

DIREITO À PRIVACIDADE E SEGURANÇA NACIONAL: UMA ABORDAGEM COMUNITARISTA-LIBERAL

Luis Cláudio Martins de Araújo¹

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha²

Resumo: O artigo tem por foco debater as tensões entre a privacidade individual e as medidas adotadas pelos Estados com vistas a assegurar a Segurança Nacional. Para tanto, será realizada uma breve análise conceitual do que se tem por Segurança Nacional, bem como da evolução da ideia de *privacy*. A seguir, serão investigadas as bases do pensamento comunitarista-liberal de Amitai Etzioni, e os critérios propostos pelo autor para equilibrar interesses individuais e o bem comum.

Palavras-Chave: Privacidade. Comunitarismo. Segurança Nacional. Direitos Fundamentais. Balanceamento.

RIGHT TO PRIVACY AND NATIONAL SECURITY: A COMMUNITARIAN-LIBERAL APPROACH

Abstract: The paper focuses on debating the tensions between individual privacy and the measures adopted by States with a view to ensuring national security. To this end, a brief

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

² Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

conceptual analysis will be carried out of what is meant by National Security, as well as the evolution of the idea of privacy. Next, the bases of communitarian-liberal Amitai Etzioni's thoughts will be investigated, as well as the criteria proposed by the author to balance individual interests and the common good.

Keywords: Privacy. Communitarianism. National Security. Fundamental Rights. Balancing.

Sumário: 1. A Obrigação do Estado em Assegurar a Segurança: Compreensão e Limites; 2. Considerações sobre o Direito à Vida Privada; 3. O balanceamento entre privacidade e segurança nacional sob a ótica do comunitarismo liberal; Conclusão.

INTRODUÇÃO



realidade contemporânea, visual, fugaz, tecnocientífica, a um tempo que trouxe avanços até então inimagináveis e potencializou exponencialmente o crescimento tecnológico, permitindo expandir ou mesmo relativizar conceitos tradicionais, sobre os quais se alicerçara, até então, toda a base cultural-filosófica sobre a qual se assentaram as sociedades ocidentais, expondo fragilidades e maximizou vulnerabilidades até então não imaginadas. Neste sentido, a excessiva massificação política, cultural e econômica tem apresentado novas ameaças às pessoas enquanto seres individualizados

Neste cenário, o direito à vida privada constitui importante instrumento de defesa para a preservação do indivíduo face aos constantes desafios de uma sociedade cada vez mais invasiva e desindividualizadora. Naturalmente que tal direito encontra limites e pode vir a colidir com outros direitos igualmente dotados de jusfundamentalidade. Neste caso, se faz necessário estabelecer critérios racionalmente sustentáveis que possam

fornecer *standards* interpretativos seguros, aplicáveis diante de situações concretas.

Um dos limites tradicionalmente apontados ao exercício do direito à vida privada residiria no interesse público em preservar a segurança nacional de seus cidadãos. O contexto global de uma sociedade em rede, com amplo fluxo de pessoas e dados, produtor de inúmeros choques culturais – no qual a sombra do terrorismo produz temores reais e imaginários, capitalizados politicamente – tem produzido um recrudescimento de medidas governamentais mundo afora³ e o acirramento do debate em torno da compatibilização entre o interesse público do Estado em salvaguardar a segurança de seus nacionais e o interesse privado em preservar aspectos da vida privada necessários ao desenvolvimento da personalidade humana. Este debate será o mote central deste *paper*, estruturado em três partes principais:

Inicialmente, será promovida uma análise da obrigação assumida constitucionalmente pelos Estados de assegurar a segurança nacional de seus cidadãos e do próprio Estado. Será promovida uma sucinta investigação sobre a origem histórica de tal dever, e os meios e limites necessários ao exercício de tal empresa por parte do Estado.

Num segundo momento, será estudada a privacidade, inicialmente através de uma tentativa conceitual que precise seu correto delineamento, para uma igualmente breve análise da virada histórica de tal direito, com foco na obra seminal de Warren e Brandeis e no caráter contemporâneo que foi atribuído por Rodotà.

Por fim, serão tecidas considerações sobre os critérios propostos pelo comunitarismo liberal, na vertente sustentada por Amitai Etzioni, para balancear estes dois aspectos, garantido um equilíbrio que assegure a segurança sem restringir indevidamente direitos individuais.

³ Das quais um dos mais relevantes exemplos é o *Patriot Act*, dos EUA, a ser analisado posteriormente neste trabalho.

1. A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM ASSEGURAR A SEGURANÇA: COMPREENSÃO E LIMITES

Proporcionar a segurança de seus nacionais é uma das funções essenciais do Estado, desde seu surgimento histórico. Mesmo o Estado liberal, essencialmente minimalista e não intervencionista, trazia como uma de suas tarefas proporcionar segurança aos cidadãos.

Silva, após apontar a amplitude do significado do vocábulo “segurança” (a compreender a segurança jurídica, seguridade social, segurança domiciliar *et coetera*) afirma que *segurança nacional* é termo referente às condições básicas de defesa do Estado, ao passo que *segurança pública* está ligada à manutenção da *ordem pública* interna⁴. Esta, por sua vez, é conceito jurídico aberto, sendo caracterizada por “uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

É do mesmo autor a advertência que, em nome de sua preservação “se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia”⁵. Na Constituição da República Federativa do Brasil, a tarefa de garantir a segurança pública é um dever do Estado, um direito e responsabilidade de todos⁶.

Em trabalho apresentado na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba, 1978, Netto, apresentou definição apresentada em voto proferido pelo

⁴ SILVA, 1999, p. 751-752.

⁵ SILVA, 1999, p.751.

⁶ CF/88, art. 144 -A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Ministro Aliomar Baleeiro no RE. 62.731, RTJ., vol. 45, que assim conceitua Segurança Nacional:

Segurança Nacional envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças internas e externas, sejam elas atuais ou imediatas, ou ainda em estado potencial próximo ou remoto"... Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces ruirão se admitirmos que representa Segurança Nacional toda a matéria que o Presidente da República declarar que o é, sem oposição do Congresso⁷.

De toda sorte, a preocupação com a garantia da segurança nacional e da segurança pública tem ganhado novos matices nos diversos ordenamentos jurídicos. A crescente desigualdade social e econômica sobre a qual se assentam os pilares de uma criminalidade emergente tem levado ao clamor popular pelo recrudescimento do tratamento repressivo por parte do Estado, o que culmina por permitir medidas questionáveis sob o ponto de vista das garantias constitucionalmente asseguradas aos jurisdicionados.

Ademais, no plano da segurança nacional e internacional, o fenômeno do terrorismo tem produzido a sensação de insegurança constante (especialmente no continente europeu e nos EUA, pós 11 de Setembro) pelo temor de um “inimigo sem face, nem nome”, o que tem conduzido à adoção de medidas legislativas e administrativas potencialmente lesivas aos direitos fundamentais dos próprios jurisdicionados. Percebe-se que o discurso do combate à violência como garantia da liberdade tende a voltar-se contra a própria liberdade.

Nos Estados Unidos da América, o *Patriot Act*, aprovado pelo Congresso em outubro de 2001, durante o governo Bush, permitiu a adoção de uma série de medidas atentatórias a privacidade dos cidadãos daquele país:

⁷ NETTO, Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/8829/6139>. p. 29. Acesso em: 09.07.2017.

Para a implementação daquelas medidas, o mesmo governo americano criou um departamento especial, denominado “Department of Homeland Security” (Departamento de Segurança Interna, com amplos poderes de restrição à movimentação de cidadãos em seu território, rigorosíssima vigilância em portos, aeroportos e fronteiras terrestres, mar territorial, processos de identificação sofisticados e toda uma parafernália de instrumentos visando a prevenção de novas medidas⁸.

É bem verdade que o *Patriot Act* tem sido, desde seu surgimento, alvo de inúmeras críticas dentro de sua terra natal. Para David Cole, a medida falha nos três princípios que deveriam guiar a resposta ao terrorismo: não reagir desproporcionalmente, não sacrificar as sólidas fundações da democracia americana - democracia, liberdade política e igual tratamento - e não sucumbir à tentação de trocar as liberdades das minorias vulneráveis - em particular a dos imigrantes - pela segurança do restante da população:

Infelizmente, o USA Patriot Act, o primeiro governo legislativo do nosso governo, ao tentar responder às ameaças colocadas até 11 de setembro, viola todos três desses princípios. Reagida de forma exagerada do mesmo modo como temos tão frequentemente reagido no passado: substituindo culpa por associação por medidas específicas orientadas para a conduta culposas. Ele viola princípios constitucionais nucleares, tornando os imigrantes deportáveis em razão de suas associações políticas, excluíveis por puro discurso e detentíveis quando o procurador-geral o disser. E ao reservar as medidas mais severas para os imigrantes - num futuro imediatamente previsível, imigrantes árabes e muçulmanos - sacrifica compromissos com a igualdade ao negociar a liberdade de um grupo minoritário para a segurança da maioria. Além de ser desprovida de princípios, nossa resposta será num todo provavelmente ineficaz. Pintar com uma ampla escova não é uma boa aplicação de uma ferramenta legal. Isso desperdiça recursos em inocentes, aliena as próprias comunidades com as quais precisamos estar trabalhando, e torna ainda mais difícil distinguir a verdadeira ameaça do espectador inocente⁹.

⁸ FILOMENO, 2016, p. 200.

⁹ COLE. In: ETZIONI, 2003, p. 35-36. Tradução nossa. No original: “Unfortunately,

Ora, não se nega a possibilidade de restringir eventualmente alguns direitos e liberdades individuais em nome da segurança nacional, cabendo ao governo o ônus de provar que tais concessões sejam estritamente necessárias¹⁰.

Exemplo de como o zelo pela segurança nacional pode produzir substanciais lesões à vida privada, a *Terrorist Watch List*, apelidada de *No-Fly List*, derivação do *Patriot Act*, permite ao governo americano submeter os passageiros de voos destinados aos EUA a questionamentos que vão da identificação de etnia até a refeição que lhes foi servida no trajeto, informações que, embora irrelevantes de modo individualizado, tem sido utilizada, após seu cruzamento com outros dados, para restringir a liberdade de locomoção e aceso, num claro exemplo de aplicação da teoria do *mosaico* (mencionada *infra*). A doutrina exemplifica o procedimento da *No-Fly List*:

Assim, antes mesmo que um passageiro entre em uma aeronave, as autoridades dos EUA já tomaram conhecimento a respeito de minuciosos dados a seu respeito, incluindo nome, sobrenome, idade, endereço, número do passaporte e do cartão de crédito, rendimentos mensais, preferências alimentares indicativas da religião do passageiro, viagens precedentes, nomes das organizações das quais a pessoa faz parte, tempo de permanência em cada país, em viagens anteriores, nome dos familiares e amigos mais íntimos, e outros tantos. Essas informações são armazenadas em um dispositivo de filtragem

the USA Patriot Act, our government's first legislative attempt to respond to the threats posed by September 11, violates all three of these principles. It overreacts in just the way that we have so often overreacted in the past: by substituting guilt by association for targeted measures directed at guilty conduct. It violates core constitutional principles, rendering immigrants deportable for their political associations, excludable for pure speech, and detainable on the attorney general's say-so. And by reserving its harshest measures for immigrants-in the immediately foreseeable future, Arab and Muslim immigrants-it sacrifices commitments to equality by trading a minority group's liberty for the majority's security. In addition to being unprincipled, our response will in all likelihood be ineffective. Painting with a broad brush is not a good law enforcement tool. It wastes resources on innocents, alienates the very communities we need to be working with, and makes it all the more difficult to distinguish the true threat from the innocent bystander".

¹⁰ ETZIONI, 2005, p. 44.

batizado *Computer Assisted Passenger Pre-screening* (Sistema Assistido por Computador para Controle Preventivo), que analisa as informações e classifica o indivíduo em níveis de periculosidade: verde para inofensivos; amarelo para casos duvidosos; e vermelho, para aqueles que devem ser impedidos de entrar no avião. Tal prática revela a sensibilidade da atividade de coleta, armazenamento e interconexão de dados pessoais no mundo contemporâneo¹¹.

É bem verdade também que, além do controle do ingresso nas fronteiras, o monitoramento nos espaços públicos por vezes remete à figura do *panóptico*, de Foucault e Bentham:

Em Londres, tendo-se como referência apenas espaços públicos, estima-se a existência de 2,5 milhões de câmeras de segurança; sendo que a imagem de um cidadão britânico médio é capturada cerca de 300 (trezentas) vezes em um mesmo dia. Em Nova York, circunscrita apenas à cidade de Manhattan, identificaram-se 2.397 (duas mil trezentos e noventa e sete) câmeras instaladas para o mesmo fim, David Freedman afirma, em matéria publicada na revista *Newsweek* chamada *Why Privacy Won't Matter*, que, nos EUA, no ano de 2006, já havia mais de 25 (vinte e cinco) milhões de câmeras de segurança espalhadas pelos locais públicos, estimando-se um aumento de dois milhões de câmaras, em um único ano, o que torna os americanos o segundo povo mais vigiado do mundo, perdendo apenas para os ingleses¹².

Ademais, o discurso da preservação da segurança nacional também tem servido como justificativa para o desenvolvimento de programas de espionagem estatais, muitas das vezes empregados para o favorecimento de empresas nacionais contra “concorrências injustas em países amigos”, numa deturpação de sua proposta original, bem como da premissa capitalista de livre concorrência.

Assim, desde o percussor sistema *Hollerith* (que permitia o armazenamento de dados sobre cidadãos através do emprego de aparelho eletromecânico que lia, organizava e armazenava dados com base em perfurações em cartões, de modo a

¹¹ VIEIRA, 2007, p. 254.

¹² VIEIRA 2007, p. 206-207.

identificar o titular de tais dados), programas como o anglo-americano *Programa Echelon* - cujas origens remontam à Guerra Fria, e posteriormente sendo administrado pela NSA, mas somente sendo conhecido do grande público em 1999, e com “capacidade global de vigilância, interceptando mais de 3(três) bilhões de comunicações diariamente, incluindo ligações telefônicas mensagens de *e-mail*, *downloads* da internet, transmissões por satélite e assim por diante -, *Carnivore* – de responsabilidade do FBI, consistente em sistema de *software* e *hardware* instalado em computadores com provedores de acesso à *internet* para fins de interceptação de comunicações em tempo real -, *Magic Lantern* – adotado em substituição ao *Carnivore*, introduzido nos computadores observados sem a necessidade de instalação física de filtros via provedor de acesso – e *TIASystems*, representaram ou representam restrições diuturnas e frequentemente abusivas aos indivíduos, - mesmo os que não ingressaram nos países responsáveis pela execução de tais ferramentas, nem pretendam fazê-lo -, dispensando muitas das vezes a intermediação judicial e o respeito às regras processuais, e vulnerando direitos individuais fundamentais¹³.

De toda sorte, em que pese a ocorrência de inúmeras críticas, um dos direitos postos em xeque pelo discurso da defesa - a todo custo – da preservação da segurança pública e da segurança acional é o direito à vida privada, que passa a ser analisada a seguir.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À VIDA PRIVADA.

Aspecto preliminar a ser enfrentado envolve estabelecer uma correta compreensão do significado de um direito à vida privada, estabelecendo ainda com maior precisão terminológica as diferenças entre as ideias de privacidade e intimidade.

¹³ VIEIRA, 2007, p. 240-249).

Parte da doutrina¹⁴ trata as expressões privacidade e vida privada como sinônimas, compondo ao lado da intimidade, a privacidade *lato sensu*. Outros autores, alegando a fluidez e ambiguidade de ambos os conceitos, decorrente de um certo grau de subjetivismo que os envolve, ressaltam a dificuldade de estabelecer fronteiras adequadas entre intimidade e privacidade, embora admitam que a Constituição brasileira, ao disciplinar a matéria, impôs sentido diferenciado a ambas¹⁵.

Por vida privada, tem-se as relações pessoais circunscritas a um círculo limitado de pessoas próximas ao titular do direito. Envolve uma conduta externa, portanto, cujo âmbito de pessoas que dela participarão é delimitado pelo autor do ato.

Intimidade, por sua vez, é conceito ligado aos momentos de isolacionismo, necessários à reflexão. É o refúgio do indivíduo em si mesmo, refletindo seus pensamentos e emoções, “re-lacionando-se a uma zona mais estrita da pessoa, àquilo que deve ser mantido em sigilo por revelar o íntimo do indivíduo”¹⁶. Dantas¹⁷ afirma que a intimidade reflete os pensamentos, ideias e emoções do indivíduo, não refletindo na vida privada de seus semelhantes e somente dizendo respeito a seu titular. A privacidade estaria assim ligada a um aspecto relacional – ainda que limitado -, tendo a intimidade índole exclusivista, ainda que ambas visem afastar a intromissão indevida de terceiros.

A concepção da vida privada em camadas decorre da visão alemã sobre o tema, denominada teoria das esferas. Esta doutrina estabelece a ideia de camadas (círculos), que conferem maior densidade ao direito a medida em que se aproximam de seus níveis interiores:

O primeiro grau diz respeito ao intangível, o indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à

¹⁴ VIEIRA, 2007, p.36.

¹⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 407. No mesmo sentido: AIETA, 1999, p. 96.

¹⁶ VIEIRA2007, p. 36.

¹⁷ DANTAS, 2016, p. 31-32.

dignidade humana; o segundo grau correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, estando sujeito à ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores; o terceiro grau, decorrente das relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem a relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual¹⁸.

Complementando a explicação, Tatiana Malta Vieira aponta que:

O primeiro círculo, de maior amplitude, representa a esfera privada – *Privatsphäre* ou *sphere of privacy* dos norte-americanos – excluindo-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da vida da pessoa. O segundo – *Intimsphäre* – compreende os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, somente permitindo àqueles indivíduos com os quais a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa. O terceiro e mais fechado dos círculos – *Geheimsphäre* – abrange a reserva, o sigilo, o segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadas da vida íntima *stricto sensu*¹⁹.

A teoria das esferas estabelece níveis de proteção graduais à vida privada, não sendo, contudo, imune a críticas. Condesa entende pela insuficiência desta teoria, alegando que a conexão entre diversas informações, isoladamente inofensivas e irrelevantes, pode causar danos à vida privada do sujeito de cuja formação se trata, independente se estariam ligadas à privacidade, intimidade ou segredo²⁰.

Interessante definição de privacidade nos é apresentada por Tatiana Malta Vieira, em obra dedicada ao tema:

O direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas

¹⁸ GRECO, 2011, p. 65.

¹⁹ VIEIRA, 2007, p. 37.

²⁰ *Apud* DANTAS, 2016, p. 33.

informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados²¹.

O conceito colacionado condensa as concepções clássica (que compreende a vida privada como um direito de isolamento) e contemporânea (que direciona sua noção para a autodeterminação informativa)²². Tais noções, contudo, são produto de um caminhar histórico que, segundo a supracitada autora, teria tido seus primeiros registros na Europa, durante a Idade Moderna, e se intensificado no século XIX:

No século XVI, já se proclamava na Inglaterra o *princípio da inviolabilidade do domicílio*, reverberado no brocardo *man's house in his castle*. Todavia, tal proteção não se estendia a outras espécies de privacidade (física, das comunicações, *decisional* e *informacional*), o que veio a ocorrer somente no século XIX, quando essas formas de privacidade ganharam contornos de um direito autônomo. Em 1846, foi publicado na Alemanha o trabalho de David Augusto Röder, intitulado *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, no qual o autor definiu como atos violadores do direito natural à vida privada, entre outros, incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar num aposento sem se fazer anunciar. Em 1858, o direito à privacidade foi reconhecido pela primeira vez na França, em sede jurisprudencial, quando o Tribunal de Sené, no conhecido caso *Affaire Rachel*, reconheceu à família de uma famosa atriz o direito de não publicarem sua imagem no leito de morte²³.

Lafer²⁴ afirma que, na Idade Moderna, a intimidade (como aspecto da vida privada) permite ao indivíduo os momentos de isolamento necessários à reflexão, encontrando em Rousseau seu primeiro teórico moderno. Em sua visão, o espaço público ameaçaria a esfera do que é íntimo, causando-lhe um desconforto, e a privacidade surgiria como um mecanismo de

²¹ VIEIRA, 2007, p. 30.

²² De notar-se que a autora se refere à “privacidade” como gênero, compreensivo das ideias de vida privada e intimidade. Para fins deste *paper*, considerar-se-á *vida privada* como gênero, e *privacidade* e *intimidade* como espécies, conforme já mencionado.

²³ VIEIRA, 2007, p. 40.

²⁴ LAFER, 1988, p. 365-369.

resposta, uma reação rebelde ao “conformismo nivelador da sociedade”²⁵.

Arendt, por sua vez, esclarece que o inconformismo rooseuniano não se dirigia à opressão do Estado propriamente dita, mas ao desnudamento ao qual a sociedade expunha e oprimia o indivíduo:

O primeiro eloquente explorador da intimidade e, até certo ponto, o seu teórico, foi Jean-Jacques Rousseau (...). Ele chegou à sua descoberta mediante uma rebelião, não contra a opressão do Estado, mas contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, contra a intrusão desta última em uma região recôndita do homem que, até então, não necessitava de proteção especial. A intimidade do coração, ao contrário do lar privado, não tem lugar objetivo e tangível no mundo, e a sociedade contra a qual ela protesta e se afirma não pode ser localizada com a mesma certeza que o espaço público. Para Rousseau, tanto o íntimo quanto o social eram, antes, formas subjetivas da existência humana, e em seu caso era como se Jean-Jacques se rebelasse contra um homem chamado Rousseau. O indivíduo moderno e seus intermináveis conflitos, sua incapacidade tanto de sentir-se à vontade na sociedade quanto de viver completamente fora dela, seus estados de espírito em constante mutação e o radical subjetivismo de sua vida emocional nasceram dessa rebelião do coração²⁶.

O grande marco teórico do direito à vida privada, contudo, surge nos EUA, em decorrência de episódio vivido pela atriz Marion Manola, descrito por Konder:

Em 1890, Marian Manola, em uma cena da peça de teatro “Castles in the air”, na qual aparecia com roupas íntimas, viu-se surpreendida pelo espocar do flash da câmera de um fotógrafo do *The New York Times* (Myers), que se escondera entre os objetos cenográficos no palco. Transtornada ao compreender o que tinha ocorrido, Marian se cobriu com um cobertor e fugiu do palco no meio do espetáculo, vindo depois a dar origem ao processo “Manola vs. Myers” junto à Suprema Corte de Nova York²⁷.

²⁵ DANTAS, 2016, p. 20.

²⁶ ARENDT, 2013, p. 47.

²⁷ KONDER, 2013, p. 356.

O caso teria sido a inspiração para os advogados Samuel Warren e Louis Brandeis publicarem na *Harvard Law Review* o artigo *The Right to Privacy*, desde então tido como o ponto de partida para a compreensão da vida privada como um direito individual²⁸, “*the right to be left alone*”. Conforme já mencionado em outra passagem:

O texto, escrito a fins do séc. XIX, antevia a necessidade de estabelecer a proteção do indivíduo, em seus momentos de reclusão, ou em seu seio familiar, sendo concebida como um direito de exclusão diante do risco de danos proporcionado pelas tecnologias, cada vez mais invasivas, que permitiam perpassar os necessários espaços de vida doméstica, bem como a postura excessivamente intrusa da imprensa²⁹.

A noção inicial de *privacy* é tipicamente liberal burguesa, marcada por seu caráter essencialmente exclusivista e fortemente associada ao direito de propriedade. Já àquela época, o texto alertava para os riscos que o progresso tecnocientífico acarretava para os indivíduos, privando-os de seus necessários momentos de reclusão:

A intensidade e complexidade da vida, que acompanham continuamente os avanços da civilização, tornaram necessário algum retiro do mundo, e o homem, sob a influência refinadora da cultura, se tornou mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a privacidade se tornaram mais essenciais para o indivíduo; mas a moderna empresa e invenções têm, através de invasões sobre sua privacidade, submetido a sofrimentos mentais e angústias, muito maiores do que as que poderiam ser infligidas por uma mera injúria física³⁰.

²⁸ Schreiber (2014, pp. 136-137) aponta que o artigo teria sido motivado pelo excessivo destaque dado pelos jornais de Boston à vida social de WARREN, o que explicaria, em sua visão, o sentido essencialmente individualista atribuído a tal direito.

²⁹ PINHO; ROCHA 2017, p. 282..

³⁰ BRANDEIS; WARREN 1890, p. 03. *Tradução* nossa. No original: “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

Os autores, vale ressaltar, previram limites à proteção do referido direito, dentre os quais a publicação de tema de interesse geral do público, autorização legal para publicação, ou consentimento do indivíduo retratado³¹.

Muito embora a intenção original do trabalho fosse salvaguardar o direito à vida privada da invasividade dos meios de comunicação, é preciso analisar se um suposto interesse público em revelar (ou ao menos acessar) informação particular potencialmente comprometedora da segurança nacional constituiria um critério válido para suplantar a proteção dada a referido direito. De igual modo, leis que autorizem invasões na esfera privada com a justificativa de salvaguardar a segurança nacional precisam ser cotejadas com tais interesses fundamentais. Neste sentido, as normas processuais autorizadas de ruptura de sigilos bancário ou de comunicações surgem como garantias contra o potencial arbítrio estatal.

Ademais, cabe lembrar que a noção de vida privada foi redefinida por Rodotà, que, criticando o caráter excessivamente individualista e tipicamente liberal-burguês como insuficiente para conferir à vida privada proteção plena diante do contexto global (muito embora, ainda aplicável em dada medida), redefina-a como o direito à autodeterminação informativa, assegurando a cada um o controle sobre o fluxo de dados que ajudam a compor seu perfil identitário:

As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias de informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças de seu conceito. Uma definição de privacidade como “direito a ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a

could be inflicted by mere bodily injury”.

³¹ VIEIRA, 2007, p. 41.

situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações³².

Do mesmo modo que Warren e Brandeis, Rodotà compreendeu que os avanços tecnológicos impunham um repensar dos instrumentos jurídicos de tutela da vida privada, bem como uma maior emergência de sua proteção. A fragilização do sujeito em sua vida privada compromete-o em sua própria identidade enquanto pessoa humana, ameaçando-o em sua dignidade.

Tal ameaça também não passou despercebida por Canotilho³³, que fala em uma “digitalização dos direitos fundamentais”, traduzido na faculdade do titular determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais, exigindo a criação de novos meios de defesa jurisdicionais.

Assim, pode-se observar que o significado histórico da privacidade passa por uma transposição do “direito a ser deixado só”, para o direito à “autodeterminação informativa”, se apartando de uma concepção meramente ligada à propriedade, para vincular-se à pessoa, em que o exercício de autonomia, deixa de estar apenas atrelado ao isolamento, para refletir a construção da própria identidade, que se faz mediante o controle acerca dos dados pessoais.

Diante desta nova conceituação, é possível identificar algumas dimensões da privacidade, como na doutrina de Vieira³⁴, que aborda a privacidade física (protegendo o corpo do titular do direito contra procedimentos invasivos não autorizados), domiciliar (cujo objetivo é preservar o domicílio ou local de trabalho do titular ameaçado), de comunicações (evitando sua

³² RODOTÀ, 2008, p. 92.

³³ CANOTILHO, 2003, p. 514-515.

³⁴ VIEIRA, 2007, p. 31-34.

interceptação, violação e propagação indevida de conteúdo por terceiros), decisional (ligada à ideia de autodeterminação, que pode ser considerada em relação aos próprios dados ou mesmos a valores íntimos do titular, correspondentes a seu projeto existencial) e informacional (que busca proteger os dados que traçam o perfil identitário do titular e sejam correlatos à sua intimidade, ou suas relações pessoais).

Assim, é possível sustentar que a proteção ao domicílio, à comunicação e mesmo ao corpo possuam caráter mais instrumental, na medida em que permitem assegurar o exercício da privacidade (vida privada), decisional e informacional.

Ademais, a compreensão exata dessas dimensões é relevante para os propósitos desse trabalho, e justifica uma análise um pouco mais detida, na medida em que cada uma delas frequentemente é alvo de violação específica, sob a alegação de sua restrição/superação ser necessária à salvaguarda de interesses coletivos, como a segurança nacional.

Vieira, desta forma, nos mostra que a privacidade física teve sua existência reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão, no caso *BverfGe 16.194 – Liquorentnahme*, de 1963, ao considerar procedente a reclamação constitucional apresentada por um empresário daquele país, forçado a se submeter a uma intervenção cirúrgica para retirada de líquido cefalorraquiano, com propósito de demonstrar-se sua imputabilidade³⁵.

A Corte na ocasião entendeu que “o interesse público no esclarecimento de crimes não justifica a violação à incolumidade física do reclamante(...)”. No que particularmente se refere à privacidade física, é preciso esclarecer que esta será considerada um aspecto da privacidade (vida privada), sempre que relacionada a algum aspecto íntimo/particular do titular, sendo a conduta invasiva do corpo físico, aqui, mero instrumento para alcançar tais fatos/informações.

Assim, a integridade física, em si, seria um direito da

³⁵ VIEIRA, 2007, p. 33.

personalidade dotado de proteção própria e autônoma, sendo possível que um mesmo fato seja violador de ambos os direitos, ou que haja violação da integridade física não causadora de lesão à vida privada, como uma deformidade física causada por um procedimento médico equivocado.

Portanto, haveria que se avaliar, *in concreto*, qual o direito preponderantemente violado. Deste modo, uma lesão insignificante ao corpo – como, *e.g.*, a obtenção não consentida de fio de cabelo ou amostra de tecido para fins de identificação genética deve, quando injustificada, representar uma lesão à privacidade física e não ao corpo físico propriamente dito.

No que se refere à privacidade domiciliar, ainda, Mendes e Branco³⁶ esclarecem que o STF estende a garantia constitucional para “(a) todo e qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”³⁷.

Neste sentido, a proteção do domicílio como *locus* máximo da vida privada, resultante da máxima “*man’s house in his castle*” alcançou seu ápice no pensamento liberal-burguês, que identificava a vida privada como vinculada ao direito de propriedade, deixando ao desamparo o sujeito não proprietário.

Contudo, a restrição da privacidade ao âmbito domiciliar não mais se justifica nos tempos atuais, em que o domicílio não é mais a “casa-fortaleza”, mais aproximando-se da “casa-vitrine”, na qual, cada vez mais, realizam-se interações sociais³⁸.

A barreira física dos portões fechados não é mais adequada para fornecer a tutela plena das relações íntimas e a ideia de que a vida privada encontra sua suficiente guarida *intra muros* perde força a partir do momento em que o advento

³⁶ MENDES; BRANCO, 2017, p. 290.

³⁷ MS-MC 23.595, DJ 01.02.2000, rel. Min. Celso de Mello.

³⁸ RODOTÁ, 2008, p. 25.

da *internet* e de todas as interações permitidas por ela trouxeram o campo das relações sociais para o interior do lar.

Importante ressaltar também que, sendo a vida privada parte componente da personalidade de seu titular, irá segui-lo onde quer que se encontre, não podendo a sua permanência em local público levar à conclusão de que se encontre desguarnecido (embora possa implicar em um nível menor de proteção, em alguns casos), sendo este um falso parâmetro. É possível encontrar precedente nesse sentido, oriundo da jurisprudência alemã:

A Corte, em 03 de março de 2004, prolatou decisão (*BverfGe 109 279 – Lauschangriff*) sobre ato normativo que regula a “escuta secreta” por parte de agentes do Estado. Em 1998, foram inseridos limites significativos ao direito fundamental à privacidade do domicílio com o objetivo de incrementar a segurança pública diante do crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado na Alemanha. O ato normativo, apreciado pelo Tribunal, previa a possibilidade de utilização de minúsculos microfones e micro-câmeras no interior do domicílio de suspeitos de crimes, sem o conhecimento do morador – titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. *O Tribunal julgou a reclamação parcialmente procedente, manifestando-se no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança pública sempre que a vigilância acústica conduzir ao levantamento de informações provenientes do núcleo absolutamente protegido da vida privada – esfera da intimidade em sentido estrito (Geheimsphäre).* Segundo o Tribunal, o direito à privacidade domiciliar, à época em que foi criado – impunha-se contra a intromissão física de agentes públicos no interior do domicílio dos cidadãos; hoje, com os novos artefatos tecnológicos, deve ter seu âmbito de proteção estendido para abranger outras formas de intromissão. Nesse contexto, a observação de um indivíduo mediante procedimento sigiloso do Estado, não viola, em si, o direito ao respeito, mas devem ser traçados alguns limites, por serem invioláveis as expressões decorrentes dos processos internos das pessoas, como pensamentos, pontos de vista e experiências personalíssimas, bem como a sexualidade. *Assim, a vigilância acústica e por imagem para fins de segurança*

*pública viola a dignidade humana e a privacidade quando o núcleo da conformação da vida privada não é respeitado*³⁹.

Da mesma maneira, a privacidade (vida privada) de comunicações é essencial para a salvaguarda do direito à liberdade de expressão. Cabe novamente ressaltar seu caráter instrumental, dado que o que se pretende preservar é o conteúdo da correspondência (telefônica, por *e-mail*, e quaisquer outros meios permitidos pela tecnologia).

A privacidade informacional, em Perlingieri, notadamente quando situada no gerenciamento de informações obtidas no âmbito de atividade estatal encontra uma dupla face, servindo não somente para o estabelecimento de limites negativos ao direito de acesso, mas também como título a participação no procedimento como tais informações são obtidas e tratadas⁴⁰. Vieira novamente associa a origem deste direito à jurisprudência alemã:

O referido direito foi reconhecido pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, de 25 de março de 1982, em que se ordenou – para fins estatísticos – o recenseamento geral da população coletando-se dados relacionados à profissão, à moradia, ao domicílio e à renda. A lei buscava reunir informações tanto sobre o crescimento populacional, distribuição espacial das pessoas, composição segundo características demográficas e sociais, quanto sobre atividades econômicas. O ato normativo previa também a possibilidade de comparação dos dados levantados com registros públicos já existentes e a transmissão das informações colhidas a repartições públicas federais, estaduais e municipais. A Corte, em decisão datada de 15 de dezembro de 1983 (*BverfGE 65, 1 – Volkszählungsurteil*), julgou nulos os dispositivos relacionados à comparação e à transmissão dos dados para repartições públicas; reconhecendo o direito à *autodeterminação informativa*, ou seja, o direito que cabe a cada indivíduo de controlar e de proteger os próprios dados pessoais, tendo em vista a

³⁹ VIEIRA, 2007, p. 160-161.

⁴⁰ PIERLINGIERI, 2008, p. 870.

moderna tecnologia e processamento de informação⁴¹ (VIEIRA, 2007, p. 35).

É no aspecto decisional da vida privada que se encontra seu cerne, na medida em que o valor tutelado aqui é justamente a autonomia do sujeito em relação às informações a ele pertencentes, bem como sua opção por aqueles com quem deseja partilhá-las. Novamente Vieira nos traz manifestações jurisprudenciais sobre este aspecto, desta vez na seara da Suprema Corte dos EUA:

Em 1965, a Suprema Corte Americana, no caso *Griswold v. Connecticut*, afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual, que caracterizava como crime, inclusive entre casais casados, o uso de métodos anticoncepcionais artificiais. Fundamentou-se tal decisão no *right to privacy* que, embora não previsto no texto constitucional americano, poderia ser inferido, mediante interpretação sistemática, protegendo-se decisões individuais a respeito de questões envolvendo a vida familiar, o uso de anticoncepcionais, a escolha de escola para os filhos, dentre outros temas. No caso *Roe v. Wade*, em 1973, a Corte foi mais além, decidindo que o direito à privacidade se impõe com amplitude suficiente para conferir à mulher a decisão de interromper ou não a gravidez até o terceiro mês⁴².

Em outra passagem dramática do direito daquele país, a Suprema Corte de New Jersey concedeu ao pai de Karen Ann Quinlan⁴³ o direito a decidir que fossem desligados os aparelhos de suporte vital que a mantinham viva, considerando que tal decisão estava ligada à esfera de sua privacidade⁴⁴.

⁴¹ VIEIRA 2007, p. 35.

⁴² VIEIRA, 2007, p. 34.

⁴³ Karen Ann Quinlan, filha adotiva de Joseph e Julia Quinlan, era uma jovem de 21 anos quando deu entrada no hospital de Sta. Clare de Denville, em New Jersey, no dia 21.04.75, em estado vegetativo persistente em virtude da ingestão de drogas e álcool. Foi mantida viva através do recurso de um respirador artificial. Após o diagnóstico, seus pais manifestaram o desejo de suspender-lhe o tratamento, fato recusado pela direção do hospital, ao argumento que “a postura dos médicos é sempre defender a vida e Karen era maior de idade. Para levar a frente seu desejo tinham de recorrer à justiça e conseguir que um juiz nomeasse como tutor o pai de Karen” (PESSINI, 2004, p. 110).

⁴⁴ DIAS, 2012, p. 164.

Sucintamente estruturada a compreensão em torno das variações conceituais que tem experimentado o direito à privacidade/vida privada, bem como as dimensões que a integram, se passará a analisar o discurso que justifica sua restrição (e eventualmente mesmo sua supressão) pautada na garantia da segurança nacional e será apresentada uma tentativa de estabelecer critérios equilibradores entre os dois interesses por meio do recurso ao pensamento comunitarista liberal.

3. O BALANCEAMENTO ENTRE PRIVACIDADE E SEGURANÇA NACIONAL SOB A ÓTICA DO COMUNITARISMO LIBERAL.

Sendo a privacidade e a intimidade consideradas contemporaneamente como direitos da personalidade, há que se questionar se sua tutela se pauta por critérios individualistas (que tomam em conta exclusivamente os interesses da pessoa protegida) ou comunitaristas (que consideram o impacto da tutela de tais interesses no corpo social, não cabendo a proteção de interesses egoísticos, não diretamente conexos ao núcleo dos direitos componentes da personalidade). Dentro destas abordagens possíveis, Vieira nos lembra que:

Com o avanço do terrorismo, a corrente comunitarista conquista cada vez mais adeptos. Analisa-se a proteção da intimidade e da vida privada das pessoas não mais sob o aspecto do interesse individual de invocar-se o direito subjetivo de estar só e não ser importunado por intervenções de terceiros, mas em razão dos interesses de todo um grupo social. Revistas íntimas em aeroportos, câmeras de vigilância instaladas indiscriminadamente, interconexão de informações pessoais armazenadas em diferentes bancos de dados, preenchimento de extensos formulários, interceptações telefônicas sem individualização dos investigados, monitoramento eletrônico, e tantas outras medidas evidenciam-se como procedimentos a que os governos recorrem para combater as organizações criminosas, cerceando,

em consequência, a privacidade de toda a coletividade⁴⁵.

É preciso esclarecer que o termo “comunitarismo”, tal qual empregado nessa passagem, não se confunde com o comunitarismo liberal, conforme se perceberá a seguir. A mesma autora, adiante, continua a desenvolver seu raciocínio sobre o tema:

Todo cidadão deve estar atento tanto para o novo cenário mundial que se descortina quanto para a necessidade de se combater com veemência a atividade ilícita em referência, que provoca a morte de tantos inocentes; entretanto, há que ter um mínimo de razoabilidade para não se descambar para extremismos, numa irreversível aniquilação da privacidade. Deve o caráter comunitarista traduzir-se por ações em exata medida que não fulminem a privacidade – preceito tão caro à dignidade da pessoa humana e indispensável à preservação da liberdade de consciência, de crença, e de expressão. O direito à privacidade e o bem jurídico *segurança pública* devem ser devidamente sopesados mediante aplicação do *princípio da proporcionalidade*, previsto expressa ou implicitamente na Constituição de todos os Estados Democráticos de Direito⁴⁶.

Schreiber aponta para os riscos da adoção de um discurso falacioso que, pretendendo sacrificar a vida privada individual em nome de um maior nível de preservação da segurança nacional, tende a paradoxalmente culminar em uma “crescente sensação de insegurança, calcada em medidas governamentais assustadoras, como a invasão de domicílios, a instalação indiscriminada de escutas telefônicas e o monitoramento de *e-mails* e sites da internet”⁴⁷. Esta falácia é reforçada por Moraes, na apresentação da obra de Rodotà, por ela traduzida:

“Menos privacidade, mais segurança” é uma receita falsa, avisa Stefano Rodotà. A propósito, ele recorre com frequência à metáfora do homem de vidro, de matriz nazista. A ideia do homem de vidro é totalitária porque sobre ela se baseia a pretensão do Estado de conhecer tudo, até os aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos, transformando automaticamente em “suspeito”

⁴⁵ VIEIRA, 2007, p. 48.

⁴⁶ VIEIRA, p. 48.

⁴⁷ SCHREIBER, 2014, p. 142.

todo aquele que quiser salvaguardar sua vida privada. Ao argumento de que “quem não tem nada a esconder, nada deve temer”, o autor não se cansa de admoestar que o emprego das tecnologias da informação coloca justamente o cidadão que nada tem a temer em uma situação de risco, de discriminação. “Menos cidadãos, mais suspeitos” é a expressão estigmatizante do momento⁴⁸.

Nas palavras do jurista italiano, encontramos o receio da adoção de um discurso potencialmente totalitário em nome de assegurar a segurança nacional/internacional:

É justamente a necessidade de um uso social das tecnologias a exigir que sejam projetadas novas intuições da liberdade, capazes de evitar uma poluição totalitária da sociedade e de garantir a defesa dos direitos fundamentais em um ambiente caracterizado pelo recurso maciço às coletâneas de informações. Realmente, é preciso suspeitar do argumento de quem ressalta que o cidadão honesto nada tem a temer com a disseminação das informações que lhe dizem respeito: o “homem de vidro” é uma metáfora totalitária, pois é nela que se baseia a pretensão do Estado de tudo saber, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida do cidadão. É preciso também não se deixar fascinar por simplificações como a que surge nas primeiras páginas do livro *“The Transparent Society”*, onde se parte da descrição de uma comunidade urbana na qual cada espaço público é submetido ao controle de câmeras de vídeo, e ali se contrapõem dois modelos de organização social. O primeiro é fundado sobre o poder de um grupo restrito (por exemplo, a polícia) de usar essa tecnologia, tornando-se assim depositário exclusivo do controle sobre uma comunidade inteira. No segundo grupo, no entanto, todos podem controlar todos, inclusive os agentes de polícia, operadores do sistema: a todos seria assim atribuído um idêntico poder de controle. Mas, à parte outras considerações, essa transparência total e generalizada conduzirá realmente a uma maior democracia ou, pelo contrário, não terá condições de eliminar o risco maior, ligado à possibilidade de conservar, cruzar e elaborar as diversas informações, e que permanece evidentemente reservada a um grupo restrito?⁴⁹

Logo adiante, o autor questiona:

⁴⁸ RODOTÀ, 2008, p. 08.

⁴⁹ RODOTÀ, p. 147-148.

Retoma uma antiga interrogação: qual é o preço da liberdade? E qual é a medida de liberdade que disporemos em um ambiente tecnologicamente redesenhado em modo a reduzir os direitos fundamentais das pessoas? Somos chamados a resolver a contradição entre uma transparência crescente e a incognoscibilidade ou incontrolabilidade de quem nos torna visíveis, permanecendo ele mesmo distante ou obscuro. Mas pode a democracia deixar crescer em seu interior aquilo que, citando Conrad, pode se tornar “o coração de uma imensa treva”?⁵⁰

De fato, o recrudescimento do discurso protetivo da segurança nacional diante, especialmente, da ameaça de terrorismo, tem conduzido a uma maior invasividade na esfera privada dos jurisdicionados.

Se é verdade que a adoção de uma visão comunitarista dos direitos da personalidade permite, como já mencionado, a sua ponderação com o interesse coletivo, esta não vai ao ponto de permitir a aniquilação daqueles, mediante a afetação de sua *core* essencial.

Como pondera Rodotà, “Deve-se buscar um justo equilíbrio entre uma visão individualista da privacidade e a satisfação das exigências sociais (...)”⁵¹.

Se o terrorismo e os números cada vez mais crescentes da criminalidade constituem preocupantes mazelas da sociedade contemporânea, não se pode olvidar a advertência feita por Celso Lafer a respeito do esmagamento da vida privada, típico do totalitarismo, promovido pela *desolação* que, desnudando os homens ao privá-los de sua privacidade, impede a *vita contemplativa*, necessária à atuação no espaço público⁵².

Uma resposta possível para o dilema enfrentado pode ser fornecida pelo comunitarismo liberal, ou responsivo, escola de pensamento que busca lidar com essas inevitáveis tensões existentes entre os direitos individuais e os interesses coletivos

⁵⁰ RODOTÀ, p. 148.

⁵¹ RODOTÀ, p. 147.

⁵² LAFER, 1988, p. 330-331.

mediante um balanceamento entre ambos⁵³.

Assim, um comunitarista entende que uma “boa sociedade” não pode ser alicerçada somente sobre um discurso de direitos (como sustenta o pensamento libertário), mas também implica na assunção de responsabilidades sociais.

Por outro lado, as preocupações compartilhadas pela sociedade em torno de questões de interesse comum - que compõem a ideia intuitiva e algo fluida e cambiável de ‘bem comum’ – não podem sufocar a autonomia individual a ponto de negar o próprio sujeito (resultando em sociedades potencialmente autoritárias ou mesmo totalitárias), assim como valores morais majoritários e amplamente difundidos não podem ditar pautas impositivas de comportamentos individuais, reprimindo as individualidades e as diferenças inerentes a sociedades plurais, gerando um indesejável e perigoso moralismo.

Assim, a ausência de mecanismos espontâneos produz uma tendência de oscilação entre o estabelecimento de maiores restrições em nome do interesse público ou a flexibilização excessiva de modo a ampliar a tutela dos direitos individuais. Tais oscilações, contudo, podem ser contornadas e reequilibradas mediante o recurso a mecanismos democráticos⁵⁴.

O direito à privacidade frequentemente colide com interesses associados ao bem comum, como segurança nacional ou saúde pública. Tomando este fato em consideração, o autor propõe quatro critérios cuja combinação permite quando uma restrição realizada em nome de um alegado interesse público seria justificável ou quando a tutela individual deva prevalecer.

O primeiro destes critérios afirma que qualquer restrição à privacidade deva fundar-se em uma ameaça bem documentada e que constitua num risco em larga escala ao bem comum⁵⁵ não sendo possível fazê-lo com base em meras suposições despidas

⁵³ ETZIONI, 1999, p. 05.

⁵⁴ ETZIONI, 2005, p. 05.

⁵⁵ ETZIONI, 1999, p. 12.

de um mínimo de concretude.

Segundo, a reação a um perigo significativo e tangível deve priorizar mecanismos que alcancem tal finalidade sem implicar em novas - ou maiores - restrições à privacidade⁵⁶.

Terceiro, quaisquer medidas restritivas que se façam necessárias devem ser o menos invasivas possível, conforme ilustra o exemplo apresentado pelo próprio autor:

Por exemplo, muitos concordam que os testes de drogas devem ser realizados sobre aqueles, como motoristas de ônibus escolares, diretamente responsáveis pela vida de outros. Alguns empregadores, no entanto, recorrem a uma vigilância visual altamente intrusiva para garantir que a amostra seja retirada da pessoa que a entrega. Em vez disso, pode-se confiar no procedimento muito menos intrusivo de medir a temperatura da amostra imediatamente após a entrega⁵⁷.

Em terceiro lugar, caso se façam necessárias medidas restritivas do direito à privacidade, estas devem ser tão minimamente intrusivas quanto possível⁵⁸.

Por fim, devem ser preferíveis medidas que minimizem efeitos colaterais não desejados ou, ao menos, sejam reversíveis⁵⁹.

A adoção de tais critérios permitiria fornecer parâmetros seguros que indicassem quais medidas restritivas seriam adequadas e razoáveis a alcançar a finalidade de ponderação, e quais se demonstrariam insuficientes ou excessivas.

Especificamente no que tange à colisão entre privacidade e segurança nacional, Etzioni sugere um cálculo ponderativo que implique em uma “prestação de contas” (*accountability*),

⁵⁶ ETZIONI, 2015, p. 06-07.

⁵⁷ ETZIONI, 2015, p. 07, *tradução nossa*. No original: “For example, many agree that drug tests should be conducted on those, such as school bus drivers, directly responsible for the lives of others. Some employers, however, resort to highly intrusive visual surveillance to ensure that the sample is taken from the person who delivers it. Instead, one can rely on the much less intrusive procedure of measuring the temperature of the sample immediately upon delivery”.

⁵⁸ ETZIONI, 2015, p. 07.

⁵⁹ ETZIONI, 2015, p. 07.

realizado em duas etapas, afastando-se de posicionamentos extremos que entendam que toda medida governamental destinada a aumentar o nível de segurança seja justificada ou que todas são suspeitas e excessivas⁶⁰

A primeira etapa do raciocínio pode conduzir a algumas conclusões: (a) algumas medidas são plenamente justificáveis, contudo atrasadas (*overdue*), o que implicaria numa mera necessidade de ajustes da legislação, ou dos instrumentos técnicos disponíveis; (b) Algumas medidas de segurança são razoáveis; (c) outras medidas são injustificáveis – o autor exemplifica como inaceitáveis o uso de tortura, ou mecanismos de detenção de massa baseados no *status* social de determinados grupos; (d) Algumas medidas não são nem justificáveis nem inapropriadas *a priori*, hipótese em que a sua legitimação passa a depender de uma segunda etapa⁶¹.

Esta segunda ponderação não tomaria em conta o contraste entre interesse público e direitos individuais, mas os mecanismos de controle e supervisão dos atos do Estado que visem efetivar tais medidas de segurança. Tais mecanismos e garantias devem ser ajustados de modo a evitar o risco de abuso de poder governamental (que poderia ocorrer quando sejam demasiado frágeis), mas não podem ser tão rígidos a ponto de inviabilizar a possibilidade de atuação estatal⁶².

O que se verifica, portanto, é que uma abordagem comunitarista-liberal negará uma maior densidade *a priori*, do interesse público ou dos direitos individuais, privilegiando critérios que mantenham ou retomem um equilíbrio entre ambos. Um comunitarista considerará tanto o interesse público como a autonomia privada merecedores de tutela, na medida em que uma boa sociedade é composta por ambos, opondo-se, portanto, ao argumento que afirma a necessidade de suprimir a privacidade em

⁶⁰ ETZIONI, 2010, p. 44

⁶¹ ETZIONI, 2010, p. 45-46.

⁶² ETZIONI, 2010, p. 46.

virtude da necessidade de assegurar uma suposta primazia da segurança nacional.

Deste modo, o *approach* comunitarista pretende formular critérios com a finalidade de assegurar um balanceamento que minimize as tensões. Direitos individuais podem sofrer restrições até certa medida, e isso implica em uma diminuição no exercício da autonomia, que somente será tolerável na medida em que rigidamente pautada por *standards* adequados (concretude da ameaça, inexistência de alternativas não restritivas, menor invasividade e reversibilidade). Qualquer supressão, ou restrição que não esteja amparada por parâmetros como os ora propostos reflete um autoritarismo inaceitável em sociedades democráticas plurais.

CONCLUSÃO.

Harmonizar interesses coletivos e individuais é uma das mais relevantes e desafiadoras tarefas do Direito, a exigir constantes esforços dos juristas na busca por critérios sólidos e coerentes. Circunstâncias históricas, econômicas ou ambientais podem conduzir a medidas mais restritivas ou liberais. O fenômeno da globalização - e as dificuldades que impõe ao Estado para lidar com suas consequências - acrescenta dificuldades a esta equação.

Um dos aspectos mais atuais e problemáticos envolve a tutela da *privacy*, particularmente quando contraposta a medidas tendentes a assegurar a segurança nacional. A sombra do terrorismo pairando como uma ameaça constante sobre os Estados, em especial os Estados Unidos e os países europeus. A resposta vem sob a forma de verdadeira “histeria legislativa”, produzindo atos normativos altamente invasivos, sob o discurso falacioso que associa transparência à inocência e “deslegitima” a privacidade, muitas das vezes sob o beneplácito das Cortes Constitucionais. Verifica-se, também, sobretudo na Europa, a ascensão de

partidos nacional-populistas que adotam um discurso xenóforo, prometendo assegurar um maior nível de segurança ao preço da restrição a certas liberdades (dentre as quais a privacidade). Essa barganha é normalmente aceita pela população, que considera a fórmula “menos privacidade, mais segurança” como uma troca tolerável e justa.

Esse raciocínio, entretanto, é falacioso e os riscos potenciais que traz consigo são um preço muito alto a pagar, frequentemente não compreendido. Não se nega, evidentemente, a importância de medidas assecuratórias da Segurança Nacional, nem que em dadas circunstâncias, rigidamente limitadas e sob critérios sólidos e razoáveis, esta possa justificar algum nível de restrição da privacidade. Contudo, a naturalização de um discurso que “achata” este direito ao ponto de suprimi-lo não pode, sob nenhuma circunstância, ser admitida, sob pena de repetir experiências históricas totalitárias cujos efeitos não podem ser esquecidos ou relativizados.

Este trabalho se propôs a apresentar uma abordagem para lidar com a necessidade de assegurar a Segurança Nacional mantendo níveis aceitáveis de privacidade individual. Para tanto, inicialmente se traçaram algumas considerações sobre o sentido e alcance da expressão “segurança nacional”, bem como o traçado histórico da ideia de privacidade, de um direito a ser deixado só para a autodeterminação informativa. A seguir, o texto buscou uma abordagem comunitarista-liberal, investigando como esta escola de pensamento tenta equilibrar tensões entre direitos individuais e o bem comum. Entendemos que os critérios propostos por um dos principais autores comunitaristas, Amitai Etzioni, fornecem suporte sólido para o jurista diante da necessidade de ponderar entre estes dois valores.

Naturalmente, o comunitarismo é apenas um caminho possível. O que não se pode perder de vista é que nenhuma medida estatal, por mais relevante que seja, pode violar a essência dos direitos fundamentais, a ponto de suprimir a dignidade

humana, valor maior que move o Direito.



REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEXY, Robert. Rights and liberties as concepts. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 283-298.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; trad. Roberto Raposo. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>. Acesso em: 06.07.2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 18ª reimpressão. Coimbra: ed. ALMEIDINA, 2003.
- COLE, Dave. *Let's Fight Terrorism, Not the Constitution*. In: ETZIONI, Amitai, et. all. *Rights vs Public Safety vs. 9/11*. Oxford: 2003.
- DANTAS, Fernanda Lages Alves. *O Paradoxo do Direito à Privacidade e sua Operacionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DIAS, Roberto. *O Direito Fundamental à morte digna – uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: ed. Forum, 2012.

- ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*. Nova York: Basic Books, 1999.
- ETZIONI, Amitai. *How Patriotic is the Patriot Act?* Nova York: Routledge, 2005.
- ETZIONI, Amitai. *Law in a New Key: Essays on Law and Society*. New Orleans, *Quid pro Quo Books*, 2010.
- ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.
- EUA grampearam Dilma, ex-ministros e avião presidencial, revela WikiLeaks. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/lista-revela-29-integrantes-do-governo-dilma-espionados-pelos-eua.html>. Acesso em 09.07.2017.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. 10ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2016.
- GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. *Direito Processual em Debate*. Niterói: Editora da UFF, 2011.
- KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar (UNIFOR)*, v. 18, p. 352-398, 2013, disponível em <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf>. Acesso em: 06. 07.2017.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NETTO, Alcides Munhoz. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/8829/6139>. Acesso em: 09.07.2017.

- NSA Spying. Disponível em <https://www.eff.org/nsa-spying>. Acesso em: 20.07.2017.
- PESSINI, Leo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2004.
- PIERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de CICCIO. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. *Possibilidades e Limites Para a Tutela da Intimidade e da Privacidade Enquanto Direitos Meta-Individuais*. In: *REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL VOLUME 18 NÚMERO 1 (2017)*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 06.07.2017.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 107-163.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.
- SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão;

- SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.
- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: ATLAS, 2014.
- Trump defende legalização da tortura para fortalecer EUA contra terroristas. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/03/1747038-trump-defende-legalizacao-da-tortura-para-fortalecer-eua-contra-terroristas.shtml>. Acesso em. 09.07.2017.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2007.