial e esfera do segredo.

Na Constituição Alemã de 1949, conhecida como lei fundamental de Bonn, temos que a proteção da esfera privada, da esfera confidencial e da esfera do segredo é justificada pela garantia de inviolabilidade da pessoa humana que impõe o respeito e a proteção pelo Poder Público e o direito de todo indivíduo sobre o livre desenvolvimento de sua personalidade. Esses fundamentos estão previstos em seus artigos 1.1 (inviolabilidade da pessoa humana – 1.1 A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.)⁴³ e 2.1 (garantia do livre desenvolvimento da personalidade – 2.1 Todos tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade [...]).⁴⁴ Decerto que esses dois artigos vieram a construir as bases de fundamentação jurídica para que os Tribunais Alemães pudessem tutelar com maior efetividade a intimidade.

Somado a isso, temos que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, valendo-se da previsão constitucional, da teoria das esferas concêntricas e das

⁴¹ SILVA NETO, *op. cit.*, 2016, p. 26.

⁴² CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <www.constituteproject.org>. Acesso em: 12 de jun. de 2018.

⁴³ O artigo está assim previsto: ARTICLE 1. [Human Dignity - Human Rights - Legally Binding Force Of Basic Rights] - 1. Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority. ALEMANHA. Constituição (1949). Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁴⁴ O artigo está assim previsto: Artigo 2. [Direitos de liberdade] – 1. Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. ALEMANHA. Constituição (1949). Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

normas infralegais, defende a existência e necessidade de proteção do direito geral de personalidade.⁴⁵

3.1.2 Argentina

Pode-se afirmar que a proteção da intimidade e da vida privada no ordenamento jurídico argentino não coube à Constituição, mas sim às normas infraconstitucionais. De fato, a Constituição argentina de 1853 não alçou ao patamar constitucional proteção desses direitos.

E um ponto precisa esclarecido: o artigo 19 da Constituição desse país não corrobora a defesa da tese da presença da intimidade e da vida privada no texto constitucional e de instrumentos de sua proteção. O artigo 19 prevê que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. [...]”⁴⁶

Como vemos, o dispositivo constitucional argentino é genérico e indeterminado em diversos aspectos, especialmente quanto à proteção dessas “ações privadas”, deixando de fora agressões praticadas por particulares, o que propicia uma dependência de garantia infraconstitucional de preservação desse direito.⁴⁷

3.1.3 Chile

Ainda nas proximidades territoriais brasileiras, a Constituição chilena de 1980 empreendeu proteção da vida privada e pública, da honra pessoal e da família, apenas declinando ao patamar infraconstitucional as sanções por aviltamento desses direitos. Assim, a Constituição chilena assentou, no artigo 19, 4º, “*El respeto y protección a la vida privada y publica y a la honra de la persona y de sua familia*”.⁴⁸

⁴⁵ SIMÓN, Sandra Lia. *Proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 89.

⁴⁶ As ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão somente reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados. (tradução nossa). ARGENTINA. Constitución Nacional (1853). Disponível em: www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional. Acesso em: 12 de jun. 2018.

⁴⁷ SIMÓN, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸ O respeito e proteção da vida privada e da honra da pessoa e de sua família. (tradução nossa)

3.1.4 Espanha

O texto constitucional espanhol, promulgado em 1978, tem previsão expressa de proteção da intimidade – quer seja individual, quer seja a familiar. O artigo 18.1 está assim redigido: “1. É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”.

Conquanto a norma constitucional não mencione a vida privada, a doutrina e a jurisprudência perfilham entendimento quanto à existência de círculos distintos entre a intimidade e a vida privada.⁴⁹

3.1.5 Estados Unidos

Já foi delineado em linhas precedentes que o *right to privacy*, encadeado à noção de direito de ser deixado só, surgiu com o trabalho publicado por Warren e Brandeis. A privacidade é valor fundamental no seio da sociedade norte-americana. Mas há uma constatação que causa certa estranheza e, quiçá, perplexidade, pois mesmo diante de toda a vigilância do povo norte-americano com a sua individualidade, não encontramos no texto constitucional – seja em seu texto original ou em suas emendas - qualquer menção direta e específica ao direito de privacidade (ou dos termos referentes às suas espécies). Essa constatação foi igualmente aludida por Manoel Jorge e Silva Neto:

Por mais estranho, insólito ou paradoxal que possa parecer, o exame da Constituição de 1787, bem assim das Emendas que se lhe seguiram quase imediatamente, e também as mais recentes (como a Emenda XXVII, de 1992), revela algo espantoso: não obstante a notória preocupação do povo norte-americano com a proteção à individualidade, não há qualquer previsão explícita de tutela ao direito fundamental à intimidade, seja no texto original, seja em qualquer emenda subsequente.⁵⁰

Essa omissão constitucional pode ser explicada por duas razões distintas, mas que apresentam traços de conexão. Em primeiro plano, tem-se que a opção pela rigidez da Constituição norte-americana construiu-se por rigoroso procedimento de modificação do texto

⁴⁹ SIMÓN, *op.cit.*, p. 91.

⁵⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. *Bahia Notícias*. Salvador, out. 2009. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/46-a-suprema-corte-dosestados-unidos-e-o-direito-a-intimidade.html>. Acesso em: 13 jul. 2018.

constitucional, sendo tarefa árdua a implementação de alterações na sua origem.⁵¹ A certeza disso pode ser aferida, inclusive, pela quantidade de emendas ao texto constitucional aprovada até a presente data – apenas 27.

Aliada à rigidez constitucional, em um segundo plano temos o enquadramento do modelo jurídico ianque alicerçado na *common law*, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de apresentar a extensão do texto constitucional e atualizá-lo, mediante a interpretação constitucional construtiva, permitindo a efetivação de direitos fundamentais pela Suprema Corte dos Estados Unidos.⁵²

A ausência de previsão expressa na Constituição estadunidense relativa à intimidade e à vida privada não se traduz em ausência de proteção ou reconhecimento. Ao revés, encontramos na doutrina e na construção jurisprudencial que a proteção de *the right of privacy* está arraigada na evolução do direito à vida e na proteção da inviolabilidade da pessoa, da casa, dos papéis e haveres, previstas na 4ª Emenda. É o que diz o texto constitucional americano:⁵³

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Exatamente por via dessa função construtiva da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, foi formada a noção da expectativa razoável por privacidade (*reasonable expectation of privacy*). Ao debruçar-se sobre o caso *Katz vs. United States*, a Suprema Corte norte-americana assentou que a 4ª Emenda protege o indivíduo quando ocorre a quebra da expectativa razoável por privacidade. De forma específica, Charles Katz suscitou a violação da 4ª Emenda e a sua previsão de proteção da privacidade nas situações de busca e apreensão e outros procedimentos investigatórios, após o FBI ter instalado escutas exteriores em uma

⁵¹ A Constituição da Filadélfia prevê em seu artigo V que o procedimento para a *Amendment* (emenda) deve observar as seguintes particularidades: i) seja proposta por 2/3 do Congresso dos Estados Unidos (junção da House of Representatives e do Senate) ou 2/3 das casas legislativas de todos os Estados da Federação; ii) que todos os Estados ratifiquem a proposta, a fim de que ela seja incorporada ao texto constitucional.

⁵² SILVA NETO, *op. cit.*, 2009.

⁵³ Emenda IV – O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra buscas e apreensões desarrazoadas, não será violado, e nenhuma garantia será questionada, senão sob causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e descrevendo especificamente o lugar a ser revistado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (tradução nossa). UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951. Acesso em: 12 jun. de 2018.

cabine telefônica, a fim de obter provas contra ele. Na decisão, a Suprema Corte dos Estados Unidos delineou que uma cabine telefônica fechada, ao contrário de um campo aberto, é espaço em que existe expectativa razoável de privacidade. Bem elucidativo foi o voto do *Justice John Marshall Harlan*:

(a) that an enclosed telephone booth is an area where, like a home, and unlike a field, a person has a constitutionally protected reasonable expectation of privacy; (b) that electronic as well as physical intrusion into a place that is in this sense private may constitute a violation of the Fourth Amendment; and (c) that an invasion of a constitutionally protected area by federal authorities is, as the Court has long held, presumptively unreasonable in the absence of a search warrant.⁵⁴

Mas, é possível encontrar na Constituição americana outras bases justificadoras da tutela da privacidade? José Adércio Leite Sampaio indica que o exame de decisões da Suprema Corte norte-americana autoriza a indicar que o *right of privacy* também é retirado da 1ª Emenda, da qual se extrai o direito de repouso, e da 14ª Emenda, que expressa proteção a vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal.⁵⁵

3.1.6 França

A Constituição francesa de 1958 não prevê taxativamente o direito à intimidade e à vida privada, o que, ao contrário do que se possa pensar, não revela desproteção a esses institutos. Exame mais acurado do diploma constitucional francês elucidada a questão, ligando a intimidade e a vida privada ao direito de liberdade e segurança, estes previstos na Declaração de 1789, incorporada ao texto constitucional.⁵⁶

⁵⁴CORNELL LAW SCHOOL. *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/389/347#writing-USSC_CR_0389_0347_ZC1. Acesso em: 12 jul. 2018. (a) que uma cabine telefônica fechada é uma área onde, como uma casa, e ao contrário de um campo, uma pessoa tem uma expectativa razoável de privacidade protegida constitucionalmente que a intrusão eletrônica e física em um lugar que é nesse sentido privado pode constituir uma violação da Quarta Emenda; e (c) que a invasão de uma área protegida constitucionalmente pelas autoridades federais é, como o Tribunal considerou por muito tempo, supostamente despropositada na ausência de um mandado de busca. (tradução nossa)

⁵⁵SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 270-271.

⁵⁶SIMÓN, *op. cit.*, p. 90

3.1.7 Portugal

Logo em seu primeiro artigo, a Constituição portuguesa alocou a dignidade da pessoa humana como fundamento daquela República.^{57,58} A Constituição lusitana não hesitou em inserir em seu conteúdo a proteção à intimidade do indivíduo e de sua família, conforme se extrai do conteúdo do artigo 26, *in verbis*:

Art. 26º - Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.⁵⁹

Traço peculiar é que, diferente do que ocorre na Constituição brasileira, no espaço constitucional lusitano não se erigiu a diferença entre os termos intimidade e vida privada. Preferiram os “patricios” amearhar tudo em única expressão: reserva da intimidade da vida privada, adotando o mesmo vocábulo prestigiado no artigo 80 do Código Civil Português.⁶⁰ Por isso, além da regulamentação em sede de norma constitucional, a legislação infraconstitucional igualmente revela sua preocupação com direitos estreitamente ligados à preservação da personalidade do indivíduo.

⁵⁷ Nesse sentido, conferir: MORI, Amaury Haruo. *O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português*. São Paulo: LTr, 2011.

⁵⁸ Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2018).

⁵⁹ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia da República. Constituição da República Portuguesa, 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 13 de jul. de 2018.

⁶⁰ Código Civil Português, em seu artigo 80, vem assim configurado: Artigo 80.º (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. Em sintonia, o Código do Trabalho de Portugal fortalece a necessidade de proteção da reserva da intimidade da vida privada dentro das relações de emprego, assim prescrevendo: Art. 16º (reserva da intimidade da vida privada) - 1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

3.1.8 Reino Unido

Traço marcante do Reino Unido é que, além da monarquia como sistema de governo, ele se diferencia das diversas outras nações do mundo por não possuir uma Constituição escrita. O Reino Unido é possuidor de uma Constituição não escrita, histórica e flexível. Esse traço da historicidade e a não codificação da Constituição conduz ao raciocínio de que o país que dispõe deste estilo de Constituição não permanece vinculado a um único documento, a exemplo do Human Right Act. É nesse diploma que faz morada a proteção da vida privada e da vida familiar.⁶¹

3.2 CONSTITUIÇÃO EUROPEIA, PROTEÇÃO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE

No ano de 1992, a Europa passou por importante mudança geopolítica e econômica, oriunda do Tratado de Maastrich, instituidora da União Europeia. De logo, além do estabelecimento do trânsito livre dos cidadãos integrantes dos países convenientes (cidadania europeia), outras importantes alterações se deram na seara monetária, com a adoção do euro como moeda única (padrão monetário único) e na criação do parlamento europeu.

Uma das notas mais significativas desse ajuste surgiu posteriormente, quando, no ano de 2003, foi aprovado o texto da Constituição europeia.⁶² A grande questão que suscita debates reside no fato de se a União Europeia teria se consolidado como novo Estado e, por isso, os Estados-membro teriam se “desnacionalizado”⁶³ – o que traria como consequência a regionalização das Constituições dos Estados componentes – ou se, ao contrário, mesmo com

⁶¹ O artigo 8º do HRA está assim cunhado: “Article 8. Right to respect for private and family life. 1 Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2 There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. Artigo 8. Direito ao respeito à vida privada e familiar. 1 Todos tem o direito ao respeito a sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e sua correspondência. 2. Não poderá haver interferência por uma autoridade pública no exercício desse direito, exceto nas hipóteses legais e que sejam necessários em uma sociedade democrática no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades dos outros. (tradução nossa). OFFICIAL UK LEGISLATION. *Human right act 1998*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/pdfs/ukpga_19980042_en.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁶² SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 94.

⁶³ CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 211.

o advento dessa Constituição europeia, haveria a manutenção dessa soberania – o que levaria à constatação de uma Constituição sem Estado.⁶⁴

Teriam sido o Tratado de Maastrich e a vigência da Constituição europeia responsáveis pela fundação de um Estado Federal? Ainda não podemos responder afirmativamente, porquanto ainda se preserva a autonomia constitucional interna dos Estados-membro⁶⁵, fazendo com que se torne irrecusável a confirmação da existência de uma Constituição sem Estado. Manoel Jorge e Silva Neto⁶⁶ igualmente ratifica esse pensamento expondo que:

Embora não se possa recusar a possibilidade de a União Europeia constituir-se, num futuro próximo, em Estado federal, principalmente pela instituição do Parlamento Europeu, da cidadania europeia e do padrão monetário único, ainda não é o momento de concluir ter havido opção pela forma estatal federativa, porquanto não é a União, mas sim os Estados nacionais que ainda comparecem para legitimar o Tratado de Maastrich, e são eles também que autorizarão a vigência interna da Constituição europeia de 2003. [...] Contudo, até que sobrevenha a renúncia à soberania por parte dos Estados europeus, estamos, convictamente, diante de uma Constituição sem Estado.

Como se vê, a conformação institucional da União Europeia como Estado Federal passa, necessariamente, pelo despojamento dos Estados europeus de suas soberanias. Enquanto não se alcançar esse quadro, em nível de sistemas constitucionais, continuaremos a vislumbrar ordens jurídicas distintas – a Constituição europeia e as Constituições dos Estados-membro –, porém coordenadas.⁶⁷

E essa dupla realidade constitucional faz aflorar questões atinentes à teoria do interconstitucionalidade. Gomes Canotilho aduz que esta teoria representaria forma específica de “interorganização política e social”.⁶⁸ Para o constitucionalista da Universidade de Coimbra, a interconstitucionalidade acoplaria todas as questões condizentes ao relacionamento entre diversas Constituições e diversos poderes constituintes em um mesmo espaço político, especialmente no que toca à justaposição, concorrência, convergência e conflitos entre elas.⁶⁹

⁶⁴ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 95.

⁶⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁶ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 94-95.

⁶⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 1425.

⁶⁹ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

Mas deixadas à parte tais questões, pode-se dizer que a Constituição europeia reservou espaço para fins de tutela da intimidade e vida privada? Essa resposta pode ser extraída nos artigos II-67º e II-68º:

Art. II-67º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Art. II-68º

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.⁷⁰

Evidencia-se, por completo, que a Constituição europeia concedeu protecção à vida privada, familiar e de sigilo de dados.

3.3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NAS DECLARAÇÕES, TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Mesmo que, de início, não abordando diretamente a protecção da intimidade, não se quer dizer que as Declarações, Tratados e Convenções internacionais não estejam atentas a esses direitos de imperiosa importância para a realização da dignidade humana.

A *Declaração universal dos direitos do homem* estatui o direito à vida privada e familiar, à reputação e à honra, além da protecção ao domicílio e à correspondência. Nesse espeque, tem-se a leitura do artigo 12 da Declaração:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à protecção da lei contra tais interferências ou ataques.

A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, de forma bem similar, acabou por conferir, em seu artigo 8º, protecção no que diz respeito à vida privada e familiar, do domicílio

⁷⁰UNIÃO EUROPEIA. Constituição (2004). Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acesso em: 14 de jul. 2018.

e da correspondência, ao assim dispor: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

O artigo 17, 1, do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* tutela a vida privada em face de ingerências ilegais ou arbitrárias, dispondo que “[...] ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

Rene Ariel Dotti⁷¹ traz a lembrança da Conferência Nórdica sobre direito à intimidade, realizada em Estocolmo, na Suécia, onde se definiu que o direito à intimidade é o “[...] direito do homem de viver de forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia”. Além disso, a Conferência Nórdica elencou cinco ofensas à intimidade, dentre elas: a) penetração no reatamento da solidão do indivíduo, quer por espionagem, quer por chamamento constante por telefone; b) gravação de conversas e obtenção de fotos ou vídeos de pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; c) audição de conversas privadas por interferências mecânicas de telefone ou filmadoras dissimuladas deliberadamente; d) exploração do nome, da identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, além da utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica à vida das pessoas; e) utilização em publicações ou outros meios de informação ou fotografia ou gravações obtidas nas formas anteriormente indicadas. Não há dúvida que, do ponto de vista histórico e jurídico, a Convenção Nórdica sobre direito à intimidade representou grande avanço para sedimentar a efetividade desse direito fundamental.

Sem se furtar à defesa da vida privada, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica) trouxe dispositivo similar aos demais textos mencionados. Com efeito, o artigo 11 da aludida Convenção dispõe que:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁷¹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

Bem se viu que as Declarações, Tratados e Convenções internacionais imiscuem-se na acertada visão de que a proteção da intimidade e da vida privada é fundamental para a concretização da dignidade da pessoa humana.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO CONSUMIDOR COMO DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada estão intrinsecamente vinculados à preservação da personalidade e dignidade humana, razão pela qual o exame e reconhecimento dos contornos desses direitos são necessários para que se possa implementar a sua efetiva proteção. Se em sua origem a intimidade e a vida privada apenas eram amparadas de forma reflexa e por consequência da proteção da propriedade, no final do século XIX estes direitos obtêm a sua autonomia.

Além disso, a própria distinção entre a intimidade e a vida privada se mostra necessária para se alcançar maior efetividade do texto constitucional e da dignidade humana.

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALICERCE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

A evolução constitucional, ao longo dos anos, demonstrou a transposição de um sistema jurídico apoiado na materialidade, onde a propriedade privada ocupava posição de destaque para outra modalidade de sistema humanista, fazendo recair o foco sobre o ser humano e não apenas em seus bens materiais. Em outras palavras, os sistemas jurídicos passaram a ser construídos para servir o homem e não é o homem que estará a serviço dos aparelhos políticos-organizatórios.⁷²

Dentro desse quadro, os Estados sociais e democráticos passam a enfatizar essa necessidade de formatação dos ordenamentos jurídicos visando à centralização do homem pelo simples fato da sua humanidade, lançando mão da dignidade da pessoa humana como alicerce de sustentação dos direitos fundamentais. O Estado passa a adotar medidas para proteger direitos que proporcionem o mínimo essencial para uma condição digna de vida, tornado o ser humano destinatário dos direitos fundamentais. A propósito, Manoel Jorge e Silva Neto bem delineou a vinculação entre essa dignidade da pessoa humana e a humanização do sistema constitucional, assim esclarecendo:

Firmar como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana deixa à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo, quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar, com precisão, a ideia de que o mais elevado e sublime propósito cometido à sociedade política é o enaltecimento da dignidade das pessoas que a compõem.

⁷² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 225.

Quando o elemento constituinte originário põe sob destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem em mira pugnar pela humanização do sistema constitucional.⁷³

E a Constituição Federal trouxe essa dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, CF/88), como fim supremo de todo o direito⁷⁴, fazendo que ela se difunda por todo o sistema jurídico e se ramifique por todas as searas do direito positivo, influenciando a atividade legislativa e a do próprio judiciário.⁷⁵

Arion Sayão Romita⁷⁶ trouxe em destaque posição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República:

Um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro é, portanto, o do Estado democrático de direito. Por princípio estruturante entende-se uma ideia constitutiva e indicativa de diretrizes básicas de todo o ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário. Nenhum ato normativo, nenhuma decisão judicial pode menoscabar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa ao princípio estruturante do Estado democrático de direito. [...]

Qualquer que seja o aspecto pelo qual o tema seja focado, sobressai a dignidade da pessoa humana como valor supremo que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Aqui é bom que se alerte: a dignidade da pessoa humana não é objeto de delimitação semântica precisa. Trata-se de verdadeiro *topoi*⁷⁷, por não ser possível alcançar a sua conceituação. Ricardo Maurício Freire Soares reconhece a dignidade como objeto do conhecimento em construção de acordo com o tempo e espaço, esclarecendo que:

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano.⁷⁸

⁷³ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 350.

⁷⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 349.

⁷⁵ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2004. p. 309

⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 309.

⁷⁷ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 351.

⁷⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

Por tudo isso, decerto que a dignidade humana continua sendo o ponto de partida dos direitos fundamentais⁷⁹, em especial da intimidade e da vida privada, pois estão profundamente vinculados à personalidade da pessoa. Desconhecer esses direitos ou relegá-los é ameaçar a própria dignidade da pessoa, especialmente na atual fase do desenvolvimento humano.⁸⁰

Os atributos dos direitos individuais acabam por evidenciar que tais direitos se encontram essencialmente vinculados ao sujeito e que estão identificados com os bens mais relevantes do mundo jurídico.⁸¹ A preservação desses predicados destina-se, em um plano principal, a proporcionar dignidade a todos àqueles que estão jungidos a determinado ordenamento jurídico e compõem o mínimo existencial, que consoante se infere da própria nomenclatura, abarca o conjunto de condições básicas que possibilitam uma vida digna para cada indivíduo.⁸²

Sendo valor supremo e fundante do sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana impõe a concessão de máxima efetividade aos direitos que a realizam, não escapando a constatação de que essa dignidade atua como profundo alicerce à fundamentalidade dos direitos individuais, pois são eles manifestação da própria dignidade humana, clamando por sua efetivação e preservação. É inconcebível pensar em dignidade humana desatrelada da precaução com os direitos individuais, porquanto preserva a vida, a liberdade de expressão, a intimidade e a vida privada, que significado outro não tem senão o de propiciar condição digna ao ser humano.

Mas os acontecimentos a nossa volta e no nosso dia a dia nos dão um choque de realidade e nos revelam o distanciamento entre o plano deontológico e o ontológico. Direitos fundamentais são minados nas mais diversas situações e sem qualquer cerimônia, seja pelo poder público, seja nas relações privadas, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada que são vilipendiados nas multitudinárias relações de consumo existentes.

Vivenciamos uma sociedade da informação e da tecnologia que, se por um lado, fez eclodir quantidade imensurável de benefícios, por outro lado trouxe a exposição do ser humano e dos seus mais recônditos desejos, sofrimentos, angústias, paixões e dissabores à

⁷⁹ ABRANTES, José João. *Direito do trabalho: ensaios*. Lisboa: Edições Cosmos, 1995. p. 56.

⁸⁰ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

⁸¹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 43-44.

⁸² BAHIA, *op. cit.*, p. 6.

satisfação da mera curiosidade alheia, exigindo, nessa esfera, o debruçamento sobre a preservação desses direitos fundamentais tão caros à realização da dignidade humana.

4.2 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO CONSUMIDOR

Em linhas anteriores já se demonstrou que os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada integram o conjunto de direitos que concretizam e realizam outro mais abrangente que é o da personalidade do ser humano. Toda pessoa carrega, intrinsecamente, espaço, cujo desejo é o de que permaneça impenetrável ao olhar e curiosidade alheia, inclusive do Estado.

Acontece que o interesse na vida alheia sempre aguçou e motivou as mais variadas intromissões na esfera privada do indivíduo, afrontando o direito fundamental estampado no Texto Constitucional. Nesse sentido, Gregório de Matos Guerra já anunciava, em seus versos, o costume da bisbilhotice. De fato, o poeta, cuja alcunha era Boca do Inferno, assim descreveu, em um dos seus poemas satíricos: “[...] Em cada porta um bem frequente olheiro/Que a vida do vizinho e da vizinha/Pesquisa, escuta, espreita e esquadrinha/Para o levar à praça e ao terreiro.”⁸³

Para muitos, o desenvolvimento humano exorta o respeito a um ambiente exclusivo da pessoa e, até mesmo, o direito de ser esquecido. Como bem advertiu Pontes de Miranda, “[...] cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos.”⁸⁴

A intimidade e a vida privada, nesse particular, assumem relevante posição na linha de frente na defesa do ser humano considerado em sua individualidade e, por consequência, na busca de condições mínimas de dignidade. Mesmo para aqueles que sinalizam pela dissociação do direito à vida privada como espécie dos direitos da personalidade, apenas o fazem por considerar que, conquanto não seja parte destes, é a finalidade, pois ao preservar a esfera íntima interna e externa estará se propiciando ao indivíduo o mais completo desenvolvimento de sua personalidade.⁸⁵ Por um ou por outro caminho, a intimidade e a vida privada estão imbricadamente associados aos direitos da personalidade.

⁸³ MATOS, Gregório de. *Poemas escolhidos*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 41.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995. v. 7, p. 124.

⁸⁵ Roxana Cardoso Brasileiro Borges coloca o direito à vida privada como finalidade dos direitos da personalidade. Para a autora, “[...] o direito ao respeito à vida privada não é uma espécie dos direitos de personalidade, mas a finalidade destes, já que é na sua esfera de liberdade privada que cada pessoa, escolhendo como conduzir sua própria vida, terá oportunidade de desenvolver livremente sua personalidade.” BORGES, Roxana Cardos

Várias são as denominações atribuídas pela doutrina – especialmente a estrangeira – a esse direito que é radicular à personalidade humana: *droit à la vie privée* (doutrina francesa); *right to privacy* ou *right to be left alone* (doutrina norte-americana); *derecho a la esfera secreta* (doutrina espanhola); *diritto ala riservatezza* (doutrina italiana); Independentemente da predileção nominativa desse direito, temos que ele se consubstancia em ferrenho instrumento de concreção da personalidade humana diante de investidas, indiscrições ou intromissões alheias.⁸⁶

E não é de hoje que o direito à intimidade e à vida privada vem acenando por maior atenção dentro do cenário jurídico, já que as novas tecnologias, aliadas à dilatação do relacionamento do homem na sociedade, acabam por expor cada vez mais a sua vida profissional, amorosa, recreativa, seu lar e a sua família, agravando a condição da intimidade e da vida privada. E nas relações de consumo esse vilipêndio se mostra alarmante, quando reconhecemos a posição de vulnerabilidade do consumidor perante os fornecedores e prestadores de serviços.

Por isso, compreendida a importância da intimidade e vida privada, torna-se ululante que, para proporcionar maior e mais ampla efetividade, é imperativa a investigação detalhada desses institutos.

É o que passamos a fazer.

4.2.1 Origem

O exame histórico nos apresenta uma vinculação da intimidade com a vida privada e o direito de propriedade, fruto da concepção liberal e personalista, implementada pela burguesia no Estado Liberal. A ideia de reserva do indivíduo, em verdade, escondia uma necessidade de proteção do “lar”, posto que, ao se proteger a propriedade do burguês, estaria se preservando a sua intimidade e o seu direito ao isolamento.⁸⁷

Os direitos à intimidade e à vida privada, em sua origem, não surgem como objeto específico de um direito, recebendo proteção reflexa vinculada à defesa de outros direitos, a exemplo da propriedade, da honra, da inviolabilidade de domicílio e de correspondência.⁸⁸

Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 110.

⁸⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís. *Honor, intimidad e imagen: um análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Barcelona: Bosch, 1996. 18-21

⁸⁸ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 54.

Apenas no término do século XIX, com o reconhecimento do “patrimônio moral do homem” e “personalidade humana inviolável” é que os direitos à intimidade e à vida privada adquirem *status* de direitos autônomos.⁸⁹

A noção da intimidade e privacidade como o direito de ser deixado só, ainda que considerado incidentalmente, surge primeiramente nos Estados Unidos, em 1834, no caso *Wheaton vs. Peters*, analisado pela Suprema Corte Norte Americana. Naquele momento, a noção de intimidade não ganhou acolhida na doutrina.⁹⁰

O reconhecimento e conceito de *privacy*, como direito e com a formatação hoje aceita, ganhou fôlego e espaço na comunidade jurídica a partir de 15 de dezembro de 1890, diante da publicação do artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado *The right to privacy*. Nesse estudo, os autores lograram fazer a separação entre a intimidade e a *property theory*, demonstrando a autonomia do *privacy*.

Demais disso, trouxeram à evidência a evolução do direito à vida para afirmar que ele alcança, além da proteção contra as diversas formas de violência, o direito de desfrutar a vida, o direito de não ser molestado.⁹¹ É dizer, o direito à vida é utilizado como fundamento para o *privacy*.

Os autores americanos realçaram diversas ocorrências de violação à vida privada decorrentes de transformações políticas, sociais e econômicas e encontraram na jurisprudência a existência do *right of privacy*. Warren e Brandeis também destacaram que se tornou claro que as dores e os sofrimentos do indivíduo não recaíam apenas nas coisas físicas. As emoções e sofrimento também passaram a exigir reconhecimento legal. Assim ponderaram os autores americanos:

The intense intellectual and emotional life, and the heightening of sensations which came with the advance of civilization made it clear to men that only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things. Thoughts, emotions, and sensations demanded legal recognition (...). Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone.”^{92,93}

⁸⁹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1900, p. 195.

⁹⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do Right of Privacy nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 3, jan/mar 2015, p. 10.

⁹¹ SIMÓN, *op. cit.*, p. 72.

⁹² WARREN; BRANDEIS, *op. cit.*, p. 195.

⁹³ Tradução nossa: A intensa vida intelectual e emocional e o aumento das sensações que acompanhavam o avanço da civilização e deixaram claro aos homens que apenas uma parte da dor, do prazer e do lucro da vida residia nas coisas físicas. Pensamentos, emoções e sensações exigiam reconhecimento legal [...]. Invenções recentes e métodos de negócios chamam atenção para o próximo passo que deve ser tomado para proteção da pessoa, e para garantir ao indivíduo o que o Juiz Cooley chamou de direito “de ser deixado só”.

Diferentemente do que é encontrado no nosso texto constitucional, no direito anglo-saxão não se faz diferença entre intimidade e vida privada, estando tudo englobado pela acepção genérica da privacidade. Temos assim delineado o direito à privacidade, associado ao *right to be let alone*, expressão que foi revelada inicialmente pelo juiz Thomas Cooley, em sua obra *A treatise on the law of torts (um tratado sobre a lei dos delitos)*, porém, não com esse sentido vinculado ao direito à intimidade, que apenas veio a ganhar essa conotação com Warren e Brandeis. Estes autores expuseram que a evolução jurídica acabou por reconhecer a natureza espiritual, sentimentos e reputação dos indivíduos. Tratava-se da afirmação do direito de ser deixado só, que é protegido pelo *privacy*.⁹⁴

4.2.2 Definições e distinções necessárias

Debate importante no estudo da intimidade e da vida privada reside no exame da equivalência semântica – ou não – entre esses dois direitos consagrados constitucionalmente. Para tanto, não se pode deixar passar despercebido o conteúdo do artigo 5º, X, da Constituição Federal, que assim se encontra estampado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A primeira leitura do Texto Constitucional em epígrafe já desvenda que foi reverenciada a dissociação entre a vida privada e a intimidade, vez que empregados os vocábulos de forma separada, o que nos impõe reconhecer tratar-se de realidades normativas distintas. Se a nossa Carta Política tratou de especificar tais direitos, assinalando-os

⁹⁴ É preciso destacar que, muito embora Warren e Brandeis sustentem a existência do *privacy*, eles não ignoram os limites que são impostos a esse direito. Ele não é um direito absoluto e por isso é contingenciado em diversas oportunidades, como nas situações de publicações de matérias de interesse público ou quando a publicação é feita após a exposição de fatos pelo próprio indivíduo ou com seu consentimento, além das publicações que são feitas em circunstâncias privilegiadas de acordo com a lei. “The right to privacy does not prohibit the communication of any matter, though in its nature private, when the publication is made under circumstances which would render it a privileged communication according to the law of slander and libel. [...] The right to privacy ceases upon the publication of the facts by individual, or with his consent.” (WARREN; BRANDEIS, *op.cit.*, p. 217-218) O direito a privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, apesar de dentro de sua natureza privada, quando a publicação é feita sob circunstâncias que poderiam torná-la uma comunicação privilegiada de acordo com a lei de calúnia e difamação. [...] O direito a privacidade cessa com a publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com o seu consentimento. (tradução nossa)

separadamente, trata-se de desacerto tentar instituir equivalência entre esses direitos. Não custa lembrar que a nossa Constituição não apresenta palavras baldias de significação normativa. Consoante observou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na Constituição, “[...] é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico inexistem palavras inúteis.”⁹⁵ Quisesse contemplar esses institutos dentro do mesmo contexto poderia ter o texto constitucional se valido, por exemplo, do direito à privacidade.

Há de se reconhecer que é considerável o número de tentativas de se erigir sinonímia entre o direito à intimidade e à vida privada, o que demonstra a obrigação de ainda termos que justificar a autonomia entre os direitos em tela.

Por maiores que sejam as semelhanças e pontos de interseção entre a intimidade e a vida privada, o certo é que, ao trazê-los separadamente, o propósito não foi outro senão o de demonstrar que há clara distinção entre os direitos e que precisam ser amplamente realçados por todos aqueles que se propõem ao estudo verticalizado sobre essa temática.

O reconhecimento da autonomia da intimidade e da vida privada (além da honra e da imagem), prevista no artigo 5º, X da CF/88, mais do que mera discussão doutrinária, é exigência do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade, que edifica a imposição de se atribuir à solução que maior operatividade confira ao dispositivo constitucional. A interpretação não pode conduzir a um caminho que invista contra o texto constitucional.^{96,97} Afirmar a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais específicos e autônomos é fortalecer as garantias individuais.

Santos Cifuentes censura a distinção estabelecida pela doutrina entre o direito à intimidade e à vida privada, empregando os vocábulos de forma indistinta. As palavras de Cifuentes, mesmo considerando os que consentem quanto à autonomia dos institutos, revelam que essa diferenciação não é pujante, advertindo que ela apenas se justificaria perante ordenamentos jurídicos que assumissem tal distinção, citando o exemplo do ordenamento constitucional francês.⁹⁸

Quiçá o grande embaraço criado pela doutrina e jurisprudência pátrias em reconhecer a autonomia desses institutos esteja na grande influência que o direito norte-americano produziu – a ainda continua a produzir, porquanto em terras estadunidenses a intimidade e a

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 35-36.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 11-12.

⁹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 112.

⁹⁸ CIFUENTES SANTOS. *Derechos personalísimos*. 2. ed. actual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 547-548.

vida privada estão, ambas, açambarcadas pelo *right of privacy*, como conceito guarda-chuva⁹⁹ que abriga diversos direitos, de modo que não se fincou dessemelhanças entre esses dois institutos.¹⁰⁰ Na mesma toada, países como Itália e Inglaterra não concebem a diferenciação entre a intimidade e vida privada¹⁰¹, sendo que a primeira acaba por englobar a segunda.

Maxima vênia, não compartilhamos da compreensão de indissolubilidade dos direitos à intimidade e à vida privada.

A intimidade contempla aquilo que há de mais recôndito no ser humano, dela estando excluídos o público em geral e, até mesmo, integrantes do seio familiar. É o espaço dos segredos, o âmbito exclusivo do indivíduo cujo acesso somente é possível mediante exteriorização e consenso. A intimidade, derivada do latim *intimus*, esta agregada a ideia de segredo e confiança, decorrendo disso a utilização das expressões *amici intimi* (amigos íntimos) e *intima militia* (amizade íntima).¹⁰²

Por outro lado, tem maior amplitude o círculo da vida privada, considerando o indivíduo em suas relações sociais, profissionais e familiares. A vida financeira, relações de amizade, vida familiar e afetiva. Tudo isso está contido na vida privada. E a relação de proteção se apresenta de forma inversamente proporcional. É dizer, quanto menor a esfera privada, maior é intensidade da proteção que deve incidir.

Quanto à distinção entre intimidade e vida privada, José Adércio Leite Sampaio¹⁰³ pontua que:

Verificamos que, sem embrago do sentido de “recôndito” ou “escondido”, intimidade traz em sua raiz um conteúdo intersubjetivo, relacional, de “proximidade”, “confidência” e “amizade”. Já vida privada parece significar algo isolado, distante, solitário [...].

A desigualdade entre o direito à intimidade e à vida privada pode ser explicada, de forma inaugural, através da representação de esferas concêntricas, de diâmetros progressivamente menores, na medida em que se restringe a intimidade.¹⁰⁴ O círculo externo

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 676.

¹⁰⁰ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 865.

¹⁰¹ DOTTE, *op. cit.*, 1980, p. 67.

¹⁰² SAMPAIO, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰³ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.* .

¹⁰⁴ A teoria germânica dos círculos concêntricos foi desenvolvida por Heinrich Henkel. Para ele, a vida privada do indivíduo poderia ser representada através de esferas que partiriam de um centro em comum, numa relação de conteúdo e continente. Assim, teríamos a vida privada em uma camada mais externa, alcançando comportamentos que o indivíduo quer permaneçam desconhecidos do público e pessoas alheias ao núcleo social. Na esfera intermediária residiria a intimidade, cujo conhecimento e acesso apenas são patenteados as pessoas que detenham intimidade. O menor círculo é o do segredo, abrangendo a zona mais exclusiva do sujeito, cujo compartilhamento é permitido a pessoas restritas ou, muitas vezes, a ninguém, mesmo os mais

compreenderia a vida privada. Já a intimidade estaria englobada pela esfera mais interior, contida pelo círculo da vida privada.¹⁰⁵

Ao correlacionar essas esferas, Paulo José da Costa Júnior¹⁰⁶ faz uma advertência bastante importante quanto à flexibilidade e à elasticidade das linhas limítrofes dessas esferas concêntricas, na medida em que a maior ou menor amplitude da vida privada e da intimidade poderá depender até mesmo da categoria social em que o indivíduo se encontra inserido. Com efeito, retrata o citado autor que:

Certamente, as barras divisórias das esferas da vida privada não deverão ser rígidas e sim, pelo contrário, flexíveis, elásticas. Dêse modo, a sua maior ou menor amplitude poderá depender da categoria social à qual pertençam os respectivos titulares. Se, *verbi gratia*, o indivíduo integrar uma categoria social de tradições particularmente austeras, será fatalmente levado a ampliar a esfera dos fatos privados. Se, ao invés, fizer parte de uma categoria destituída de tradições, poderá inclusive, alegrar-se com a publicidade que venham a dar os seus episódios íntimos. O diâmetro da vida particular depende, portanto, do modo de ser do indivíduo que a ela se integra. Varia conforme o *status* do indivíduo, que é a forma pela qual êle se insere no grupamento social.¹⁰⁷

Nessa toada, todo indivíduo que se expõe publicamente – quer voluntária ou involuntariamente – se despoja, enquanto perdurar a sua notória posição, de parte de sua esfera exterior (a vida privada), mantendo resguardada, entretanto, a sua esfera da intimidade.

René Ariel Dotti adota a ideia de que a vida privada contém a intimidade, sendo esta caracterizada como direito de ser deixado só, esfera secreta da vida do indivíduo na qual ele tem o poder legal de evitar os demais.¹⁰⁸ Dotti indica que a vida privada se circunscreve como “[...] o direito que pessoa humana pode reivindicar para não ser absorvida pela massa” e a intimidade estaria sedimentada na ideia de “zona reservada” e círculo de sentimentos, cujo acesso de outras pessoas só é possível caso haja consentimento.¹⁰⁹

Demonstrando a existência de diferença, José Afonso da Silva indica que a intimidade consubstanciar-se-ia no modo de ser da pessoa que provoca a exclusão do

íntimos. (COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 31-33).

¹⁰⁵ Pode-se sustentar, ainda, a existência de círculo ainda mais interno que compreende a esfera do segredo, que compreende porção da vida do indivíduo que não é compartilhada – muitas vezes, nem mesmo com familiares. Nessa situação, a intimidade abarcaria situações que são compartilhadas no âmbito familiar ou com pessoas que o indivíduo deposita certa confiança, excluindo-se o público em geral e outras pessoas privadas de acesso a essa esfera. Nesse propósito, conferir Paulo José da Costa Jr. (COSTA JR, *op. cit.*, 1970, p. 32)

¹⁰⁶ COSTA JR, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 33-34.

¹⁰⁸ DOTTI, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁹ DOTTI, *op. cit.*, *loc. cit.*

conhecimento por outras, englobando, inclusive, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional.¹¹⁰ Noutra banda, a vida privada estaria jungida à “vida interior” do indivíduo, em oposição a sua vida exterior. A vida interior se restringiria à que se debruça sobre a pessoa, os membros de sua família e seus amigos. Aqui residiria a ideia de vida privada. Já a vida exterior abarcaria a pessoa em suas relações sociais e nas atividades públicas, o que permitiria a sua divulgação e publicidade.¹¹¹ Para José Afonso da Silva, a proteção deferida à vida privada considera a proibição de divulgação e investigação de fatos relativos à vida pessoal ou familiar, além da conservação de documentos atinentes ao indivíduo que tenham sido acessados de forma ilícita.¹¹²

André Ramos Tavares¹¹³ destaca a diferenciação entre a intimidade e a vida privada, aclarando que:

[...] a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização.

Manoel Jorge e Silva Neto enfatiza a diferenciação entre os institutos fundamentais da intimidade e vida privada, rechaçando a possibilidade de equivalência entre eles. Com efeito, explana o citado constitucionalista:

[...] no domínio das relações sociais, há um campo de ação do sujeito cuja conduta é invariavelmente examinada pela comunidade, seja para enaltecê-la, seja para reprová-la.

Tais atitudes podem ser incluídas no âmbito da *vida pública* do indivíduo. Noutro campo, bem mais restrito, encontramos o indivíduo-pai, o indivíduo-filho, filha, esposa, marido, as atividades profissionais, a situação financeira de cada uma e as relações de amizade. Neste contexto situaríamos o direito à *vida privada*.

Intimidade e segredo pessoal. Não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a intimidade corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, doenças, aventuras amorosas, até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos. Cogitando-se do direito à intimidade, menciona-se a porção mais escondida da individualidade da pessoa. Logo, tudo que puder ser mantido na esfera do segredo pessoal é tutelado pelo direito à intimidade.¹¹⁴

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211.

¹¹¹ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

¹¹² *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

¹¹³ TAVARES, *op. cit.*, p. 676.

¹¹⁴ SILVA NETO, *op. cit.*, 2018, p. 865-866.

Dito isto, não podem remanescer hesitações relacionadas à autonomia dos dois institutos tratados de forma específica por nosso texto constitucional. Pensamento contrário leva à negação da máxima efetividade das normas fincadas no bojo da Carta Magna, que, como já alinhavado, compele a leitura das normas fundamentais, intencionando extrair delas a maior operatividade possível.

4.2.3 Distinções no direito estrangeiro

As distinções entre intimidade e vida privada também são verificadas no estudo do direito estrangeiro. No Direito europeu, extraímos a expressão “direito ao respeito da vida privada” que açambarca o direito de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de comunicações em geral, além de vincular-se à proteção dos dados pessoais.¹¹⁵

Encontramos na França, de forma específica no artigo 9º do seu Código Civil¹¹⁶, a distinção entre o direito ao respeito da vida privada (*droit au respect de sa vie privée*) e o direito da intimidade da vida privada (*intimité de la vie privée*). Esse dispositivo do Código Civil Francês confere aos magistrados todo tipo de medida para impedir o ataque a essa intimidade da vida privada. Adotando a mesma nomenclatura, o código de processo civil francês vale-se, em seu artigo 435¹¹⁷, da expressão *intimité de la vie privée*, ao permitir a realização de atos processuais que atentem contra a intimidade da vida privada (*une atteinte à l'intimité de la vie privée*).

Essa intimidade da vida privada é delimitada pelo nível mais profundo de sua vida psíquica, mantida escondida, seara da vida impenetrável à observação externa. Protege o sujeito pelas intromissões intoleráveis que afetam aspectos particulares do corpo, como a

¹¹⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 271.

¹¹⁶ Com efeito, assim dispõe o artigo 9º do código civil francês: Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. (Tradução nossa: Cada um tem o direito a que se respeite a sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação pelos danos causados, prescrever toda a classe de medidas, tais como sequestro, embargo e demais, próprias para impedir ou cessar o ataque à intimidade da vida privada; em caso de necessidade, estas medidas podem ordenar-se por procedimento de urgência). FRANCE. *Code Civil*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20181207>.

¹¹⁷ Code de Procedure Civile Français - Article 435: Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. (O juiz pode decidir que os debates ocorrerão ou continuarão na Câmara do Conselho se deve resultar da sua publicidade uma invasão da privacidade da privacidade, ou se todas as partes o solicitarem, ou se ocorrerem distúrbios susceptíveis de perturbar a serenidade da justiça).

realização de publicidade da fotografia de uma pessoa em seu leito de morte, a vida amorosa e sentimental do indivíduo.¹¹⁸

Nos sistemas jurídicos de língua espanhola, apesar de algumas divergências existentes na doutrina¹¹⁹, têm-se que as acepções de vida privada e intimidade não conduzem à distinção relevante do ponto de vista operacional¹²⁰, de modo que ambas seriam faces da mesma moeda. O argentino Ricardo Luiz Lorenzetti¹²¹ se vale da teoria das esferas para analisar a intimidade, porém, trata como sinônimas as expressões intimidade e vida privada.

O Direito alemão, por sua vez, sedimenta um direito geral da personalidade, que se circunscreve por diferentes direitos mais sensíveis, a exemplo da esfera privada e íntima, da honra, do prestígio social, a imagem, além de tantos outros. Tem-se, portanto, que esse direito geral de personalidade tutela múltiplos bens e situações jurídicas.

Por fim, os sistemas jurídicos de língua inglesa, em especial o direito estadunidense, valem-se da expressão *right to privacy*, remetendo a tutela do direito de ser deixado só. Noutra quadra, o termo *intimacy* aponta para a noção de situações vinculadas às relações íntimas intersubjetivas, notadamente as de natureza sexual.

4.2.4 Titularidade do direito à intimidade por pessoas jurídicas

Até a primeira guerra mundial, o pensamento jurídico era formado por uma visão completamente atomista, é dizer, os direitos fundamentais tinham por seus destinatários apenas os indivíduos, não alcançando formações sociais^{122,123} já presentes e reconhecidas na sociedade, inclusive quanto às pessoas jurídicas.

Todavia, à medida que a complexidade das relações sociais ganhava espaço na sociedade, o Direito, desconstituído de caráter definitivo e imutável, respondia com adaptações e “novos direitos”, de modo que as Constituições de diversos países já começavam

¹¹⁸ SAMPAIO, *op.cit.*, p. 273.

¹¹⁹ No mesmo sentido: Ferreira Rubio. *El derecho a la intimidad: análisis del art. 1071 Bis del Código Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982. Frederico de Castro y Bravo expressa que a intimidade estaria contida em um âmbito mais restrito da vida privada, tornando visível o surgimento de uma zona pública, uma zona privada e uma esfera secreta ou confidencial. A primeira vincularia a atuação do homem público. Na segunda zona estariam os atos dos homens não públicos ou públicos, porém naquilo que não se atrelar a sua atuação como tal. Por fim, a última, a esfera secreta ou confidencial, aglutina o que se pretende ocultar da bisbilhotice alheia. (CASTRO Y BRAVO, Frederico de. Los llamados derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1237-1275, Oct./Nov.1959).

¹²⁰ SAMPAIO, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 492.

¹²² SAMPAIO, *op. cit.*, p. 214.

¹²³ As formações sociais devem ser entendidas como toda entidade metaindividual de base associativa, voluntária ou necessária ou com elementos comuns e as corporações ou instituições com ou sem personalidade jurídica

a contemplar certas garantias às formações sociais.¹²⁴ Assim, aos poucos, reconheceu-se a necessidade de que alguns direitos fundamentais protegessem grupos sociais. Contudo, isso não pode levar a imaginar que a maior amplitude eficaz de alguns desses direitos fundamentais para abarcar esses agrupamentos já seria suficiente para aplacar maiores discussões sobre a proteção que outros direitos fundamentais pudessem conferir às formações sociais, pois a análise sobre titularidade das pessoas jurídicas ainda fomenta bastante debate.

Na análise desse aspecto dos destinatários do direito à intimidade, Rene Ariel Dotti ensina que, conquanto os entes coletivos sejam sujeitos de alguns direitos vinculados à personalidade, a exemplo da imagem e do nome, o mesmo não ocorria com o direito fundamental à vida privada, pois esses direitos estão circunscritos a manifestação do corpo, da mente e do espírito.¹²⁵ Na mesma toada, Adriano De Cupis¹²⁶ reconhece que os entes coletivos são titulares ativos de direito da personalidade, mas pontua que nem todos esses direitos são a eles estendidos.

Avançando no exame da titularidade do direito à intimidade e à vida privada pelas pessoas jurídicas, José Adércio Leite Sampaio defende que o reconhecimento desses direitos aos entes coletivos não se resume apenas a uma questão de ordem dogmática, mas, também, de viés de prática jurídica e negocial. Nesse sentido, expõe o mencionado autor:

Ora, há de se tomar a pessoa jurídica como um ser que possui um corpo e um mente, não propriamente em sentido físico, mas operacional, administrativo e jurídico. Sua compreensão envolve o equilíbrio e a adaptação do pensamento aos seus contextos e possibilidades fáticas. É de se considerar, por exemplo, que embora a personalidade humana não se dissolva, a personalidade da pessoa jurídica pode sofrer mutações: absorções, incorporações, fusões. Sem embargo, não se pode privá-la, por isso, de uma proteção deferida às pessoas físicas. A adaptação do conceito e de sua extensão são exigências não apenas de ordem dogmática, mas sobretudo da prática jurídica e dos negócios. Os chamados “segredos industriais” são manifestações do direito de propriedade? São, mas não deixam também de refletir um certo sentido de intimidade, de contenção de informações, que dizem respeito à vida privada da empresa [...].¹²⁷

Destacadas as vênias aos que enxergam a contenção da titularidade da intimidade e vida privada às pessoas jurídicas, temos que esses entes coletivos, da mesma forma que são reconhecidamente destinatários do direito ao nome e, inclusive, da honra, podem ter tutelada a sua intimidade e sua vida privada.

¹²⁴ A Constituição italiana traz, em seu artigo 29, o reconhecimento o direito da família como sociedade natural fundada no matrimônio. *Art. 29. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.*”

¹²⁵ DOTTI, *op. cit.*, p. 94-95.

¹²⁶ DE CUPIS, *op. cit.*, 2004. p. 46.

¹²⁷ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 219.

Fica demonstrado, portanto, que o direito à intimidade e à vida privada há tempos se apresenta como direito fundamental não mais associado a outros direitos, como o direito de propriedade, sigilo de correspondência ou de inviolabilidade de domicílio. Já não resta dúvida quanto à autonomia adquirida por esses direitos. Além do mais, a Constituição brasileira não procedeu à equiparação semântica entre a intimidade e a vida privada, o que se justificaria sob o aspecto de se conferir maior efetividade a esses direitos.

5 DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

O direito à intimidade e à vida privada já encontram indiscutível assento na posição de garantidores da preservação da personalidade humana, sendo esta corolário primordial à realização da dignidade humana.

Bobbio já destacou que muitos direitos fundamentais já não enfrentam mais o problema de justificação, mas de transposição da barreira de sua proteção.¹²⁸ Contudo, a compreensão do jurista italiano nos permitiria, por todos os caminhos, imputar completa fundamentação aos direitos à intimidade e à vida privada? Esse é um questionamento que postula olhar agudizado da posição assumida pelos direitos fundamentais.

Se não há dúvida que os direitos fundamentais – em especial os direitos marcados pelo signo da individualidade – já apresentam densidade de justificativas que nos permitiriam responder afirmativamente ao questionamento lançado em linhas imediatamente anteriores, por outro ângulo, a realidade circundante depõe contra essa completa justificação, quando pensamos que esses mesmos direitos se transmudam para dimensão que sobeja aos limites individuais.

Isso se explica porque a coletivização dos “direitos” está arraigada ao surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, a qual instaurou o surgimento dos interesses metaindividuais.¹²⁹ Contudo, se indiscutível a supraindividualidade dos direitos fundamentais nascidos nessa terceira geração, a realidade social tem nos alertado para o fato de que alguns direitos individuais – cujo berço é a primeira geração de direitos – também revelam uma dimensão metaindividual e clama por maior atenção por aqueles que se prestam a investigar a eficácia desses direitos.

De fato, as transformações ocorridas no núcleo social oriundas da explosão demográfica e do aumento vertiginoso das relações de consumo foram o estopim para a eclosão das lesões massivas. Esse novo quadro revelou – e continua a revelar – que mesmos os direitos vistos apenas sob a ótica individual podem ser vilipendiados de modo amplo e provocar lesões que, em muitas vezes, a reparação pelos instrumentos individuais dispostos ao

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

¹²⁹ Daniel Sarmiento já registra que a preocupação com esses direitos que transbordam a esfera de individualidade foi apreendida pelo sistema jurídico, levando a inserção desses direitos de terceira geração no ordenamento. De fato, quanto a esta preocupação, pontuou o autor que “[...] esta preocupação com a proteção de bens materiais e imateriais insuscetíveis de apropriação individual infiltrou-se no universo jurídico, dando origem ao nascimento dos chamados direitos de 3ª geração”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 362).

cidadão não seriam eficazes à preservação do direito. Em síntese, os direitos individuais, diante das lesões massivas suportadas, passaram a assumir dimensão transindividual.

Àqueles que possam despertar dúvida quanto a essa avaliação metaindividual de direitos, antes atrelados à esfera estritamente individual, basta voltar os olhos para as inúmeras agressões e lesões direcionadas às garantias dos consumidores, especialmente no que tange à preservação de sua intimidade e sua vida privada. A dilaceração da intimidade e a desproteção concernente à divulgação e transmissão de dados dos consumidores revelam a necessidade de reconhecer a dimensão metaindividual desses interesses, como caminho eficaz na busca de efetiva proteção. Não custa lembrar que em tempos bastante próximos o processo – visto como ferramenta concretizadora dos direitos – era voltado à proteção apenas de direitos individuais, o que acabava por inviabilizar qualquer tentativa eficaz de proteção desses direitos.

Edis Milaré, com acuidade, apontou as mudanças enfrentadas na contemporaneidade e que deram origem à sociedade de massa:

(a) milenar sociedade humana foi palco, em poucas décadas e em todos os seus setores - social, econômico, político -, de profundas e muitas vezes alarmantes transformações, das quais emergiu a sociedade contemporânea. Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais. Numa sociedade como essa - uma sociedade de massa - há que existir igualmente um processo, civil de massa.¹³⁰

Sem dúvida que novos direitos advieram das inovações políticas, sociais, econômicas e, principalmente, as de ordem tecnológica. Mesmo os direitos que já se encontravam estabelecidos e com limites definidos no nosso ordenamento começam a reclamar a sua releitura. Esse reclame se agudiza ainda mais quando a revisitação recai sobre direitos que concretizam a proteção da personalidade humana. Se o surgimento da fotografia foi o ponto de partida para o vertiginoso incremento de agressões contra a intimidade e a vida privada do ser humano, a incessante propagação e expansão de novas tecnologias permitiu inadvertidamente maior intromissão por pessoas não autorizadas e indesejadas no círculo íntimo de cada indivíduo.

¹³⁰ MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3.

Por tudo isso, é premente a necessidade de se justificar o direito individual à intimidade e à vida privada como interesses transindividuais, com o escopo de buscar o real acesso à justiça e a efetiva proteção e concretização desses interesses.

5.1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A constatação da violação de interesses que transbordam da esfera individual do sujeito de direito, atingindo significativa quantidade de pessoas ou até mesmo quantidade não mensurável, fez que com que os operadores do direito e o sistema jurídico voltassem suas atenções para o estudo desses interesses, especialmente quando a sociedade contemporânea é marcada pelo consumo e por conflitos não mais adstritos a órbita individual. Assim, o estudo dos interesses transindividuais é condição inescapável para o correto tratamento dos problemas que despontam das relações sociais.

5.1.1 Generalidades e conceito

Como já propalado, a Revolução Francesa causou extremo impacto nos sistemas jurídicos ao influenciar no reconhecimento de direitos inicialmente vistos como de natureza individual e, também, na construção de um aparato processual voltado para a defesa desses direitos. É dizer, material e processualmente, a visão individualista impregnava todos os sistemas jurídicos e o acesso à justiça era realizado pelo simples fato de possibilitar a qualquer indivíduo a proposição de demandas, em face da violação ao seu direito.

Não é por menos, dentro desse ideário implementado com a revolução, que emergem os direitos fundamentais de primeira geração que carregam o traço do individualismo e, exigem, por caminho lógico, a construção de sistemas voltados para a sua proteção.

No caminhar histórico, o desabrochar do Estado Social, promovido pelo aprofundamento das diferenças sociais, atraiu o surgimento dos direitos de segunda geração (direitos sociais, a exemplo do direito ao trabalho, direito a lazer, direito à seguridade e outros). Mais a frente, o aumento do consumo e as lesões massivas provocaram o nascimento dos direitos de terceira geração, despidos de natureza individualista, com destinatários indeterminados; direitos voltados à proteção da coletividade, de natureza difusa.

Por isso, a partir da Revolução Técnica – e, acentua-se, com o surgimento do Estado Social de Direito – ganham espaço plexo de interesses que transbordam a esfera individual do

ser humano¹³¹, exigindo do legislador o acordar para os problemas apresentados pelos interesses metaindividuais. Nos mais variados campos das relações sociais, interesses são vilipendiados de forma tão massiva e abrangente, o que torna impossível identifica-se aqueles agredidos pela conduta lesiva.¹³²

Além de sublinhar os reflexos da produção industrial na sociedade, Manoel Jorge e Silva Neto denunciou a explosão do consumo como responsável pelo surgimento de conflitos não cogitados pela posição liberal-individualista, assim entoando:

[...] a partir da Revolução Técnica [...] é que a sociedade contemporânea passou a conviver com problemas não circunscritos apenas ao campo do interesse do indivíduo considerado isoladamente; pelo contrário, a explosão do consumo atizada a partir do incremento da produção industrial trouxe reflexos que, se, de um lado, proporcionaram um pouco mais de conforto ao homem, por outro, infelizmente, ocasionaram insidioso recrudescimento na quantidade e variedade de formas de agressão ao meio ambiente, aos consumidores, aos trabalhadores.

Por tais razões, além da dimensão individual/privatística clássica, passou o indivíduo a ser tratado pelos sistemas do direito positivo como ente integrado à coletividade. Não se quer com isto dizer que somente a partir do aparecimento do fenômeno chamado “sociedade de massa” é que o direito admitiu a natureza gregária do ser humano. Não. Simplesmente a explosão do consumo fez eclodir, incontinenti, conflitos tampouco imaginados pelos ordenamentos jurídicos criados à imagem e semelhança do pensamento liberal burguês.¹³³

Em mesma sintonia, Ronaldo Lima dos Santos evidenciou que os interesses transindividuais entraram em cena no seio dessa sociedade moderna e suas complexidades, destacando que:

O desenfreado crescimento industrial, com o surgimento de grandes conglomerados econômicos, aliado ao desenvolvimento urbano acelerado e à intervenção do Estado em diversos setores da sociedade, com intervenções econômicas, ambientais, políticas e sociais, com a realização de atos públicos e privados de grandes repercussões na sociedade, credenciou a violação reiterada de interesses ou bens coletivos, cuja transgressão outrora não ocorria com o grau de intensidade com que verificamos na atual e complexa sociedade, e que, por isso, até então não mereciam maiores preocupações (patrimônio cultural, artístico, e paisagístico, meio ambiente), mas que se notabilizaram por causarem impactos concomitantes na vida de diversas pessoas, coletividades, comunidades, sociedades e da humanidade como um

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 356.

¹³² Não deixamos de reconhecer que a existência dos interesses metaindividuais nasce muito antes dos acontecimentos históricos aqui destacados, cabendo-nos remeter a sua origem ao momento em que o homem passa a conviver socialmente. O que se propõe é a afirmação de que tais direitos apenas ganham reconhecimento e espaço na sociedade moderna. Neste aspecto, cf.: TAVARES, *op. cit.*, 2012. p. 892.

¹³³ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 29.

todo (destruição da camada de ozônio, do patrimônio histórico e cultural, da diversidade da fauna e da flora).¹³⁴

Além disso, esse novo arranjo de coletivização dos direitos não se fez acompanhar, *pari passu*, da coletivização processual, agravando, ainda mais, o já tão complexo problema do acesso à Justiça. Por isso, imperiosa a justificação e confirmação desses direitos como interesses metaindividuais sob as lentes dos fundamentos e valor-fonte (dignidade da pessoa humana) erigidos pela Constituição Federal, a fim de se obter a efetiva proteção dos direitos à intimidade e à vida privada não mais sob a ótica individual, mas na condição de interesses transindividuais.

Na década de 1970, o estudo promovido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³⁵ foi responsável por reconhecer a existência desses interesses metaindividuais, revelando que eles desafiavam toda a estrutura processual existente, voltada para a tentativa solução de litígios calcadas na polarização entre o direito individual e o direito público. O processo civil pensado em sua concepção original encontrava-se estruturado para solucionar controvérsias entre particulares, não cedendo espaço à proteção de interesses cuja titularidade fosse atribuída à coletividade.¹³⁶

E finalmente, qual o conceito que se pode tentar conceber para os interesses transindividuais?

A categoria¹³⁷ dos interesses transindividuais engloba aqueles que ultrapassam a órbita individual do sujeito de direito, cuja lesão alcança número notável de pessoas¹³⁸, inclusive autorizando-se enxergar que, em determinadas circunstâncias, haverá interesses de natureza supraindividual cuja ofensa pode até mesmo redundar no atingimento de toda a humanidade.¹³⁹

Ronaldo de Lima Santos também se propõe a conceituar os interesses transindividuais nas seguintes palavras:

Envolvem interesses de coletividades inteiras, formadas pelos mais diversos tipos de liames fáticos ou jurídicos, os quais lhe concedem uma certa

¹³⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 56-57.

¹³⁵ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 49-50.

¹³⁷ Explica Edvaldo Brito que categoria é um conceito básico que contempla outros. Desse conceito básico irá se deduzir outros conceitos que se encontrarão a ele subordinados. (BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p. 28)

¹³⁸ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 29.

¹³⁹ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

definição social, com distinção dos clássicos interesses meramente individuais. São causa e efeito de condutas danosas que afetam direitos e interesses de grupos, categoriais, classes de indivíduos, comunidades e da humanidade globalmente considerados.¹⁴⁰

Esse mesmo autor, também traz a seguinte definição, destacando as nomenclaturas utilizadas para se apontar os interesses que transbordam da esfera da individualidade, ao afirmar que:

‘Metaindividual’, ‘transindividual’, ‘supraindividual’, ‘sobreindividual’ são expressões que, no campo jurídico, especificamente na temática do nosso trabalho, são utilizadas para designar direitos e interesses que ultrapassam o círculo jurídico de um indivíduo, correspondendo a direitos de toda uma coletividade, categoria, classe, comunidade ou grupo de pessoas. O Código de Defesa do Consumidor adotou a tripartição dos interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁴¹

André Ramos Tavares assim sintetiza os interesses metaindividuais:

Fala-se em interesses metaindividuais ou transindividuais para significar aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que o titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil.

Essa categoria de interesses situa-se numa faixa intermediária entre os clássicos direitos individuais, de um lado, e o direito público, de outro. Poder-se-ia denominá-los, igualmente, interesses coletivo *lato sensu*.¹⁴²

Percebe-se que os interesses metaindividuais estão desvinculados daquela acepção de direitos de cunho individual consagrados pelo liberalismo, evidenciando a possibilidade de lesões afetarem uma coletividade. Ademais, alguns autores já anunciaram que os interesses transindividuais são compostos de espécies distintas, que merecem análise um pouco mais agudizada.

É o que nos propomos a fazer doravante.

¹⁴⁰ SANTOS, *op. cit.*, p. 58-59.

¹⁴¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na justiça do trabalho: da substituição processual a sentença genérica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 41, 2012, nota 3, p. 79. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+41-2012.pdf/b714a724-19ce-4d5c-b879-b2de5108e09e>. Acesso em: 22 jul. 2018.

¹⁴² TAVARES, *op. cit.*, p. 891.

5.1.2 Código de defesa do consumidor e a tipologia dos interesses transindividuais

Para além das justificativas de matiz dogmáticas, a preferência concedida ao termo “interesses” foi estampada no *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) – Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990. Muito mais do que indicar a terminologia eleita, o CDC adotou a tripartição dos interesses transindividuais, estabelecendo a seguinte segmentação tipológica: interesses coletivos, interesses difusos e interesses individuais homogêneos. Essa será a classificação adotada nessa investigação.

5.1.2.1 Interesses difusos

Em seu artigo 81, parágrafo único, I, o Código de Defesa do Consumidor cuidou de reputar como interesses difusos todos os transindividuais, de natureza indivisível, que tenham por titulares pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato. Trata-se da primeira espécie do gênero transindividuais e que merece um pouco mais de atenção em virtude de algumas especificidades que apresenta.

Como visto, os interesses difusos, mais do que se desvincular da esfera individual dos sujeitos, possuem em sua amplitude característica de destaque, podendo-se, como já sobredito, considerar o alcance até mesmo de toda a humanidade. Mais do que isso, a indivisibilidade desse interesse faz com que ele seja considerado como um todo, impossibilitando o seu fracionamento, razão pela qual não se pode destacar a uma pessoa individualmente considerada a titularidade para reparação da lesão ao interesse.

Extraí-se ainda do conceito oriundo do CDC que os interesses transindividuais não permitem a identificação de seus destinatários, que seriam pessoas indeterminadas. Dessa forma, havendo violação a interesse difuso, torna-se obscura e imprestável a tentativa de se buscar indicar os sujeitos lesados, que estariam atrelados por circunstâncias de fato, sem qualquer vínculo comum de natureza jurídica. É o que acontece quando temos a prática de propaganda abusiva ou enganosa, quer seja ela veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada.

Por isso, a assimilação do interesse difuso passa pela presença das características da i) transindividualidade; ii) indeterminabilidade dos destinatários; iii) indivisibilidade do objeto; iv) ligação dos sujeitos por circunstâncias de fato. Rodolfo de Camargo Mancuso, mais do que reconhecer essas características, propõe a adição de mais duas outras, quais

sejam: v) a intensa litigiosidade interna; e vi) transição no tempo e no espaço (duração efêmera).¹⁴³

A litigiosidade interna dos interesses difusos tem raízes nas modificações implementadas pela Revolução Técnica e que eclodiram na formação da sociedade de massa e nas lesões massivas. Assim, o surgimento dos direitos difusos faz surgir interesses contrapostos, aventados no plano processual como consequência dessas lesões massivas, sendo que esses interesses que colidem assumem condição de igual relevância para toda a comunidade, vez que a nova realidade processual extrapola os limites das questões entrelaçadas a dois particulares ou entre particular e Estado. A conflituosidade interna faz com que as decisões tomadas com o desiderato de solucionar o problema advindo de direitos difusos sejam efetivadas em detrimento dos interesses de outra parte da comunidade. Assim, destaca Celso Ribeiro Bastos:

Os interesses difusos podem, por vezes, opor-se a outros interesses também difusos e não necessariamente a interesses coletivos ou públicos. Veja-se o caso, por exemplo, da construção de um aeroporto para uma cidade. Em regra não se discute a conveniência em si da implantação da estação aeroviária. Esta concordância quanto ao fim não exclui, contudo, a possibilidade de os agrupamentos humanos circundantes à área escolhida procurarem deslocá-la para outro ponto, passando destarte a conflitar com os interesses dos habitantes da nova região cogitada. E assim sucessivamente.¹⁴⁴

E é exatamente esse dilema provocado pela litigiosidade interna que torna propício o ambiente para a politização do Judiciário, porquanto ao juiz caberá, diante da difusividade dos objetos tuteláveis no processo coletivo, proceder à escolha política como lastro de sua atividade decisória.¹⁴⁵

Para clarificar essa litigiosidade interna, valemo-nos do efetivo recurso do exemplo do quanto ocorrido no ano de 2006 no Município de Salvador-BA, diante ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal (MPF) para demolir as barracas de praia localizadas na orla marítima da capital baiana. No caso, o MPF sustenta, dentre outros, a proteção do interesse difuso ao meio-ambiente. Contudo, em contraposição, temos enorme quantidade de postos de trabalho que seriam afetados, caso agasalhada a pretensão do referido Ministério.¹⁴⁶

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-116.

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista do Serviço Público*, ano 39, v. 110, n. 2, abr/jun. 1982. p. 58.

¹⁴⁵ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 34.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Ação civil pública nº 0016416-62.2006.4.01.3300*. Autor: Ministério Público Federal; Réu: Superintendência de Meio Ambiente que tramita na 13ª vara federal da seção judiciária de Salvador.

A efemeridade dos interesses difusos, por seu turno, reflete a possibilidade de seu surgimento e desaparecimento em situações contingenciais, repentinas e imprevisíveis.¹⁴⁷ Por isso, diante da escolha política imposta ao julgador pela proteção de um dos interesses difusos em confronto, não há mais que se falar na preservação daquel'outro interesse não tutelado, naquele momento e espaço. Como assinalou Rodolfo Mancuso, “[...] não exercidos a tempo e na hora, os interesses difusos modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que lhes é subjacente.”¹⁴⁸

5.1.2.2 Interesses coletivos

Os interesses coletivos, igualmente, se põem como espécie dos supraindividuais ao exorbitarem da esfera individual dos sujeitos. A dicção do artigo 81, parágrafo único, II do CDC, revela a sua natureza indivisível, mas sublinha que a titularidade é acometida a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, portanto, determináveis, e que estão vinculadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Não diferente dos interesses difusos, também os coletivos apresentam características que permitem sua melhor identificação e diferenciação dos demais interesses agregados à órbita metaindividual.

Em primeira mão, por estarem inseridos como espécie do gênero supraindividual, também os coletivos se afastam da ótica de “direitos subjetivos” que estabelecem relação individualizada com o sujeito, passando a pertencer a grupo delimitado – algumas vezes extenso – de pessoas. Essa transindividualidade restringe a possibilidade, por exemplo, de estudante de específica escola buscar, de forma individualizada, provimento judicial para obrigar a instituição de ensino a seguir diretrizes estatais obrigatórias de ensino.

Soma-se a esta característica a indivisibilidade do objeto que vem a impossibilitar que a proteção desse interesse ocorra de forma individualizada por um dos sujeitos que compõe a coletividade.¹⁴⁹ Em se tratando de interesses coletivos, essa coletividade é formada por grupo, classe ou categoria, o que revela a determinabilidade daqueles que titularizam o interesse coletivo. O traço da indivisibilidade obstaculiza a cisão do objeto e atribui a legitimidade de sua defesa apenas ao ente coletivo ao qual os sujeitos estão ligados por esta relação jurídica base.

¹⁴⁷ MANCUSO, *op. cit.*, 2011, p. 106.

¹⁴⁸ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴⁹ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 36.

Por último, tem-se que esse grupo, classe ou categoria é composto por indivíduos vinculados por uma relação jurídica-base, uma *affectio societatis*, um liame jurídico que atua como elo agregador das pessoas¹⁵⁰ que, por exemplo, compõe determinado grupo de pessoas (p.ex., contribuintes de determinado município), classe profissional (médicos). Contudo, a completa feição de um interesse coletivo apenas se revela quando essa relação-base é anterior à lesão perpetrada. Havendo determinabilidade do grupo ou classe apenas após a violação ao interesse, sem se constatar vínculo precedente, o interesse vilipendiado é de natureza difusa.

Em desfecho e visando sintetizar os direitos coletivos, de forma precisa, Celso Ribeiro Bastos pontua:

É que os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de sua família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membros de comunidades menores ou grupo intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.¹⁵¹

Mais uma vez, torna-se nítida a associação dos direitos coletivos à existência das lesões massivas que perpetraram violações de direitos de grupo ou comunidade previamente estabelecida. Em se tratando de direito coletivo, a lesão sempre será posterior à formação do grupo, classe ou categoria de pessoas, jamais anterior.

5.1.2.3 Interesses individuais homogêneos

Ao trazer nova espécie de interesses metaindividuais, o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, aponta que interesses ou direitos individuais homogêneos são assim entendidos como aqueles decorrentes de origem comum, cujo nascedouro remonta ao sistema jurídico norte-americano e as *class action for damages* (ações de reparação de danos à coletividade).¹⁵²

¹⁵⁰ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 38.

¹⁵¹ BASTOS, *op. cit.*, 1982, p.57.

¹⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 94.

A inclusão dos interesses individuais homogêneos no nosso ordenamento jurídico está associada à herança das *class action* do direito anglo-saxão, como bem lembrou Antônio Gidi:

[...] na doutrina brasileira a expressão foi utilizada pela primeira e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira, ao se referir despretensiosamente a “feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos”, quando comentava as *class actions for damages* do direito norte-americano.¹⁵³

Esse mesmo autor deixa entrever que os interesses individuais homogêneos seriam uma “ficção jurídica” criada para atender essa necessidade de realização efetiva da Justiça, como bem pontuou:

[...] tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.¹⁵⁴

Mas, se por um lado, o *Código de Defesa do Consumidor* andou bem ao precisar o conteúdo e conceito dos interesses difusos e coletivos, o mesmo não se poderá divulgar quando se trata da abordagem dos interesses individuais homogêneos. Isso porque tratou de forma vaga e imprecisa, acabando por delimitar esses interesses à constatação de uma origem comum. Diante dessa lacuna deixada pelo CDC, coube à doutrina a função de tentar conceituar os interesses individuais homogêneos e delimitar o que seria origem comum.

Manoel Jorge e Silva Neto revela que são individuais homogêneos os interesses metaindividuais vinculados a mesma situação fática, mas que esses interesses são divisíveis, de modo que “[...] torna-se viável a quem foi atingido pelo ato lesivo recorrer ao Poder Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação.”¹⁵⁵

Hugo Nigro Mazilli¹⁵⁶, ao distinguir os interesses difusos dos individuais homogêneos, realça as características desses últimos, ponderando que:

Em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu

¹⁵³ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19, nota 49.

¹⁵⁴ *Id.*, *ibid.* p. 20

¹⁵⁵ SILVA NETO, *op.cit.*, 2001, p. 40.

¹⁵⁶ MAZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo).

A bem da verdade, os interesses individuais homogêneos seriam interesses individuais com caráter coletivo, que diferentemente do que se apresenta nos difusos e coletivos, possui o objeto divisível. A inserção desses interesses no nosso ordenamento possibilitou a defesa processual de interesses individuais que carregam dimensão coletiva¹⁵⁷ que advém exatamente da homogeneidade.¹⁵⁸

Não se pode esquecer que a sociedade moderna experimenta avanços – quiçá inimagináveis – que acabam por reclamar novos arranjos processuais para alcançar efetiva tutela. Por isso, pensou-se na possibilidade de proteger coletivamente interesses que, embora possam ser vistos sob a perspectiva individual, o fato lesivo acaba por provocar consequências em massa.

E o fato lesivo ou a ameaça de lesão é o ponto inaugural dessa origem comum a qual estão atrelados os interesses individuais homogêneos, o que leva à conclusão que a relação jurídica formada entre as partes é *post factum*.¹⁵⁹ Não se trata de relação jurídica anterior – conforme se exige nos direitos coletivos para fins de averiguação da relação base –, mas o liame formado é consequência necessária da ameaça ou concretização da lesão.

Pouco importa para a formação da origem comum que a ameaça de lesão ou sua consumação estejam circunscritas e delimitadas a um mesmo âmbito espacial e temporal. Não se trata de exigência oponível aos interesses individuais homogêneos. Sob esse aspecto, Watanabe destacou que:

A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como

¹⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71.

¹⁵⁸ Ada Pellegrini Grinover e colaboradores (2017) afirma que essa homogeneidade será mais ou menos acentuada a depender se a origem comum (causa) for próxima ou remota. Para exemplificar, destaca que próxima ou imediata poderia ser visualizada em uma situação de queda de avião que tenha vitimado inúmeras pessoas; remota ou mediata, por seu turno, seria ilustrado pelo dano à saúde provocado pela comercialização de um produto potencialmente nocivo. Arremata a autora afirmando que “[...] quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”. (WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 886).

¹⁵⁹ DIDIER JR; ZANETI, *op.cit.*, p. 72.

causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.¹⁶⁰

Nesse particular, pode-se tomar como exemplo de violação a interesse individual homogêneo a previsão de determinada cláusula abusiva nos contratos de consumo ou a venda de produto nocivo à saúde, que seja adquirido por vários consumidores, durante amplo período de tempo e em várias regiões do país. Se ultrapassarmos a esfera das relações de consumo, o campo das relações de trabalho também se apresenta como terreno fértil à mostra de violação de interesses individuais homogêneos, a exemplo da redução de salário desamparado de autorização em acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI da CF/88)¹⁶¹ ou descumprimento generalizado de direito previsto em norma coletiva.¹⁶²

Alguns autores não reconhecem os interesses individuais homogêneos como espécie dos supraindividuais, extraindo-lhes do grupo formado pelos demais interesses metaindividuais. Parte da doutrina subtrai-lhe essa condição muito talvez pela característica da divisibilidade de seu objeto, o que acaba por causar espanto. Mas também há aqueles que têm nos interesses individuais homogêneos, verdadeiro direito subjetivo individual, vistos como direitos individuais acidentalmente coletivos.

Teori Zavascki menciona que “[...] na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.”¹⁶³

Porém, permanece em equívoco aquele que fecha os olhos para a possibilidade de se alicerçar, ainda mais, os interesses individuais homogêneos na categoria de interesses supraindividuais.

Deixar de conferir a esses interesses individuais homogêneos à natureza de interesse metaindividual poderia, até mesmo, frustrar a tentativa de reparação a dano de interesse individual, oriunda de lesão homogênea, pois, em alguns casos, a lesão provoca danos individualizados tão pequenos que acabaria por desestimular os titulares a promover a

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 886.

¹⁶¹ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 41.

¹⁶² O Judiciário trabalhista foi um dos pioneiros no reconhecimento da proteção dos interesses individuais homogêneos, permitindo-se a tutela conjunta de direitos individuais através da ação de cumprimento movida pelos Sindicatos. Nesse sentido, conferir: SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na justiça do trabalho: da substituição processual a sentença genérica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, N. 41, 2012, p. 78. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+41-2012.pdf/b714a724-19ce-4d5c-b879-b2de5108e09e>. Acesso em: 22 jul. 2018.

¹⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva dos direitos*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p. 42. Acesso em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>.

reparação ao dano¹⁶⁴, pois, em muitos casos, poderá inexistir motivação econômica que justifique o ajuizamento de ação individualizada pelos lesados.

Com todas as vênias, a origem comum atribuída aos interesses individuais homogêneos permite estabelecer certo distanciamento dos direitos meramente individuais, já que a lesão suportada por todos os destinatários nasceu do mesmo fato, estabelecendo condições de semelhança, criando-se homogeneidade e uniformidade. É exatamente essa homogeneidade que permite a condução processual coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Ronaldo Lima dos Santos alude a esta distinção:

Os interesses individuais homogêneos distinguem-se dos meramente individuais em virtude da origem comum, isto é, um fato jurídico que atinge diversos indivíduos concomitantemente e os coloca em situação assemelhada, propiciando o tratamento uniforme das várias relações jurídicas que se formam em torno da mesma situação.¹⁶⁵

O pleno do STF no julgamento do RE nº 163231-3/SP, com relatoria do Ministro Maurício Corrêa, assentou a inclusão dos interesses individuais homogêneos como categoria dos interesses supraindividuais. Na ementa daquele RE foi assinalado que “[...] 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.”¹⁶⁶

A concepção dos interesses individuais homogêneos como metaindividuais retrata, perfeitamente, a possibilidade de se buscar a tutela efetiva de direitos pertencentes a determinado grupo de vítimas das lesões praticadas por outrem. Perdura em equívoco o pensamento de que os interesses individuais homogêneos seriam, nada mais nada menos, do que a junção de diversos direitos individuais subjetivos.¹⁶⁷ Em se tratando desses interesses, há homogeneidade da pretensão dos sujeitos determinados e ligados pela situação de fato, o que justifica e fundamenta o seu tratamento coletivo.

¹⁶⁴ DIDIER JR.; ZANETI, *op. cit.* . p. 76-77.

¹⁶⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 79

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 163231-3/SP*. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 26/02/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>. Acesso em: 22 jul 2018.

¹⁶⁷ ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114.

5.2 INTERSEÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A leitura antecedente a este item já nos permite apontar interseções e distinções entre os interesses metaindividuais, que residem em tópicos como a fundamentação legal, titularidade, divisibilidade do objeto e elemento de vinculação entre os sujeitos desses interesses.

Elemento comum entre todos os interesses metaindividuais destacados é encontrado em sua fundamentação legal, oriunda do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (inciso I – interesses difusos; inciso II – interesses coletivos; inciso III – interesses individuais homogêneos).

Porém, destacada a base legal como ponto característico comum entre todos os interesses metaindividuais, a delimitação diferenciadora entre eles merece atenção maior para que se permita o correto tratamento jurídico-processual desses interesses.

O primeiro destaque distintivo entre os interesses reside em sua titularidade. Os interesses difusos não nos permitem a identificação de seus titulares. Trata-se de destinatários indeterminados, sem que seja possível individualizá-los, como pode se atestar das situações de publicidade enganosa ou abusiva, cuja prática provocará lesões massivas, que não possibilitam apontar de forma precisa os consumidores, aqueles que foram prejudicados. Os direitos coletivos, por sua vez, carregam indeterminabilidade relativa, é dizer, são determináveis por estarem ligados por relação jurídica base, o que permite a identificação do grupo, da classe ou categoria.

Estabelecendo diferenças entre os interesses difusos e coletivos, Édis Milaré assim se manifesta:

Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil - por se referirem a situações em diversos aspectos análogos - tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos ausente nos interesses difusos.¹⁶⁸

Distintamente, os interesses individuais homogêneos trazem a marca da determinação de seus titulares. Estes são sempre determinados. Temos, a título ilustrativo, a situação em que empresa fornecedora de energia elétrica de Estado da federação inclui

¹⁶⁸ MILARÉ, *op. cit.*, 1990. p. 27-28.

indevidamente nas contas de energia valor de R\$0,50 (cinquenta centavos). Ora, inobstante a possibilidade de tratamento coletivo que se pode dar à questão – em virtude de o ato lesivo ter amplitude coletiva - os titulares do direito à reparabilidade da lesão praticada pela concessionária de energia são cada um de seus consumidores, tornando-os sujeitos determinados.

A característica da (in)divisibilidade do objeto é também marca diferenciadora dos interesses metaindividuais. Porém, a natureza fracionária do objeto apenas acomete os interesses individuais homogêneos, porquanto os seus titulares determinados podem buscar, de forma individualizada, a tutela judicial necessária para fazer sustar a lesão ou ameaça de lesão. O mesmo não se verifica quanto aos interesses difusos e coletivos. Nos primeiros, não se aventuram à tentativa de defesa em sede de ações individuais, pois não é possível identificar os sujeitos titulares, que são, repita-se, indeterminados. *In eodem modo*, os interesses coletivos têm sua titularidade afeta ao grupo, classe ou categoria, corroborando a indivisibilidade desse interesse.

Manoel Jorge e Silva Neto bem tratou da diferença entre estes interesses, no que toca a indivisibilidade:

Quanto à indivisibilidade, é correto concluir que os únicos interesses metaindividuais a admitirem fracionamento – consoante revela o quadro sinóptico – são os individuais homogêneos, isto é, tão-somente eles podem ser protegidos judicialmente através da iniciativa individual. Isto se dá porque os interesses difusos, ao não possibilitarem precisar-se quem é o destinatário, terminam por torna inviável também a sua defesa mediante ação individual; e o mesmo se sucede com os interesses coletivos, cuja proteção somente se efetiva em provimento judicial tutelador de todo o grupo, categoria ou classe de pessoas, para usar a terminologia consagrada no art. 81, parágrafo único, II, do código de Defesa do Consumidor.¹⁶⁹

Por derradeiro, temos no elemento de ligação entre os sujeitos destinatários traço que acude à tentativa de afastamento desses interesses, posto que nos interesses difusos e individuais homogêneos os destinatários são ligados por situação de fato que sucede a lesão. No que tange aos direitos coletivos, o liame é precedente e focado em uma relação jurídica base, que pode ser extraída de membros de um grupo *affectio societatis* ou pela vinculação a parte contrária.¹⁷⁰

¹⁶⁹ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 44.

¹⁷⁰ DIDIER JR.; ZANETI, *op. cit.*, 2016, p. 70.

5.3 AFIRMAÇÃO DA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DOS CONSUMIDORES: UMA FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE

O reconhecimento e a inserção da dimensão transindividual do direito à intimidade e à vida privada não se restringem apenas à proposta de novo enquadramento desses direitos fortemente marcados pelo cunho individualista. Para além disso, afirmar essa dimensão de matiz coletiva (*lato sensu*) aos direitos à intimidade e à vida privada oportuniza mais um caminho à sua plena efetivação e para o acesso à justiça, deixando para trás a compreensão exclusivamente individualista dos direitos.

Poucas são as objeções quanto ao fato de que o caminhar histórico desse propalado acesso à justiça¹⁷¹ foi carimbado apenas por um acesso formal e organizado para atender as necessidades individualistas presentes nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX. O acesso à justiça estava formalizado na possibilidade de propor demandas, porém, essa permissão de acesso cabia apenas àqueles poucos que possuíam condição de suportar os custos judiciais.¹⁷²

Uma nota de advertência merece ser feita: é que os problemas de acesso à justiça fogem da associação exclusiva e particularizada do fenômeno da massificação e da necessidade de acesso coletivo à justiça. Como já tecido em linhas precedentes, essa problemática apenas revelou novos matizes, exigindo que o acesso à justiça apresentasse resposta transindividual a desafios massificados.¹⁷³

É de fácil corroboração que, a despeito da tutela à privacidade estar encravada expressamente no texto constitucional, a investigação do sistema jurídico pátrio revela a insuficiência de instrumentos concretos de efetivação desse interesse, o que por consequência acaba por atingir o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade.

¹⁷¹ Antônio Herman V. Benjamin logrou demonstrar que o acesso à justiça pode se estabelecido em três enfoques distintos: acesso aos Tribunais, acesso a mecanismos de solução e acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável. Assim pontuou o autor: “Quanto à extensão o acesso à justiça pode ser concebido a partir de três enfoques básicos: como acesso à tutela jurisdicional dos direitos (acesso aos Tribunais), acesso à tutela jurisdicional ou não dos direitos (acesso a mecanismos de solução de conflitos) e acesso ao Direito (acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável). Sob o prisma dos objetivos e providências a que visa garantir pode o acesso da justiça ser: preventivo, reparatório ou ressarcitório. Quanto à provocação e quanto à prestação jurisdicional pode ser individual, ou supraindividual, e quanto ao sujeito implementador da mesma judicial, ou extrajudicial.” (BENJAMIM. Antônio Herman de Vasconcelos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*”. Brasília, DF: Biblioteca Digital Jurídica, 1995. p. 7. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>)

¹⁷² CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, 1988. p. 9.

¹⁷³ BENJAMIM. Antônio Herman de Vasconcelos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*”. Brasília, DF: Biblioteca Digital Jurídica, 1995, p. 4. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>)

Concebe-se, assim, que as sociedades industrial e pós-industrial foram responsáveis por aquebrantar a imaginada sintonia entre o direito material e o processo, porquanto os instrumentos processuais existentes foram pensados para proteção e efetivação dos direitos até então reconhecidos – o de índole estritamente individual.

Não pensemos, contudo, que todas essas transformações apenas acometeram o plano processual. Não. A esfera do direito material também foi impactada por todas as repercussões advindas da massificação social. Direito material e direito processual, ambos foram – e continuam sendo – vítima dessa nova conjectura social. Mas, se por um lado as questões atinentes ao direito material tiveram tratamento mais condizente com as demandas que brotavam do seio social, o mesmo não se operou com o acesso à justiça.¹⁷⁴

E essa constatação é facilmente granjeada quando lançamos os olhos para o nosso sistema jurídico e ainda se mostra acesa a contraposição entre o direito material coletivizado e o direito processual individualizado. Se for certo que o Estado de Direito Social representou a saída da posição de inércia para proporcionar prestações positivas – prestigiando os direitos sociais e dando-lhe cunho coletivo –, este mesmo Estado de Direito Social omitiu-se quanto à necessidade de se ampliar no campo processual instrumentos capazes de tutelar os interesses transindividuais e de enfrentar questões processuais tormentosas vinculadas à competência (funcional e material), coisa julgada e legitimação.

Contudo, mantém-se em crasso equívoco aquele que afirma o vácuo total de nosso sistema jurídico quanto a instrumentos processuais propostos à tutela dos interesses transindividuais. Um rápido passar de olhos pela Constituição Federal, ao atribuir as competências do Ministério Público, o artigo 129, III, nos revela e apresenta a ação civil pública como arma processual de defesa dos interesses difusos e coletivos, unindo-se a ela o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), sem olvidar da menção as outras garantias como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo (art. 5º LXX - voltado à tutela dos interesses coletivos) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Extrapolando o campo constitucional, a tentativa de amenizar essa situação de descompasso processual veio com a implementação do Código de Defesa do Consumidor, através da publicação da Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990. O CDC tentou fazer ajustes e correções na esfera processual ao tratar no capítulo II, do Título III, dos instrumentos processuais específicos para se tutelar os interesses metaindividuais, especificamente os interesses individuais homogêneos, através do manejo da ação civil coletiva estampada no

¹⁷⁴ BENJAMIM, *op. cit.*, 1995, p. 4-5.

artigo 91 do CDC, conferindo legitimidade ao Ministério Público, aos entes federativos e às associações, para manejarem ação civil coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos.

Em que pese a honrosa tentativa do legislador em estabelecer no *Código de Processo Civil* algumas medidas compatíveis com a realidade expansiva dos interesses transindividuais, lamentavelmente, um tom de decepção se alastrou no mundo jurídico no que toca ao tratamento dispensado à tutela coletiva, muito porque algumas delas não passaram pelo crivo sancionatório presidencial, como se operou com o artigo 333 do CPC – vetado pela Presidente da República¹⁷⁵ –, que estabelecia a conversão da ação individual em ação coletiva.

Isso não se traduz, todavia, na existência de espaço vazio no CPC quanto à presença de instrumentos vinculados ao ideário de tratamento coletivo de questões que tenham alcance transindividual. É que o *Código de Ritos* implementou algumas ferramentas que, de certo modo, coadunam-se com essa tentativa de resolução de litígios em massa, como se pode mencionar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Muito embora possa haver interseções entre esses institutos tratados pelo CPC/15 e o processo coletivo, não se pode confundi-los. Nota-se, desde logo, que esses instrumentos citados têm finalidade semelhante às ações coletivas que tutelam os interesses individuais homogêneos, quando se comparam os propósitos de obstar a sobrecarga do Poder Judiciário com demandas repetitivas.¹⁷⁶

Mais do que propiciar a correta defesa dos interesses metaindividuais em juízo e buscar a sua real efetividade, a previsão de instrumentos hábeis a tal propósito acaba por evitar a atomização da conflitualidade¹⁷⁷, inundando o poder judiciário com demandas individualizadas, mas cujas pretensões poderiam, em decorrência da lesão massiva provocada, ser avaliadas através de única demanda coletiva.

¹⁷⁵ Sintetizando, o artigo 333 do CPC previa em seu *caput* que presente a relevância social e havendo dificuldade de formação do litisconsórcio, o magistrado poderia converter a ação individual em ação coletiva, quando o objeto da demanda individual tivesse alcance coletivo. A presidente Dilma Rousseff apontou os seguintes fundamentos para o seu veto ao artigo 333 do CPC: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto, manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”.

¹⁷⁶ Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues diferencia as técnicas individuais de repercussão coletiva das técnicas coletivas de repercussão individual. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva X técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI, Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC – Vol. 8 - Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 623-639).

¹⁷⁷ SILVA NETO, *op. cit.*, 2001, p. 63.

Destarte, ululante a obrigação de se refletir e amadurecer a teoria e também os instrumentos de proteção dos interesses transindividuais, em especial, do direito à intimidade e da vida privada, diante da desenfreada expansão tecnológica que eclodiu em curto período de tempo, resvalando e deixando marcas nas relações sociais.

Se é possível constatar que a legislação material e processual avançou de forma significativa no que alude à proteção dos interesses de cariz coletivo, quer através do reconhecimento legal, doutrinário e jurisprudencial dos direitos coletivos (*lato sensu*), quer porque o processo coletivo exige regramento próprio para os seus institutos e a nossa legislação já se adequou a essas necessidades de forma bastante acentuada, certo é que é possível e preciso ir além.

Pensar na coletivização dos direitos é, como já sobredito, propagar amplo acesso à justiça e possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional tão imaginada por todos aqueles que precisam se socorrer do Poder Judiciário. E, para tanto, o exame da transindividualidade dos direitos não pode se restringir apenas aqueles que, por sua natureza, já se mostram essencialmente coletivos.

É possível e já se exige que outros direitos protegidos inicialmente sob o viés individual e com forte carga de direito subjetivos também extrapolem os limites da individualização e sinalizem para a necessidade de tratamento transindividual, como é de ocorrer com o direito à intimidade e à vida privada.

6 DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Já destacado em linhas pretéritas que o exame da transindividualidade dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade não está afeto apenas ao utilitarismo acadêmico. Ao revés, reconhecer que os direitos fundamentais, marcados fortemente pelo signo da individualidade também podem – e devem – ser dimensionados sob a ótica metaindividual é proporcionar-lhes a efetiva proteção reclamada por esses direitos tão caros à sociedade.

Por isso, mais que mera relevância acadêmica, o dimensionamento transindividual dos direitos fundamentais – e aqui em especial o direito à intimidade e à vida privada dos consumidores – possibilita, em verdade, inteira proteção desses direitos, forcejando pelo afastamento de diversas condutas que encerram nítidas agressões a estes direitos fundamentais e que, se examinados sob a ótica restrita da individualização e valendo-se apenas dos instrumentos processuais pensados originariamente para esses direitos, jamais se alcançará a verdadeira proteção que é devida aos direitos fundamentais.

Postas dessa forma, as relações de consumo são campos abertos às mais diversas violações dos direitos fundamentais, cuja efetiva proteção somente será apreendida caso lapidemos tais direitos sob a ótica da supraindividualidade. Basta imaginar os constantes achaques que sofrem os consumidores em relação a sua intimidade e sua vida privada, quando são importunados com ligações indesejadas e não requeridas a fim de oferecer produtos ou serviços. Ou quando seus dados são divulgados ou compartilhados no mercado de consumo, inclusive impedindo a celebração de futuros contratos de consumo. Mais ainda, quando publicidades são direcionadas ao consumidor usuário da rede mundial de computadores por meio de tratamento e análise dos seus dados deixados na Internet.

Enfim, existe plexo significativo de situações que atentam contra direito fundamental do consumidor e que o tratamento individualizado dessas situações termina por desestimular a adoção de medidas pelos consumidores, a fim de salvaguardar esses direitos. E a exata compreensão desse transbordamento do direito à intimidade e à vida privada reverbera na maior efetividade dos direitos fundamentais. Não custa lembrar: o recurso à interpretação que confira maior efetividade aos direitos fundamentais é imposição para fins de solidificação da nossa cultura constitucional.

6.1 A PROTEÇÃO DE DADOS E A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA DOS CONSUMIDORES

A análise sobre os bancos de dados e a proteção que pode ser efetivada quanto à intimidade e à vida privada dos consumidores é demasiadamente relevante para que se possa delinear a dimensão dos problemas que se enfrenta no presente trabalho. Além disso, é preciso frisar que as violações perpetradas à intimidade e à vida privada poderão provocar danos à coletividade de integrantes de determinado banco de dados. O reconhecimento da autodeterminação informativa apresenta nova realidade da intimidade e vida privada dos consumidores, exigindo, por consequência, novo estudo sobre todos os problemas que se originam dessas ao redor da proteção desses direitos fundamentais, inclusive quanto a sua face transindividual. Tem-se, portanto, destacada a importância do exame mais acurado da questão.

6.1.1 Banco de dados e cadastro de consumidores

Em seu consagrado artigo sobre o direito a privacidade, Samuel Warren e Louis Brandeis¹⁷⁸ já reconheciam os problemas decorrentes dessa civilização avançada que colocou o homem em posição ainda mais sensível quanto às publicidades e propagandas do mercado, fazendo com que a solidão, intimidade e vida privada atraíssem a preocupação na sociedade moderna.

Ante a completa massificação das relações de consumo e o ingresso de milhões de pessoas nesse mercado – que não para de se expandir –, tornou-se premente a necessidade de organização e de utilização das informações relativas aos consumidores. Tais informações concernentes aos consumidores, sejam pessoais ou não, desmaterializadas e atualmente em formato digital, é o que se pode chamar de dados.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Assim se manifestaram os citados autores: “The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury.” (WARREN; BRANDEIS, *op.cit.*, p. 196) A intensidade e a complexidade de vida, inerentes à civilização avançada, tornaram necessária alguma retirada do mundo e o homem, sob a refinada influência da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, tanto que a solidão e a privacidade tornaram-se mais essenciais ao indivíduo; mas as novas empresas e invenções têm, através da invasão à sua privacidade, tem lhe sujeitado a sofrimento mental e angústia, muito maiores do que aqueles que poderiam lhe infligir em situações de mera lesões corporais). (tradução nossa)

¹⁷⁹ ACIOLI, Catarine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 132.

Nessa sociedade de consumo, os dados dos consumidores ocuparam espaço relevante nas práticas comerciais, sem olvidar que os recursos tecnológicos e informáticos colocados à disposição dos fornecedores de bens e serviços produziram facilidade no arquivamento, manuseio e utilização das informações vinculadas aos consumidores. Decorre daí, portanto, o surgimento dos denominados arquivos de consumo, gênero que carrega duas espécies distintas, a saber, o banco de dados e os cadastros de consumidores.

Distinção entre banco de dados e cadastro de consumidores. Conquanto o *Código de Defesa do Consumidor* não trate de estabelecer a diferença entre os bancos de dados e cadastros de consumidores, reconhece a diferença entre essas duas modalidades de armazenamento de informações quando intitula a sua Seção VI do Capítulo V como “Dos bancos de dados e cadastros de consumidores”. Um ou outro são tratados por Antônio Herman Benjamin como “[...] toda modalidade de armazenamento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou aberta a terceiros”¹⁸⁰, ambos compondo o gênero arquivos de consumo.

Ao revelar as características dos bancos de dados, Bruno Miragem aponta que essa modalidade de arquivo de consumo é marcada pela aleatoriedade na coleta das informações que o conformam, pela organização permanente das informações à espera de utilização futura, pela transmissibilidade extrínseca (na medida em que é direcionada a utilização por terceiros), e, por último, pela inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor quanto ao registro.¹⁸¹

Os cadastros de consumidores, por seu turno, carregam o signo de serem alimentados diretamente pelo consumidor ou por atitudes encampadas pelos responsáveis do cadastro, a exemplo de colheita de informações mediante pesquisas. Tais cadastros são formados para se obter perfis de consumidores, direcionando produtos e serviços de acordo com as informações obtidas, fomentando as atividades desenvolvidas por fornecedores. Prática bastante usual nos dias atuais e que ilustra com precisão o manuseio desses dados reside no envio de mensagens e propagandas de produtos e serviços vinculadas a *sites* visitados pelo consumidor na rede mundial de computadores. Nesses casos, há claro direcionamento de material publicitário de acordo com o perfil do consumidor que navega na Internet, de acordo com os sítios eletrônicos por ele acessados.

¹⁸⁰ GRINOVER, *op. cit.*, 2017, p. 415-416.

¹⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211.

É digna de registro, igualmente, a licitude conferida à elaboração, manutenção, organização e utilização desses arquivos de consumo. De fato, o CDC, ainda que de forma bastante modesta e sem maiores aprofundamentos, tratou de regular em seus arts. 43 *usque* 45 os bancos de dados e cadastros de consumidores, impondo alguns parâmetros impositivos a serem observados pelos mantenedores desses arquivos, a exemplo da transparência e da fidedignidade das informações neles contidas. Atrelado a isso, o próprio STF, no julgamento da ADIn 1790-5/DF¹⁸² (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), já reconheceu a necessidade de compatibilizar esses arquivos de consumo com o direito à intimidade e à vida privada, ante o fato de tais arquivos já terem edificado sua posição no mercado de consumo massificado. Nesse sentido, assim ficou ementado o voto condutor do antedito julgado:

A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas de forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito.

O excerto do julgado acima transcrito reconhece – como não poderia deixar de ser – que os arquivos de consumo também se configuram como elemento inexorável do desenvolvimento econômico e que não estão amarrados apenas à realidade social e jurídica de população específica, sendo que a trafegabilidade dos dados ultrapassa as fronteiras geográficas de uma nação.

Há muito o STF já apontava para a necessidade de harmonização entre os arquivos de consumo e a intimidade e a vida privada, e os problemas advindos dessa relação e da evolução tecnológica incrementaram abissalmente a tão conturbada ligação entre os dados dos consumidores e a proteção ao direito fundamental à intimidade e à vida privada.

Por isso, tornaram-se comuns e constantes os conflitos decorrentes desse trânsito e acesso de informações com direitos fundamentais já consagrados, a exemplo da intimidade e

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade* 1.790-5/DF. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ: 23/04/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>.

vida privada, com outros direitos fundamentais revelados mais recentemente, como o da autodeterminação informacional.

6.1.2 Proteção constitucional dos dados e a autodeterminação informativa como interesse transindividual

O avanço da tecnologia e das novas ferramentas da informática expandiram os contornos limítrofes do direito à intimidade e à vida privada. Esses direitos passaram a ser integrados por novo conteúdo, escapando a noção estática de “segredo” ou “reserva” no âmbito informacional.¹⁸³ Aliado a isso, o surgimento do *big data* ampliou vertiginosamente a capacidade de tratamento e armazenamento de dados de todos, notadamente dos consumidores e, como consequência, fecundou-se o terreno para novas investidas e ataques à intimidade e à vida privada. E esse problema ocupa posição central dentro da sociedade em que o poder da informação adquiriu importância capital, do mesmo modo que a liberdade e o acesso à informação comparecem como forma irrenunciável de liberdade.¹⁸⁴

O impacto dessa sociedade de informação no direito à intimidade e à vida privada não se balizou apenas em modificações relativas aos seus conteúdos, reverberando, igualmente, no exercício desses direitos. Nessa sociedade de massa já não há espaço à noção de intimidade e de vida privada presa ao individualismo que fincou raízes profundas com a ascensão do capitalismo pós-Revolução Francesa. Dentro dessa perspectiva, vaticina Vittorio Frosini:

En el marco de la civilización tecnológica, el ‘derecho a la privacidad’ se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ya no es más la libertad negativa de rehusar o prohibir la utilización des informaciones sobre la propia persona, pero se convirtió en la libertad positiva de ejercer un derecho a control sobre los datos concernientes a la propia persona, que hayan ya salido de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico público o privado. Esta es la libertad informática que consiste en el derecho de autotutela de la propia identidad informática: o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico.¹⁸⁵

¹⁸³ SAMPAIO, *op. cit.*, 1998. p. 475.

¹⁸⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Políticos*, n. 24, Nov./Dic., 1981, p. 34.

¹⁸⁵ No marco da civilização tecnológica, o direito à privacidade se apresenta como uma nova forma de liberdade pessoal, que já não é mais a liberdade negativa de recusar ou proibir a utilização das informações sobre a própria pessoa, mas se converteu na liberdade positiva de exercer o direito de controle sobre os dados concernentes a própria pessoa, que já tenham saído da esfera da intimidade para converter-se em elemento de um arquivo eletrônico público ou privado. Está é a liberdade informática que consiste no direito de autotutela informática, ou seja, o direito de controlar (conhecer, corrigir, remover ou adicionar) os dados pessoais os

Os entraves relevados pelo tratamento dos dados fizeram despontar novas perspectivas de direitos que não apenas aquelas adstritas à exigência de que determinadas informações de matiz pessoal não fossem projetadas ao conhecimento do público. A realidade tecnológica atual demonstrou que no tocante ao tratamento dos dados, a liberdade pessoal é preservada não apenas com a proteção contra ingerências alheias às informações pessoais do cidadão-consumidor. A liberdade negativa já não contemplava a solução para todos os achaques aos quais eram submetidos os cidadãos e, em especial, os consumidores.

Mais do que isso, a proteção dos dados reclamava uma “dimensão positiva” do direito à intimidade e à vida privada, consubstanciada no direito de controlar os seus próprios dados. Diante dessa nova dimensão de liberdade informática, emerge o direito de autotutela da própria identidade informática, circunscrito no direito de controle de dados constantes em bancos de dados e cadastros de fornecedores.¹⁸⁶ Ou seja, apesar de intrinsecamente vinculada à intimidade e à vida privada, a autodeterminação informativa incorporou outras ações, fatos e situações jurídicas.

O direito à autodeterminação informativa foi reconhecido em 1983 pelo Tribunal Constitucional alemão, ao decidir pela inconstitucionalidade a Lei Censitária da população. Naquela oportunidade, o Tribunal germânico assentou seu entendimento com arrimo na autodeterminação informativa, concretizada na faculdade de que todo cidadão tem de determinar o que, quem, quando e quais os motivos para se ter conhecimento de dados pessoais concernentes à determinada pessoa.¹⁸⁷

Mas aqui gravita questão tormentosa para o presente estudo: - há sentido e possibilidade de ser reconhecer a transindividualidade da intimidade, vida privada e da autodeterminação informativa? Outra resposta não nos parece mais apropriada e correta quanto a confirmar a necessidade de tratamento transindividual a esses direitos.

Assim, não é incomum encontrarmos quem defenda de forma categórica o imperativo de se reconhecer a existência de micro sistema de proteção de dados, constatando que a manipulação automatizada de informações precisas e muitas vezes relevadoras de aspectos íntimos acaba por espargir grande risco à população, limitando, inclusive, a sua liberdade.

dados pessoais inseridos nos cartões de um programa eletrônico. (tradução nossa) (FROSINI, Vittorio. Bancos de datos y tutela de la persona. *Revista de Estudios Políticos*, n. 30, Nov./Dic., 1982, p. 24).

¹⁸⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada*. In: *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 22, 2000, p. 59.

¹⁸⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 61.

6.1.3 Direito à proteção de dados na legislação estrangeira

Enquanto tardou o Brasil na aprovação de legislação que cuidasse da questão de dados, já se encontrava na legislação estrangeira disciplina sobre proteção das informações dos consumidores de serviços e produtos, já que além de tratar sobre aspecto relativo a intimidade, vida privada e autodeterminação informativa, a regulamentação de dados encampa verdadeiro fomento às atividades mercantis e desenvolvimento econômico.

Estados Unidos. Os relatos legislativos históricos apontam que o Estado da Califórnia foi o primeiro a publicar lei sobre proteção de dados pessoais. A Lei de 1968 compreendia o direito do cidadão em ter acesso a informações constantes em registros públicos. Não muito distante, respectivamente nos anos de 1970 e 1974, surgiram a *Fair Credit Reporting Act* e *Privacy Act*, ambas regulando apenas parcialmente a matéria da proteção dos dados, notadamente no que toca ao tratamento pelas instituições financeiras e pela Administração Pública.

De todo modo, por não adotar codificação geral para a proteção de dados, os Estados Unidos possuem legislação fragmentada, dando tratamento setorial à questão. Assim, além dos mencionados diplomas legislativos, o sistema jurídico estadunidense conta com a *Lei de Privacidade de Comunicação Eletrônica* de 1986 (reconhecida pela sigla em inglês ECPA), responsável por proteger as informações veiculadas por telefone ou de forma eletrônica (*e-mail*), quer no momento da transmissão quanto, em relação ao último caso, no armazenamento dessas informações em computadores.

Além disso, podemos citar a *Lei de Proteção da Privacidade de Crianças* (em inglês, representada pela sigla COPPA), que criou regras cujos destinatários são os responsáveis por *sites* na Internet que promovem conteúdo para crianças e adolescentes de até 13 anos. A lei veda, por exemplo, o repasse de informações coletadas a terceiros.

Portugal. A Constituição portuguesa inseriu, dentre as suas normas, disposição que regulamenta a utilização, tratamento, transmissão e proteção dos dados dos cidadãos daquele país, conforme estampado no artigo 35º da *Carta Política Lusitana*.¹⁸⁸ Ao regulamentar a utilização da informática, a *Carta Política Portuguesa*, além de conceder o direito ao cidadão de conhecer a finalidade a que se destinam os dados, de retificá-los ou atualizá-los, impediu o tratamento de dados sensíveis, aqueles concernentes a convicções políticas, filosóficas,

¹⁸⁸ PORTUGAL. Constituição (1976), *op. cit.*

religiosas, à vida privada, origem étnica, ressalvadas apenas quando houver assentimento do próprio titular ou quando autorizado por lei.

Inicialmente, coube a Lei portuguesa nº 10/1991 – Lei de proteção de dados pessoais face à informática - a tarefa de efetivar o comando constitucional previsto no artigo 35º do Texto Constitucional português, que trazia como princípio geral a transparência na utilização dos dados e proteção da vida privada e familiar na utilização dos dados. Mais do que de concretizar o comando constitucional inserido na *Carta Política Portuguesa*, a Lei nº 10/1991 solidificou no âmbito normativo interno do país a Convenção para proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal (Convenção 108, de 28 de janeiro de 1981).

Uma segunda geração legislativa quanto à regulamentação de dados em Portugal foi capitaneada pela Lei nº 67/1998, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995. Aqui, mais uma vez, tratou-se de densificar a proteção às pessoas no tratamento de dados pessoais à livre circulação dessas informações.

Atualmente, a terceira geração legislativa atinente à proteção de dados é capitaneada pelo regulamento 2016/679 (revogou a Diretiva 95/46/CE), conhecido como regulamento geral de proteção de dados, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018.

Espanha. A Constituição espanhola traz diversos dispositivos que garantem ao cidadão a proteção e correto tratamento dos seus dados pessoais. De fato, pode-se confirmar que essa proteção se inaugura desde o artigo 16.2 ao fixar que ninguém é obrigado a revelar informações concernentes a sua ideologia, religião ou crenças. Logo após, o artigo 18.4 põe a intimidade e a honra como limitadores da utilização da tecnologia da informação. De forma mais direta, apesar de restrito à esfera administrativa, o artigo 105, b da *Carta Política Espanhola* conferiu direito aos cidadãos de acessarem os arquivos e registros administrativos.

Além dos dispositivos constitucionais elencados anteriormente, cite-se que a Espanha ratificou os Tratados e Convenções internacionais sobre proteção de dados pessoais.

Reino Unido. A Grã-Bretanha foi berço da primeira legislação que tratou dos dados de forma mais abrangente, através da *Data Surveillance Bill*, de 1969.¹⁸⁹ Atualmente, temos o *Data Protection Act 1988* (Ato de proteção de dados de 1988) que, não diferente das demais legislações dos outros países, estabelece princípios gerais para o processamento de dados pessoais. Aqui se estabeleceu que os dados pessoais devem servir apenas aos propósitos para

¹⁸⁹ SAMPAIO, *op. cit.*, 1998, p. 486.

os quais foram obtidos, sendo que esses dados devem ser adequados, precisos e atualizados, sendo protegido, igualmente, contra o acesso de terceiros não autorizados.

Chama a atenção que o *Data Protection Act* no Reino Unido que, além de trazer os contornos do que sejam dados sensíveis, garante ao indivíduo o direito de prevenir o processamento que possa causar estresse ou que possibilite o *marketing* direto, revelando que a utilização indevida dos dados está imbricada com a preservação da vida privada e da intimidade.

Alemanha. A lei de proteção de dados de Hesse de 1970 foi a primeira da Alemanha a cuidar dessa matéria, fazendo abordagem bastante restrita sobre o uso de dados pessoais pela administração pública do Estado de Hesse, regulando os bancos de dados informatizados atrelados ao governo.¹⁹⁰ Hodiernamente, para implementar a Diretiva 95/46/CE – atualmente revogada pelo *Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD* (Regulamento 2016/679) – o sistema normativo germânico se valia do *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) (Lei Federal de Proteção de Dados). Atualmente, por estar inserida na União Europeia, a Alemanha também passou a aplicar o RGPD.

União Europeia. O RGPD e o direito ao esquecimento. Para os países da União Europeia, entrou em vigência no dia 25 de maio de 2018 o regulamento geral de proteção de dados (*General Data Protection Regulation*, GDPR na sigla em inglês), aplicável a todos os países unidos econômica e politicamente pelo Tratado de Maastricht. Consoante já declinado em linhas passadas, o RGPD veio em substituição a Diretiva 95/46 e implementou a Comissão Europeia para proteção de dados.

A intenção primaz do RGPD foi a de inserir no sistema jurídico daquela comunidade legislação protetiva de dados pessoais que estivesse consonante a realidade atrelada às novas tecnologias, pois cabe lembrar que na década de 1990, período em que se promulgou a Diretiva, a tecnologia desconhecia diversos dos instrumentos atualmente já consolidados, como o *big data*, armazenamento em nuvem, redes sociais, *marketing* comportamental.

Outro ponto de extrema relevância com a vigência do RGPD é a novidade introduzida na órbita jurídica que reconheceu o direito ao esquecimento, assim entendido como a possibilidade de requerer a completa exclusão de suas informações de plataformas digitais, a exemplo do Youtube ou Google, cabendo às empresas gestoras apenas a análise quanto à violação do interesse público, no caso acolhida a solicitação.

¹⁹⁰ SAMPAIO, *op. cit.*, 1998, p. 481.

De fato, o artigo 65 do RGPD aborda o direito a ser esquecido, como o direito conferido aos titulares de dados para que eles sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento. Nesse ponto, o artigo 65 está assim transcrito:

Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o «direito a serem esquecidos» quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento. Esse direito assume particular importância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do facto de já ser adulto. No entanto, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Em boa hora surge essa atenção destinada ao direito de ser esquecido, ainda considerado com desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Não muitas vezes, a perpetuação dos dados de indivíduos em plataformas digitais faz com que haja eterna aflição e perpetuação de informações desabonadoras do seu titular, sempre respeitando a liberdade de expressão e informação.

6.1.4 Proteção de dados na legislação brasileira

O Brasil tardou a olhar com mais acuidade para a questão do tratamento legal dispensado à proteção de dados. Com efeito, apenas agora em 2018 é que se promulgou a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei de Proteção de Dados. Contudo, o fato de agora termos regulamentação específica sobre tema que está densamente jungido à intimidade e à vida privada, não significa que, em tempos pretéritos, o país se encontrasse à deriva

legislativa quanto ao tema da proteção de dados, pois, ainda que de forma resvaladiça, nosso arcabouço legislativo já sediava alguns diplomas legais que referenciavam à matéria.

Logo em uma primeira menção, o próprio artigo 5º, X da Constituição Federal, já é instrumento de máxima efetividade e protetivo dos dados de todos os cidadãos e, igualmente, dos consumidores. Ao dar matiz fundamental à preservação da intimidade e à vida privada, o alcance dessa guarida chega, sem dúvidas, na conservação dos dados de todas as pessoas, já que não se dúvida das informações constantes em cadastros de fornecedores e bancos de dados que podem desnudar a intimidade e vida privada.

A Lei 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, também compõe a estrutura legislativa existente no que toca à proteção de dados. Por um lado, se a referida lei tratou de regulamentar as interceptações telefônicas, não deixou de fora dessa proteção a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.¹⁹¹

Outro referencial legislativo precedente à lei de proteção de dados é a Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras. *In casu*, extrai-se desse diploma a descaracterização da quebra de sigilo em relação à troca de informações entre instituições financeiras para fins cadastrais e com entidades de proteção ao crédito (art. 1º, §3º, I e II). Verdade também que a lei apenas autoriza a revelação de informações sigilosas, com o consentimento expresso dos interessados (art. 1º, §3º, V).

Não se pode deixar de mencionar que a Lei do cadastro positivo – Lei 12.414/2011 – também contribuiu para as primeiras tentativas de tratamento de dados no Brasil. Esta lei, além de delimitar o objetivo dos dados constantes nesses bancos, coibiu a utilização de informações excessivas e as sensíveis, assim entendidas, respectivamente, como aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor e aqueles pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. Vale registrar que os consumidores tiveram assegurados o direito a acesso aos dados armazenados, inclusive com a possibilidade de se postular a alteração de informações errôneas residentes nos bancos de dados.¹⁹²

¹⁹¹ Lei 9.296/96. Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm> Acesso em 08/12/2018.

¹⁹² No dia 13/03/2019, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei 441/2017, que altera a Lei 12.414/2011, aguardando a sanção presidencial. O Projeto aprovado trata da inserção automática do nome de pessoas e empresas no Cadastro Positivo. Isto é, toda a população economicamente ativa será incluída no

Também no ano de 2011, a Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 – posicionou-se como mais um importante instrumento legislativo na ainda incipiente proteção de dados vigente até aquele momento no Brasil. Ela tratou diretamente sobre a proteção das informações, incluindo nelas os dados processados ou não e contidos em qualquer meio, suporte ou formato. A questão é que a proteção trazida pela Lei 12.527/2011 ficou circunscrita à esfera do poder público. Nas palavras de Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza e Ana Carolina Vieira Mota, a chamada Lei da Transparência Pública tem como objetivo “[...] estabelecer regras procedimentais a fim de garantir o direito de acesso a informações e à transparência, bem como o incentivo à participação popular no controle e no acompanhamento da gestão pública”.

À vista disso, o referido diploma legal não confere tratamento protetivo aos dados naquilo que exorbita a esfera da administração pública. Por isso, ainda com a vigência da lei de acesso à informação o país continua órfão de legislação específica quanto à proteção de dados. Por isso, ainda com a vigência da lei de acesso à informação o país continuava órfão de legislação específica quanto à proteção de dados.

Em abril de 2014, é publicada a Lei 12.965, intitulada Marco Civil da Internet e que estabeleceu princípios, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Inobstante esse marco civil ter como claro objetivo a regulamentação do uso da rede mundial de computadores, houve preocupação com a proteção dos dados e de sua transmissão pela Internet, sendo que a proteção de dados foi erigida como princípio disciplinador da Internet no Brasil. Ademais, reservou a seção II, do capítulo III, ao regramento da proteção aos registros e aos dados pessoais daqueles que se valem da *web*. E aqui, no artigo 10 da Lei 12.965/2014, a preocupação com a proteção dos dados pessoais ficou atrelada à preservação da intimidade e da vida privada das pessoas, não reconhecendo a emersão do direito à autodeterminação informativa, que será tratada logo adiante.

E, por fim e ao cabo, chegamos – e voltamos a falar – da auspiciosa Lei 13.709/2018 - a Lei de Proteção de Dados - sem negar que a legislação apresentada concedeu ao Brasil assento entre os países que já constataram a importância do tratamento legislativo dado não apenas como forma de tutela à intimidade e à vida privada, mas, de forma retilínea, como elemento propulsor das atividades mercantis. Importante lembrar que a *vacatio legis*

banco de dados. O projeto aprovado tem como ponto mais polêmico a segurança dos dados dos consumidores. Para alguns, haverá quebra de sigilo bancário com o repasse obrigatório de dados financeiros e sobre pagamentos. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 441/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160860>. Acesso em: 26 de março de 2019).

estabelecida para esse diploma jurídico foi de 24 meses, contados a partir da sua data de publicação, ressalvando-se apenas a vigência imediata conferida aos artigos 55-A a 55-K e 58-A e 58-B. Contudo, mesmo tendo sua vigência sido protraída no tempo, a Lei 13.907/2018 vem, de modo oportuno, na tentativa de se dispor de regras de proteção de dados.

Diversamente do quadro legislativo existente, a lei de proteção de dados tem em seu núcleo a regulamentação, o tratamento, a transmissão e a proteção dos dados, não abordando essa temática de forma tangencial, como acabou por ocorrer com as legislações mencionadas em linhas anteriores. Açambarcou tanto as operações realizadas com dados por pessoa natural ou por pessoa jurídica (quer de direito privado, quer de direito público). Reconheceu e definiu os dados pessoais, os dados pessoais sensíveis e os dados anonimizados. Indicou os princípios que devem ser observados no tratamento dos dados e registrou os fundamentos que disciplinam a sua proteção, dentre eles a autodeterminação informativa, desatrelada da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, estas destacadas como fundamentos distintos à normatização dos dados pessoais.

Sem dúvida, a lei de proteção de dados pessoais surge em boa hora para dar maior segurança e proteção das informações, principalmente dos consumidores que se deparam usualmente com a utilização indevidas de seus dados para objetivos distintos daqueles para os quais foram coletados ou para os quais o próprio consumidor os forneceu.

6.2 A ANÁLISE DE RISCO DO CONSUMIDOR: O SISTEMA DE *CREDIT SCORE*

O nosso cotidiano é travado pelas mais numerosas e diversas relações de consumo que se possa imaginar. É difícil conceber alguém que, de uma forma ou de outra, já não esteve inserido em uma relação consumerista, sendo que muitas delas têm por objeto a concessão de crédito.

A tentativa do mercado de proteger o crédito instigou a criação de diversos mecanismos para dar maiores garantias ao mercado e, ao mesmo tempo, possibilitar ao bom pagador maior facilidade de acesso as mais diversas linhas de créditos.

Dentro desse panorama, o sistema de *score* de crédito – ou *credit scoring* – é um modelo estatístico que tem por base diversas variáveis e que possibilita ao mercado a análise do risco do crédito através de pontuação atribuída ao consumidor, denominada nota de risco. Apresenta-se como mais uma dessas ferramentas de análise dos hábitos de relacionamento e, principalmente, posturas de pagamento do consumidor perante os fornecedores, possibilitando

que as empresas possam avaliar o “perfil” do consumidor de acordo com o seu histórico de contratação de crédito indicando o risco decorrente de concedê-lo. Trata-se, como se pode conceber, de análise qualitativa dos dados do consumidor.

Para Laura Schertel Mendes, o *credit score* é uma técnica cujo objetivo é a identificação dos melhores consumidores mediante a utilização de sistema de avaliação de dados objetivos, sinalizando dentre os clientes aqueles que têm maior relevância para o negócio.¹⁹³ Da mesma forma, Ródnei Bernardino Souza define o *scoring*, ou simplesmente *escore*, como o risco de inadimplência do tomador, ou seja, estima se o potencial usuário do cartão de crédito honrará os seus compromissos após iniciar a utilização do produto.¹⁹⁴

A técnica do *scoring* passa pela avaliação histórica de transações comerciais anteriores realizadas pelo consumidor e, através delas, busca-se identificar o risco de inadimplemento e a consequente recusa de bens e serviços pelos prestadores e fornecedores, especialmente as empresas concedentes de crédito. De fato, o espraio de dados dos consumidores e a possibilidade de sua individualização e compartimentalização de acordo com determinadas características, perfis e padrões de conduta, possibilitaram que empresas viessem a estabelecer notas ao consumidor, a fim de facilitar a análise da concessão de créditos. Com as informações colhidas, o consumidor passa a ser classificado de acordo com pontuações obtidas através de cálculos estatísticos, considerando a aplicação de fatores variáveis, como histórico de consumo, de crédito e informações pessoais. Após a obtenção da nota de risco, os consumidores são reunidos em faixas de risco de concessão de crédito.

Feito esse prelúdio, cumpre o destaque quanto a alguns aspectos relevantes no tratamento desse sistema de *credit scoring* e sua imbricação com a proteção à intimidade e à vida dos consumidores.

6.2.1 A legalidade do sistema de *score*

Ab initio, cumpre rememorar que nem todos os dados do indivíduo reclamam a tutela jurídica sob o aspecto de sua divulgação e publicidade, constituindo dados que não apresentam relevância jurídica, a exemplo do que ocorre com a cor do carro, a profissão que exerce ou marca de roupa. Também não custa lembrar que a legislação infraconstitucional não tolhe a existência dos arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados) e de sistemas de

¹⁹³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014. p. 112.

¹⁹⁴ SOUZA, Ródnei Bernardino. O modelo de *collection scoring* como ferramenta para a gestão estratégica do risco de crédito. 2000. 75 p. Dissertação (MBA) - Curso de Pós Graduação da EAESP/FGV, São Paulo. p. 22.

proteção do crédito. As disposições contidas principalmente no CDC, na lei do cadastro positivo e agora na novel lei de proteção de dados – Lei nº 13.709/2018 -, cumprem o desiderato de ofertar normas à utilização e controle desses arquivos. Assim, as Leis 12.414/2011 e 13.709/2018 preveem, de forma cristalina, o sistema do exame de risco de crédito, consoante se extrai dos dispositivos retro mencionados, *in verbis*:

Lei 12.414/2011

Art. 5º São direitos do cadastrado:

[...]

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:

I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado; ou

Lei 13.709/2018

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Diversas foram as preocupações das legislações mencionadas, dentre elas, a de impor a transparência no tratamento das informações e dados dos consumidores, viabilizar a autodeterminação informativa e preservar a intimidade e a vida privada dos consumidores.

A clareza no tratamento das informações sobre os consumidores e na análise desses dados para o seu posicionamento no *ranking* do *credit scoring* impõe a lealdade e o respeito nas relações consumeristas, o que se revela como verdadeiro traço da boa-fé que deve existir em qualquer vínculo jurídico. Mais do que isso, a transparência reclama a utilização de informações claras e precisas, possibilitando ao consumidor a sua retificação a qualquer momento em que verificar inexatidão dos dados e das variáveis tomadas para a elaboração do *score*.

Por isso, o sistema de *credit scoring* tornou-se acessível não apenas para as empresas concedentes de crédito, mas, também, para o próprio consumidor, mediante consulta em *sites* das empresas que armazenam esses dados.

Principalmente no que concerne à lei geral de proteção de dados, a tônica foi a de tentar-se efetivar a proteção à intimidade e à vida privada de todos aqueles que têm seus dados submetidos a algum tipo de tratamento, o que ocorre de maneira muito clara no sistema

de *credit scoring*. Ainda que o artigo 7º, X, da Lei 13.709/2018, tenha remetido a regulamentação da proteção do crédito à legislação específica, ainda assim essa legislação não estará desconectada desse intento final que é a garantia a incolumidade das informações e dos dados, cujo titular deseja manter dentro de sua zona de privacidade.

Lembra-se, por oportuno, o que Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 1.419.697-RS, entendeu pela legalidade da adoção do sistema de *score* de crédito e que sua utilização não provocaria o dano *in re ipsa*. Em suas conclusões, o relator do processo, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, asseverou que o *credit scoring* é prática comercial para avaliação de risco de concessão de crédito e que sua adoção é lícita e autorizada pelos arts. 5º, IV, e 7º, I, da Lei 12.414/2012 (lei do cadastro positivo). Contudo, destacou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que essa licitude não pode ultrapassar os limites da privacidade e deve observar a máxima transparência nas relações entabuladas entre consumidor e fornecedor de produtos/prestador de serviço.

6.2.2 A utilização de dados para composição do *credit scoring* e a violação à intimidade e à vida privada do consumidor sob a dimensão transindividual

O tratamento legislativo conferido ao sistema de *credit scoring* não foi, *per se*, suficiente para evitar multiplicidade de demandas perante o Poder Judiciário, porquanto, consoante dados apontados no julgamento do recurso especial nº 1.419.697-RS, existiam 250 mil ações sobre a metodologia do sistema de *credit scoring*. Por isso, ainda que revestida de legalidade, esse mecanismo de proteção à concessão de crédito pode, em muitas oportunidades, representar verdadeira afronta à intimidade e à vida privada dos consumidores, provocando lesões massivas e que atingem coletividades muitas vezes indeterminadas.

De fato, no ímpeto de trazer maior garantia às transações de crédito firmadas, as empresas buscam obter informações que deveriam permanecer preservadas na esfera da vida privada e, algumas delas, até mesmo da intimidade. Ou ainda, empregam informações que não poderiam servir de critério para obter o posicionamento do consumidor na escala de *score* de crédito, quer porque tais dados representam verdadeira retaliação do mercado pelo exercício de direito pelo consumidor, quer por se tratar de informações que não podem servir de parâmetro para ranqueamento do consumidor.

6.2.3 Obtenção ilícita de dados para composição do *credit scoring*

Num primeiro momento é mais do que evidente que as informações que darão sustentação ao sistema de *credit scoring* não podem ser obtidas de forma ilícita e corresponder à verdadeira invasão de intimidade e vida privada do consumidor. Assim, por exemplo, os dados sigilosos do cidadão podem ser validados como coeficiente de pontuação em métodos de avaliação de risco de crédito somente se autorizados expressamente pelo consumidor. As informações bancárias são marcadas pelo seu sigilo protegido constitucionalmente como desdobramento da própria proteção da intimidade e da vida privada.

Nesse diapasão, no julgamento do recurso extraordinário nº 219.780¹⁹⁵, o Ministro Relator Carlos Velloso reconheceu que “[...] o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)”. Posto assim, informações sigilosas não concedidas pelo próprio titular não podem ser concebidas como parâmetros para o posicionamento do consumidor nesse *credit scoring*, porquanto se estaria vilipendiando completamente a intimidade e a vida privada desse consumidor; e a obtenção de forma ampla e indiscriminada de dados sigilosos dos consumidores corroboraria com maior ênfase a dimensão transindividual que pode marcar esse direito fundamental à intimidade e à vida privada.

De mais a mais, os registros deixados pelos consumidores nas transações comerciais implementadas pela utilização dos cartões de crédito funcionariam como importantes indicadores de avaliação do risco de crédito do consumidor. Contudo, as informações e registros de compras são protegidos sob o manto da intimidade, de modo que as operadoras desses cartões ficam vedadas de identificar e catalogar o perfil financeiro do consumidor e compartilhar com outros fornecedores/prestadores de serviço.

Também, aqui, o repasse generalizado de informações obtidas ilicitamente, a fim de elaborar com maior precisão os parâmetros da avaliação de risco de crédito, faz com que o direito fundamental à intimidade reclame proteção sob a dimensão transindividual, escapando do tradicional tratamento processual conferido aos direitos fundamentais, originalmente marcados pelo signo da individualidade.

¹⁹⁵ Nesse mesmo sentido podemos também indicar a decisão no AI 655.298-3/SP AgR julgado sob a relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, reconhecendo a proteção do sigilo bancário como espécie do direito à privacidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento 655.298-3/SP*. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Agravante: Ubirajara dos Santos Macieira. Agravado: União. Publicado no DJ no dia 28/09/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489310>

Por isso, a ideia de conceber o direito à intimidade e à vida privada sob a ótica da metaindividualidade se torna relevantíssima à medida que se possibilita a efetiva proteção e eficácia desses direitos fundamentais, especialmente sob o viés processual, que permitirá melhor tratamento desses direitos quando violados, de modo a atingir coletividade de consumidores. Relegar ao tratamento individual por um dos titulares do direito é negar, inclusive, o verdadeiro acesso à justiça.

6.2.4 Avaliação de risco de concessão de crédito, dados sensíveis e informações irrelevantes e impertinentes

Outra análise relevante à composição de informações para a avaliação do risco de concessão de crédito ao consumidor está na utilização de dados considerados sensíveis, isto é, aquelas informações excessivamente subjetivas, concernentes a convicções políticas, filosóficas, religiosas, relativas à vida privada, origem étnica, entre outras.

Sobre esses dados sensíveis, tem-se o escólio de acordo com Laura Schertel Mendes, que assim informa:

[...] a categoria dos dados sensíveis está relacionada à percepção de que o armazenamento, o processamento e a circulação de alguns tipos de dados podem se constituir em um risco maior à personalidade individual, especialmente se utilizados com intuito discriminatório. Os dados referentes a raça, opção sexual, saúde e religião são exemplos desse tipo.¹⁹⁶

Ademais, juntam-se aos dados sensíveis aquelas informações que não apresentam relevância para a composição do risco de crédito, quer por serem dados que não têm relevância para análise de risco, quer por serem dados que se utilizados tornariam temerário para o consumidor o exercício de determinado direito.

No que toca aos dados sensíveis, não pairam dúvidas que eles não podem comparecer como parâmetro de análise de risco para a concessão de crédito do consumidor, pois, consoante já mencionado alhures, tais informações são destituídas de relevância e pertinência com avaliação do *credit scoring*. Religião, opção sexual, gênero ou raça, nenhuma desses elementos poderá servir de parâmetro para se desvendar o perigo da concessão do crédito, pois esses dados repousam na esfera mais recôndita do cidadão, na zona de extrema intimidade e vida privada do consumidor.

Cumprе mencionar que as entidades de concessão de crédito não portam carta branca quanto aos dados da análise de risco do crédito. Isso porque não são apenas os dados sensíveis

¹⁹⁶ MENDES, *op. cit.*, 2014. p. 74.

que carregam altíssimo potencial de dano ao consumidor e que reclamam a necessária tutela jurídica. O tratamento dos dados pessoais, quando realizado de forma equivocada ou indevida, pode levar ao descortinamento da intimidade e da vida privada do consumidor, descambando para tratamento discriminatório. Neste ponto, precisas as palavras de Stefano Rodotá, para quem:

[...] o “núcleo duro” da privacidade é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo (por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos sexuais): internamente, porém, assumiram cada vez maior relevância outras categorias de informações, protegidas sobretudo para evitar que pela sua circulação possam nascer situações de discriminação, com danos aos interessados.¹⁹⁷

As informações sensíveis representam a primeira barreira no tratamento de dados do consumidor, apresentando-se a privacidade do indivíduo como obstáculo de difícil transposição para o tratamento de dados, de modo que aqui não se perfilha o entendimento de que quanto mais informação melhor. Nesse sentido, Leonardo Rosco e Bessa, ao tratar sobre a lei do cadastro positivo (Lei nº 12.414/2011), assim ponderou:

A Lei 12.414/2011 veda o tratamento de informações excessivas. Se pode ser verdadeiro que, sob a ótica econômica, quanto mais informações melhor para a avaliação de crédito (*more is better*), para o direito, para proteção jurídica da privacidade, é fundamental restringir, tanto no tempo, como na qualidade e quantidade, as informações que circulam pelos bancos de dados de proteção ao crédito.¹⁹⁸

De fato, a exata proteção da privacidade do consumidor reside na restrição das informações que podem ser validadas pelas instituições de crédito como índices para se obter o *score* de crédito de consumidores. Tais restrições vão impedir, por exemplo, que as informações sejam consideradas de forma atemporal, sem limite de prazo. Também haverá vedação quanto à qualidade dessa informação, de modo que nem todos os dados poderão ser tidos em consideração para fins de exame de risco, como se dá nos casos de dados sensíveis.

Assim, por mais relevante que a informação possa parecer para o risco de concessão do crédito, por residir na zona de estrita intimidade, no âmbito do segredo, ela não pode ser tida em consideração para fins de ranqueamento do consumidor, salvo, por evidente, quando o próprio titular da informação entender pela exposição daquele dado que poderia manter-se

¹⁹⁷ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95 e 96..

¹⁹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

inserido na seara do segredo. Compreensão diversa representa verdadeiro achaque a dignidade da pessoa humana.

Urge compreender que, embora vinculados, os dados pessoais não se confundem com dados sensíveis, porquanto aqueles possibilitam a identificação do indivíduo e estes, além de identificar, permitem o tratamento discriminatório desvinculado de um fator de *discrimen*. Os dados pessoais acabam por contemplar os dados sensíveis, contudo, estes últimos exigem proteção mais rígida por carregarem maior potencial discriminatório.

Por outro lado, dados pessoais caracterizados por serem não sensíveis podem desnudar informações sensíveis do cidadão-consumidor, a depender do contexto em que ele seja utilizado. Basta observar que o número do cadastro de pessoa física (CPF) do cidadão enquadra-se como dado pessoal, mas, quando manuseado em *site* de conteúdo pornográfico ou de relações extraconjugais poderá desvendar informações sensíveis, intimidades cujo titular deseja manter no mais absoluto sigilo e fora da esfera de conhecimento de qualquer outra pessoa.

A título ilustrativo, imaginemos determinado consumidor que busque obter crédito perante determinada instituição financeira e esta classifica a operação como de alto risco em decorrência de possuir a informação que o consumidor é portador do vírus HIV. Por mais relevante que seja, esse dado não poderá ser levado em consideração para o *credit scoring* do consumidor, por caracterizar-se como dado sensível e completamente adstrito ao círculo de intimidade do consumidor.

De mais a mais, as informações excessivas, igualmente, devem ser expungidas dos parâmetros e índices de aferição do risco de concessão de crédito. Tais informações compreendem todas aquelas não vinculadas ao exame da concessão do risco de crédito. Em muitas oportunidades, esses dados excessivos estão atrelados à intimidade e à vida privada do consumidor, de modo que a sua utilização para fins de estabelecimento do *credit scoring* consubstancia verdadeira violação ao seu núcleo essencial.

Mais uma vez, vem a calhar manifestação de Leonardo Roscoe Bessa:

A primeira forma de limitar a qualidade da informação que circula em arquivos de consumo é exigir que ela esteja vinculada ao propósito específico do banco de dados. Os dados coletados devem ser visivelmente úteis para os objetivos específicos do arquivo. Se não atenderem a esse pressuposto, a coleta e o tratamento da informação devem ser considerados ilegais, ilegítimos e ofensivos à privacidade (art. 5º, X, da CF). A redação do inc. I do §3º atende justamente a essa preocupação, pois consideram-se informações excessivas “aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”. Antes mesmo da edição da Lei 12.414/2011, era possível sustentar, em razão do núcleo essencial do direito

à privacidade (art, 5º, X, da CF), que o tratamento de informações excessivas ou desvinculadas das finalidades específicas dos arquivos de consumo seria inconstitucional. O dispositivo comentado positiva tal entendimento.

De fato, para conferir significado mínimo à inviolabilidade da privacidade, prevista tanto na Constituição Federal (art. 5º, X) como no Código Civil (art. 21), há que ser estabelecidas restrições positivas. Não se cuida de desconsiderar a possibilidade de restrição ou conformação de direito fundamental, mas do cuidado em preservar o núcleo essencial do direito. É imprescindível, no âmbito da moderna concepção de proteção de dados, limitar tanto o conteúdo como a quantidade de informação que é tratada pelas entidades de proteção ao crédito.¹⁹⁹

A privacidade do consumidor protege a utilização dos dados excessivos, inclusive no que tange a informações concernentes ao exercício de um direito, envolvendo a garantia de indenidade do consumidor.

6.2.5 *Credit scoring* e a garantia de indenidade

A palavra indene carrega o significado daquele que está livre de prejuízo, que não sofreu dano. Dentro dessa noção de não imputação de qualquer tipo de prejuízo ou de dano ao indivíduo, a doutrina espanhola, capitaneada por Casas Baamonde²⁰⁰ e Rodriguez-Piñero²⁰¹, desenvolveu técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais, em face de atos lesivos empresariais que atentam contra direitos fundamentais do cidadão, denominada pelos doutrinadores espanhóis de garantia de indenidade.

É posição já assentada na doutrina e jurisprudência que, em momento algum, ninguém poderá ser punido pelo exercício regular de seu direito, quer nas relações públicas ou privadas. Assim, ao se exercer determinado direito, essa condição não pode posteriormente pesar ou servir de parâmetro negativo para qualquer tipo de prática empresarial. Ao decidir o processo nº 14/1993, o Tribunal Constitucional Espanhol tratou da garantia de indenidade pontuando que:

[...] Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias

¹⁹⁹ BESSA, *op. cit.*, 2011, p. 93, 94.

²⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M.E. Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional). In: CASA BAAMONDE, M.E. DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.). *Las transformaciones del derecho del trabajo em el marco de la constitución española: estudios em homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. Madrid: La Ley, 2006. p. 697.

²⁰¹ BRAVO-FERRER, M. Rodríguez-Piñero. Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales. In: *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios em homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*. Madrid: La Ley, 2004, p. 637.

perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.²⁰²

Com efeito, a garantia de indenidade estabelece proteção ao exercício dos direitos fundamentais, impedindo que o cidadão, seja na condição de consumidor, trabalhador ou qualquer outra, sofra represálias pelo exercício de seu direito fundamentalmente garantido.

A Constituição brasileira, assim como a Constituição espanhola, não guarda disposição expressa que proteja a indenidade do consumidor. Tanto aqui como lá, a garantia de indenidade decorre do direito ao exercício de ação judicial ou da tutela judicial efetiva. Voltando o olhar ao nosso ordenamento constitucional, ainda servem de alicerce à garantia de indenidade o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação e a intimidade e vida privada. Ora, ao se promover ação judicial, ou até mesmo ao se intentar atos preparatórios ou administrativos, o exercício desse direito não pode estar acompanhado de consequências prejudiciais ou danosas ao cidadão, em qualquer âmbito das relações jurídicas que esse cidadão venha protagonizar, quer sejam elas públicas, quer sejam privadas.

Em muitas oportunidades, diante das insatisfações ou de prejuízos sofridos em determinadas relações de consumo, o consumidor exerce seu direito fundamental de provocar o Poder Judiciário, a fim de obter a devida prestação jurisdicional e o atendimento do seu pleito. Contudo, o consumidor litigante não pode ter a sua situação agravada por ter exercido regularmente seu direito fundamental.

Qualquer ato empresarial praticado pelos fornecedores/prestadores de serviços, com nítida coloração de represália ou vingança em face do consumidor demandante, representa a efetiva subtração e impedimento da materialização de seu direito fundamental. É, sem rastro de dúvida, prática dissuasória sobre eventuais e futuras demandas que outros consumidores intentem ajuizar, impedindo que o consumidor judicialize a sua vida consumerista. Assim, por exemplo, aquele cidadão-consumidor que promoveu ação de revisão de juros considerados exorbitantes em determinada transação financeira não pode receber tratamento diverso daquele que se manteve inerte quanto a esse fato. A garantia de indenidade apresenta-se, portanto, como imunidade conferida àqueles que exercem um direito fundamental, notadamente os direitos ao exercício de ação judicial, a liberdade de expressão e de informação.

²⁰² Tradução nossa: [...] Isso significa que o exercício da ação judicial ou dos atos preparatórios ou prévios a ele não podem ser seguidos de consequências prejudiciais, no âmbito das relações públicas ou privadas para as pessoas que os protagonizam. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 14/1193. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2143>. Acesso em: 9 jan. 2019.

Mais do que isso, tais atos de exercício do direito fundamental dizem respeito à esfera da vida privada do consumidor e não podem ser utilizados como indexadores à disposição do consumidor na avaliação de risco de concessão de crédito.

De tal arte, tem-se por completamente ilegal e violador da privacidade do consumidor a investigação de sua condição de demandante para fins de se perfazer o ranqueamento do consumidor nos *credit scoring*.

6.3 *THE RIGHT TO BE LET ALONE* E A OFERTA DE SERVIÇOS NÃO SOLICITADOS PELOS CONSUMIDORES

O direito à intimidade sempre foi apresentado doutrinária e jurisprudencialmente como o direito ao segredo pessoal, da guarda para si daquilo que é íntimo. A intimidade sempre carregou consigo o traço da confidencialidade, de proibir outras pessoas de ouvir, ver e conhecer determinados fatos. Confere o direito de esconder do conhecimento alheio fatos e situações recônditas, ambos muitas vezes mantidos em sigilo da própria família e amigos. Ou seja, do direito de manter longe da bisbilhotice alheia seus segredos, amores, doenças, traumas e manias.

Contudo, com o estudo publicado na *Harvard Law Review*, por Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, há um aperfeiçoamento da compreensão do direito à intimidade para se amoldar à nova realidade tecnológica do final do século XIX. Àquela época, as inovações, capitaneadas pelas fotografias instantâneas e pela invasão provocada pela imprensa e fotógrafos, demonstraram a necessidade de aprimorar os então existentes instrumentos de proteção da pessoa. Ora, se o Direito está jungido à realidade circundante, decerto que o desenvolvimento da lei era inevitável, o que fez o Juiz Cooley defender a existência do direito “de ser deixado em paz” (*right to be let alone*). Sob esse aspecto, bem significativa é a passagem do artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis:

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops.’²⁰³

²⁰³ Recentes inovações e métodos negociais chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado com vistas à proteção da pessoa e para segurança do indivíduo, aquilo que o Juiz Cooley chama de o direito “de ser deixado em paz”. Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram o espaço sagrado da vida doméstica; e numerosos aparelhos mecânicos ameaçam tornar realidade o vaticínio de que “[...] o que é

E os citados autores finalizam confirmando que “[...] durante anos tem havido um sentimento que a lei deve oferecer algum remédio à circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas e o mal da invasão da privacidade por jornais.”²⁰⁴

E esse cenário se tornou ainda mais assustador diante das tecnologias contemporâneas, do *big data*, da quantidade de dados dos consumidores que são armazenados e passam a ter significativo valor para as práticas comerciais e direcionamento da atuação empresarial.

Nesse contexto, a solidão e a clausura tornaram-se ainda mais relevantes para o indivíduo, pois as invasões e bisbilhotices à intimidade e à vida privada da pessoa passaram a infligir extrema consternação mental. E a perspectiva da intimidade como o direito de ser deixado em paz ostenta relevância ainda maior quando se visualiza os extremos achaques aos quais estão submetidos os consumidores na oferta de serviços não desejados.

Constantemente, os consumidores são alvejados por ofertas de serviços ou produtos que em momento algum foram solicitados e desejados pelo consumidor. São “cartões enviados sem nenhum custo” ou “escolha para participar de promoções”. Essas ofertas são apresentadas das mais diversas formas e por canais de comunicação existentes, seja através de ligações telefônicas insistentes e nos horários mais indesejados, seja através do envio de *e-mails* ou de inserção comercial nas redes sociais dos consumidores. Ora, basta realizar pesquisa sobre determinado produto ou serviço nas redes sociais para, logo em seguida, ocorrer verdadeiro bombardeio de anúncios comerciais indesejados e não requeridos. Ou, então, quando se encerra contrato de prestação de serviço com determinada empresa e o consumidor passa a ser contatado com ofertas para reativar o seu contrato, mesmo diante da negativa contundente em não querer mais ser importunado.

Em que pese a gravidade da violação que tais condutas causam à privacidade dos consumidores, a situação foi retratada por *site* de humor, o qual anunciava que a polícia havia apreendido sapatilha que perseguia mulher por oito meses na Internet²⁰⁵, ou outra notícia, alardeando que mulher conseguiu na Justiça que *banner* de sapatilha não ficasse a menos de

sussurrado no armário deve ser anunciado do topo da casa”. (tradução nossa) (WARREN; BRANDEIS, *op. cit.*, 1980, p. 195)

²⁰⁴ *Id.*, *ibid.*, *loc cit.*

²⁰⁵ Em que pese o *site* de humor não tratar de situação verídica, revela a realidade de ofensa à privacidade dos consumidores. No texto do referido *site*, a situação foi assim retratada: “Um pesadelo teve fim nesta quinta-feira para a professora universitária Luísa Aragão, de 35 anos. Desde meados do ano passado, ela vinha sendo implacavelmente perseguida por uma sapatilha vermelha da marca Crocs na internet. Mudava de *site*, trocava a rede social e lá estava a sapatilha, ameaçando sua liberdade.” Disponível em: <https://www.sensacionalista.com.br/2015/03/19/policia-apreende-sapatilha-que-persegue-mulher-ha-seis-meses-na-internet/>. Acesso em: 7 jan. 2019.

250 metros de distância da consumidora.²⁰⁶ O lado humorístico concedido ao factoide não desmerece a importância da questão. Ao contrário, faz emergir a necessidade de mais cuidado e atenção com essas práticas que alvejam direito fundamental do consumidor.

A tormenta ganha contornos ainda mais graves quando tais serviços e produtos são ofertados aos consumidores por ligações telefônicas, cuja insistência, quantidade de vezes que ocorrem e os horários em que são realizadas transformam a vida daquela pessoa em verdadeiro martírio.

A Suprema Corte Norte Americana, valendo-se dessa amplitude do *right to privacy* como o direito de ser deixado só, reconheceu a constitucionalidade de Lei Federal que permitia aos moradores solicitar ao governo a não entrega em domicílio de material de propaganda considerada sexualmente provocativa.²⁰⁷ No entendimento da Corte Suprema Estadunidense essa prática estaria em confronto com o direito a privacidade.

Nesse ponto, cumpre realçar que a carga de restringibilidade do direito fundamental à intimidade e à vida privada já é bastante reduzida, de forma que eles prevalecem em algumas situações sobre outros direitos e princípios também fundamentais. Essa carga restritiva se apresenta ainda menor quando analisados se esses mesmos direitos fundamentais estão sendo exercitados no âmbito doméstico.

Indubitável que a oferta de serviços e produtos não desejados pelo consumidor, quando efetivadas de forma desmedida, em horários inoportunos e mesmo após o consumidor verberar sua insatisfação, agride o seu direito constitucional à intimidade e à vida privada sob o espectro do direito do indivíduo de estar tranquilo em seu lar, de ser deixado em paz, de não ser perturbado, o que está insculpido como norma fundamental no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

E sabendo que essa prática se estabelece em face de um “sem número” de consumidores, emerge a dimensão transindividual desse direito. Não sendo assim, ao ficarmos circunscritos à matiz individual, os instrumentos voltados à defesa da intimidade e vida privada não serão aptos a efetivar a sua devida preservação diante de condutas que causam lesões massivas e que, analisadas individualmente, além de desestimular a busca pela efetividade do direito, não darão resposta transindividual ao problema existente.

²⁰⁶ Disponível em: <https://www.sensacionalista.com.br/2016/07/26/mulher-consegue-na-justica-que-banner-de-sapatilha-nao-fique-a-menos-de-250-metros-dela/>. Acesso em: 7 jan. 2019

²⁰⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Rowan vs US Post Office Department 397 US 728 (1970) . Argued January 22, 1970. Decided May 4, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/728/> Acesso em: 18 ago. 2018.

6.3.1 *Right to be let alone* e os inputs de informação

Ao ser provocada a manifestar-se sobre a constitucionalidade de legislação oriunda do Estado de Utah, que vedava a propaganda de cigarros e demais produtos feitos de tabaco em *outdoors* e sinais de trânsito, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu pela constitucionalidade da lei.²⁰⁸ De modo semelhante, esse mesmo Tribunal Supremo considerou constitucional a Lei de Trenton, capital do estado de Nova Jersey, que proibia a propaganda mediante carros de sons que produzissem bastante barulho.²⁰⁹

Em ambos os casos, a Corte Máxima daquele país trouxe como *ratio decidendi*, além de fundamentos como a poluição sonora e visual, a preservação do *right to be left alone*, indicando a privacidade como garantidor da constitucionalidade da lei. Mais do que preservar o interesse público ao silêncio, a poluição sonora e visual, a Suprema Corte estadunidense entendeu que as situações examinadas resvalariam no núcleo do direito à privacidade das pessoas como alicerce a justificar aquelas vedações.

E aqui se indaga de que forma a publicidade em *outdoor* ou a divulgação de propaganda em carros de som poderiam atingir o direito à privacidade do consumidor? A resposta passa pela análise das impressões sensitivas e pelo reconhecimento do direito ao controle dessas impressões, que José Adércio Leite Sampaio²¹⁰ denomina de *inputs* de informação.

De fato, a questão envolvendo os *inputs* de informação traz à tona a discussão quanto à possibilidade de o consumidor controlar impressões sensitivas oriundas do meio externo e que não foram espontaneamente buscadas ou desejadas. A palavra *input* tem origem inglesa e carrega o significado de entrada. Ao estabelecermos a ideia de *inputs* de informação, estamos atinando para a captação de informações, sensações e percepções captadas por uma pessoa. Em muitas oportunidades, a tranquilidade do consumidor poderá ser afetada por informações sensitivas, aquelas que se originam de sons, cheiros, luminosidade, imagens e reproduções e sensações térmicas, causando-lhe evidente turbacão moral.

Contudo, como adverte Gary L. Botswick, o mero fato de uma pessoa ser “capturada” por esses *inputs* de informação não significa a ocorrência da transgressão da sua intimidade ou vida privada, pois, nessas condições, esses mencionados direitos devem ser protegidos contra influências perturbadoras em face daqueles que não puderem se

²⁰⁸ SAMPAIO, *op. cit.*, 1998, p. 366.

²⁰⁹ *Id.*, *ibid.*, *loc cit*

²¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 364.

desvencilhar do *input* de informação.²¹¹ Na mesma toada, José Adércio Leite Sampaio pontua que:

Um direito a não ser excitado é mais amplo do que um direito a controlar *inputs de informação*, tendo-se em conta o objeto de proteção deste último: intimidade. As impressões sensitivas devem veicular uma informação não desejada pelo receptor que interfira em sua tranquilidade e provoque ou possa provocar turbção moral. O simples cheiro, ainda que intoleravelmente fétido, dificilmente induzirá um tal sentimento moral, o mesmo ocorrendo com o simples barulho ou impressões térmicas. Não se descarte todavia a possibilidade de violação da intimidade por uma luminosidade provocativamente dirigida, pelo uso de expressões faladas, ou escritas, ou pelo emprego de imagens apelativas.²¹²

O reconhecimento ao direito do controle desses *inputs* traz como consequência direta e imediata a própria preservação do direito à intimidade, grafado como o direito de ser deixado em paz ou, na forma adotada por Bostwick²¹³, a liberdade de não ser perturbado ou excitado.

Evidente que o direito ao controle desses *inputs* de informação apresenta matizes distintos, a depender do ambiente em que a intimidade do consumidor é desafiada por determinadas práticas mercantis, colocando-a em concorrência com outras liberdades, como a de expressão e da livre iniciativa. Assim, por exemplo, no ambiente residencial, o direito de ser deixado só, de não ser importunado tem destaque muito mais ressaltado do que quando em ambiente público.

Contudo, isso não revela a total desguarnição da intimidade dos consumidores nesses ambientes públicos, pois, ainda que sua carga de restringibilidade adquira maior amplitude, ela não poderá dismantelar o núcleo essencial desse direito. Por isso, mesmo fora do ambiente domiciliar, podemos ter a prevalência do direito fundamental à intimidade e à vida privada sobre outros direitos fundamentais, o que se justifica quando presente a figura do expectador cativo ou *captive audience*, expressão encontrada na jurisprudência norte-americana e que revela a situação de consumidores que ficam expostos aos *inputs* de informação, dele não podendo desvencilhar-se ou evitar.

Contudo, não se perca de vista que somente se poderá falar em proteção da zona sagrada, da esfera recôndita do consumidor, acaso esteja presente a expectativa razoável de

²¹¹ BOSTWICK, Gary L. A taxonomy of privacy: Repose, sanctuary, and intimate decision. *California Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1454, Dec. 1976.

²¹² SAMPAIO, *op.cit.*, 1998, p. 364-365. A fim de evitar-se a consagração do absoluto subjetivismo, defende Adércio a consideração do parâmetro do homem comum ou um grau de tolerabilidade ordinário indispensável à convivência humana. (p. 365).

²¹³ BOSTWICK, *op. cit.*, 1976, p. 1447-1483.

privacidade – *reasonable expectation of privacy*. Se for demonstrado que esta expectativa de privacidade não era razoável, tem-se certo que a exposição aos *inputs* de informação não se configura como violadora da intimidade e vida privada.

Não paira dúvida que os *inputs* de informação podem se apresentar como verdadeiro ultraje à intimidade e à vida privada do consumidor, revelando a necessidade de se viabilizar o controle dessas informações. E a amplitude dessa violação demonstra que o problema não pode ser dimensionado apenas sob a ótica da intimidade e da vida privada como direitos individuais, ficando mais uma vez realçada a transindividualidade que esses direitos reivindicam e precisam ser tratados, como forma de conferir-lhes maior efetividade.

7 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, foi realizada a análise da proteção constitucional da intimidade e da vida privada dos consumidores, especialmente no que toca à concepção transindividual desses interesses, como garantia de maior efetividade. Para isso, foram examinados conceitos, a defesa desses direitos em Textos Constitucionais estrangeiros, além da relação da intimidade e vida privada dos consumidores sobre diversos aspectos, tudo com o objetivo de poder apresentar critérios para se buscar o enfrentamento da problemática estabelecida. Diante disso, algumas conclusões puderam ser estabelecidas.

Demonstrou-se que o Estado não se apodera da titularidade exclusiva de violador dos direitos fundamentais e que, por isso, a eficácia desses direitos marcados pelo signo da fundamentalidade não estaria restringida apenas às relações, cuja presença do Estado estivesse confirmada. A avaliação mais detida das relações privadas acaba por desmascarar a falsa ideia de existência de completa autonomia e liberdade contratual entre particulares, demonstrando que essas relações também são marcadas pela presença do fenômeno do poder privado. Por isso, apresenta-se como falaciosa a concepção unidirecional dos direitos fundamentais, denotando-se que eles se apresentam como ordem objetiva de valores e que, por isso, gozam de eficácia horizontal (*drittwirkung*).

Avançando um pouco mais, observou-se que apesar do reconhecimento da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não fez com que se espargisse a sua completa efetividade, de modo que o constitucionalismo brasileiro tardio e a ausência de sentimento constitucional, oriundos de concausas históricas, políticas e jurídicas, dão intensa contribuição a esse quadro de ausência de efetividade dos direitos fundamentais. Demais disso, o discurso alardeante da constitucionalização vem em reforço dessa carência de maior efetividade dos direitos fundamentais e reforça a constitucionalização simbólica, atrofiando a função normativo-jurídica da Constituição e deixando ainda mais relevante o seu *deficit* de concreção normativa.

Por outro lado, o rompimento da disposição jurídico-política, calcada no liberalismo, difundido através da máxima *laissez faire, laissez passer*, para um arranjo em que o ser humano passa a ocupar o centro do ordenamento, colocou a dignidade humana como valor supremo e alicerce dos direitos fundamentais, e que, no caso do direito à intimidade e à vida privada, diante da sua vinculação a personalidade humana, esta sustentação conferida pela dignidade humana ganha contornos ainda mais evidentes. Nesse particular, conseguiu-se dissociar o direito à intimidade e à vida privada da teoria da propriedade, confirmando o

tratamento autônomo conferido a esses direitos; e que, apesar deles se avizinham – ou até mesmo estabelecerem uma relação de conteúdo e contido –, a distinção se oferece como garantia a máxima efetividade das garantias individuais.

Contudo, constatou-se que a identificação irrestrita e o tratamento material e processual da intimidade e da vida privada como direitos individuais, especialmente nas *mass consumption society* (sociedade de consumo em massa), vem demonstrando o desencaixe com a realidade circundante, implementada pela coletivização dos direitos. O aumento efusivo dos vínculos consumeristas atraiu, por consequência evidente, a prática de lesões massivas, fazendo com o que, mesmo esses direitos sendo tratados sob a ótica da individualidade, são maculados de forma ampla.

A coletivização dos direitos não trouxe consigo a imediata e corresponde coletivização processual necessária como instrumento de combate às lesões massivas perpetradas em face dos direitos fundamentais de cariz individual. Daí que, é urgente conferir reconhecimento da dimensão transindividual ao direito à intimidade e à vida privada e o seu tratamento coletivizado, porquanto ainda é de fácil percepção a contraposição entre o direito material coletivizado e o direito processual individualizado. Por isso, a fiar-se nos instrumentos individuais de reparação, estes direitos não gozarão da proteção necessária à sua completa efetivação. De mais a mais, o descompasso entre os conflitos de alcance coletivo e o arcabouço processual colocado à disposição alijam do jurisdicionado o efetivo acesso à justiça, revelando problemas como a atomização da conflitualidade, a desmotivação pela reparação do direito diante da lesão suportada pelo consumidor.

As lesões massivas enfrentadas pela intimidade e vida privada dos consumidores, além de responsáveis por apresentar a dimensão transindividual desses direitos posicionados na primeira geração de direitos fundamentais, exigiram efetividade de proteção, que será obtida com o reconhecimento da transindividualidade desses direitos, propiciando, inclusive, verdadeiro acesso à justiça.

No que concerne às relações de consumo, muitas podem ser as práticas empresariais que acabam por infligir o direito à intimidade e à vida privada, causando lesões massivas e exigindo tratamento processual supraindividual. Os vínculos consumeristas celebrados nessa sociedade de consumo de massa fazem com que o direito à intimidade e à vida privada dos consumidores se tornem alvo de investidas devastadoras, decorrentes de práticas empresariais, como é de ocorrer no armazenamento e tratamento de informações dos consumidores mantidas nos bancos de dados e na análise de risco de concessão de crédito, conhecida como *credit scoring*.

A sociedade de consumo em massa provocou um volumoso fluxo de informações pertinentes aos consumidores e, graças à evolução tecnológica, permitiu-se aos fornecedores de produtos e prestadores de serviços a possibilidade de armazenamento, tratamento e utilização desses dados, surgindo os bancos de dados e cadastros de consumidores. Se por um lado o surgimento dos bancos de dados e cadastros de consumidores possibilitaram ganhos, as ações empresariais e a proteção do crédito, por outro lado, acentuaram problemas atinentes à violação da intimidade e da vida privada do consumidor no manuseio dessas informações, inclusive acrescentando nova perspectiva no tratamento desses direitos fundamentais dos consumidores. De fato, a intimidade e a vida privada, passam a contemplar não apenas a liberdade negativa, assim entendida como direito a reserva, ao segredo pessoal. Amplia-se o espectro protetivo para estabelecer uma dimensão positiva, cristalizada pela autodeterminação informativa, como a faculdade conferida a todo consumidor de controlar seus próprios dados.

Mesmo diante da existência de regulamentações inespecíficas sobre a proteção de dados até o ano de 2018, isso não significou total abandono legislativo quanto a esta matéria, pois nosso ordenamento jurídico já sediava diplomas normativos que cuidavam, se não diretamente, de forma acessória da proteção de dados, a exemplo da Lei 9.296/96, 12.414/2011 (cadastro positivo), Lei 12.527/2011 (acesso à informação) e Lei 12.965/2014 (marco civil da internet), sendo que em 2018, a fim de colmatar a lacuna legislativa específica que existia e conceber maior segurança jurídica, foi publicada a Lei 13.709/2018 que passou a ser o diploma geral de proteção dados.

De igual modo, a análise de risco de concessão de crédito – *credit scoring* – também encontra restrições impostas pela intimidade e vida privada do consumidor, quando verificada a impossibilidade de utilização de dados sensíveis como parâmetro de ranqueamento do consumidor. Junte-se a isso que a utilização de informações inexatas ou excessivas não pode servir de indexador para se alcançar a avaliação do risco de concessão de crédito. Dentro desse quadro, a garantia de indenidade se apresenta como instrumento de proteção aos direitos fundamentais – incluindo-se a intimidade e a vida privada – e verdadeiro óbice a que o *credit scoring* sirva de ferramenta de retaliação ao consumidor, pelo exercício de determinado direito fundamental, a exemplo da liberdade de expressão e exercício de ação, revelando, inclusive, verdadeiro vilipêndio à vida privada dos consumidores.

A análise da intimidade e vida privada, especialmente nas relações de consumo, revela que esses direitos fundamentais expandem-se para abranger a concepção do direito de ser deixado só (*right to be let alone*), de modo que a insistente e inoportuna oferta de produtos não desejados pelos consumidores revela a agressão à sua intimidade e à vida privada, sob o

aspecto do direito de ser deixado em paz, de estar só. A intimidade e a vida privada também exigem proteção em face dos *inputs* de informação, permitindo aos consumidores controlar as impressões sensíveis não desejadas, diariamente experimentadas na sociedade de consumo.

Definitivamente, a compreensão dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada busca conferir condições favoráveis para a completa efetividade desses direitos, contornando o descompasso existente entre as lesões coletivas praticadas contra esses direitos e o tratamento processual individual à disposição, caminhando para verdadeira concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, Catarine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 132.
- ALEMANHA. Constituição (1949). Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- ARGENTINA. Constitución Nacional (1853). Disponível em: www.caserosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional. Acesso em: 12 de jun. 2018.
- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ABRANTES, José João. *Direito do trabalho: ensaios*. Lisboa: Edições Cosmos, 1995. p. 56.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.
- ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ASENSIO, R. Jiménez. *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 2, n. 2, jul/dez. 2016, p. 2. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623>
- BARROSO, LUIS ROBERTO. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROS, Suzana de Vidal Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. *Revista do Serviço Público*, ano 39, v 110, n 2, abr/jun. 1982, p. 1-178.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*?. Brasília, DF: Biblioteca Digital Jurídica, 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>

BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSTWICK, Gary L. A taxonomy of privacy: repose, sanctuary, and intimate decision. *California Law Review*, v 64, p. 1447/1483, 1976.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 441/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160860>. Acesso em: 26 mar. 2019)

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em 8 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 163231-3/SP*. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 26/02/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>. Acesso em: 22 jul 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 1.790-5/DF*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Requerido: Presidente da

República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ: 23/04/1998. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento 655.298-3/SP*. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Agravante: Ubirajara dos Santos Macieira. Agravado: União. Publicado no DJ no dia 28/09/2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489310>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201.819-8/RJ*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ: 27.10.2006. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Ação civil pública nº 0016416-62.2006.4.01.3300*. Autor: Ministério Público Federal; Réu: Superintendência de Meio Ambiente que tramita na 13ª vara federal da seção judiciária de Salvador.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011

BRAVO-FERRER, M. Rodríguez-Piñero. Tutela Judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales. BORRAJO DACRUZ, Efrén et al. (coord.). *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*. Madrid: La Ley, 2003.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los limites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano II, n. 5, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. *Reveu Internationale de Droit Comparé*, v. 27, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represália patronal*. São Paulo: LTr, 2013.

CASAS BAAMONDE, M.E. Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional). In: CASA BAAMONDE, M.E. DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.). *Las transformaciones del*

derecho del trabajo em el marco de la constitución española: estúdios em homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid: La Ley, 2006. p. 697.

CASTRO Y BRAVO. Frederico de. Los llamados derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1237-1275, oct./nov.1959.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. actual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 23, jul.- dez./2003.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: um análise jurisprudencial de la L.O 1/1982*. Barcelona: Bosch, 1996.

CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: www.constituteproject.org. Acesso em: 12 de jun. de 2018.

CORNELL LAW SCHOOL. Katz vs. United States, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/389/347#writing-USSC_CR_0389_0347_ZC1. Acesso em: 12 jul. 2018.

COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI, Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC – Vol. 8 - Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 623-639).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 14/1193. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2143>. Acesso em: 9 jan. 2019.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Rowan vs US Post Office Department 397 US 728 (1970). Argued January 22, 1970. Decided May 4, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/728/> Acesso em: 18 ago. 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 35-36.
- FRANCE. *Code Civil*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20181207>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- FROSINI, Vittorio. Bancos de datos y tutela de la persona. *Revista de Estudios Políticos*, n. 30, Nov./Dic., 1982, p. 24
- GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HESSE, KONRAD. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOMERO. *Odisseia*. Tradução: Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Atena, 2009.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. Amherst. New York: Prometheus Books, 2004.

- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 1.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- MARQUES, Cláudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*. Madrid: Civitas, 1992.
- MATOS, Gregório de. *Poemas escolhidos*. 13. ed. São Paulo: Cutrix, 1997.
- MAZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELES. Edilton. *A Constituição do trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014. p. 74.
- MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MORI, Amaury Haruo. *O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português*. São Paulo: LTr, 2011.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reformar, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Tradução: Peter Nauman. São Paulo: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OFFICIAL UK LEGISLATION. *Human right act 1998*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/pdfs/ukpga_19980042_en.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykson, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Informática y libertad. Comentário al artículo 18.4 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Políticos*, n. 24, Nov./Dic., 1981, p. 34.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada*. In: *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 22, 2000, p. 59.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, v. 7.

PORTUGAL. Constituição (1976). In: PORTUGAL. Assembleia da República. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 2 dez. 2018.

REALE Jr., Miguel. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RIPERT, Georges. *Les forces creatrices du Droit*. 2^{ème}. ed. Paris: LGDJ, 1995.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROMITA. Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5 ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

RUBIO, Ferreira. *El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 Bis del Código Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na justiça do trabalho: da substituição processual a sentença genérica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 41, 2012, nota 3, p. 79. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+41-2012.pdf/b714a724-19ce-4d5c-b879-b2de5108e09e>. Acesso em: 22 jul. 2018

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 56-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, tópicos e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 150-151.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível Hermenêutica Constitucional em busca da Efetividade*. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Constituição e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora LTR, 2011

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: Ltr, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade*. Out. 2009. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/46-a-suprema-corte-dosestados-unidos-e-o-direito-a-intimidade.html>> Acesso em: 13 jul. 2018

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional*. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÓN, Sandra Lia. *Proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos da teoria geral do direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Ródnei Bernardino. *O modelo de collection scoring como ferramenta para a gestão estratégica do risco de crédito*. 2000. 75 p. Dissertação (MBA) - Curso de Pós Graduação da EAESP/FGV, São Paulo.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, jun. 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Constituição (2004). Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acesso em: 14 de jul. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951. Acesso em: 12 jun. de 2018. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, Dec. 15, p. 193-220, 1980.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 45.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1980, p. 195.

WATANABE, Kazuo *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 886

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do Right of Privacy nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 3, jan/mar 2015, p. 10.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva dos direitos*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito - Universidade Federal do Rio Grande

do Sul. Porto Alegre. p. 42. Acesso em:
<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>.