

A INTIMIDADE PRIVADA E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA. UM PASSO ADIANTE PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS TRABALHADORES

Júlio Ricardo de Paula Amaral¹

Área do Direito: Trabalho. Constitucional. Direitos Fundamentais.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade a análise dos meios de proteção aos dados pessoais dos trabalhadores, de maneira abstrata, sem a verificação a algum tipo de dado de maneira específica. Não obstante haja consenso doutrinário quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais, pelo que, o trabalhador-cidadão deve ter preservada a sua intimidade privada, o fato é que, tal como concebido, não se mostra eficaz para resguardar as informações pessoais do indivíduo. Surge, então, o direito à autodeterminação informativa, concebido como um passo adiante para uma efetiva proteção aos dados pessoais dos trabalhadores.

¹ Pós-doutorando pela Universitat de València (UV – Espanha), Doutor em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM – Espanha), Máster em Direito – *Diploma de Estudos Avançados* – pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM – Espanha), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (PR) – UEL, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC – Portugal) e Juiz do Trabalho na 9ª Região (PR). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2401037475589487>>. Correio eletrônico: juliorpamaral@yahoo.com

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à intimidade – Privacidade do trabalhador – Autodeterminação informativa – Proteção de dados

Resumen: El presente estudio tiene por finalidad el análisis de medios de protección a los datos personales de los trabajadores, de manera abstracta, sin la verificación a algún tipo de dato de manera específica. No obstante haya acuerdo doctrinario en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, de lo que, el trabajador-ciudadano debe haber preservada su intimidad privada, el hecho es que, tal como concebido, no se muestra eficaz para resguardar las informaciones personales del individuo. Surge, entonces, el derecho a la autodeterminación informativa, concebido como un paso adelante para una efectiva protección a los datos personales de los trabajadores.

Palabras clave: Derechos fundamentales – Derecho a la intimidad – Privacidad del trabajador – Autodeterminación informativa – Protección de datos

INTRODUÇÃO

Não se pode perder de vista que, nos dias atuais, a questão relativa aos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, e, sobretudo, dos cidadãos-trabalhadores, mostra-se dotada de grande relevância. Isso decorre, por um lado, em face das diversas modificações nos sistemas de produção, o que passou a exigir uma alteração na postura dos empregadores no sistema de administração das empresas, e, por outro lado, com aquilo que se costumou a denominar como “*constitucionalização do Direito do Trabalho*”, que visa atribuir uma maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não se pode negar que essas questões, de forma quase que inevitável, poderão gerar a colisão entre direitos dos trabalhadores e dos empregadores. E, de maneira específica com o que se pretende abordar, isso poderá ocorrer em razão de intromissões

indevidas dos empregadores com relação às informações privadas dos trabalhadores.

Neste contexto, portanto, mostra-se necessária a verificação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores. Num primeiro momento, a resposta pode parecer simples, mas não pode ser abordada de forma tão superficial, tendo em vista que se faz imprescindível a análise dos fundamentos jurídicos que se devem utilizar para eventual adoção deste procedimento, especialmente diante das características das normas vigentes no Direito do Trabalho.

Com o objetivo de verificar a forma pela qual poderá ocorrer a incidência dos direitos fundamentais nas relações de Direito do Trabalho – eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, necessariamente deverão ser superadas algumas etapas que logicamente se apresentam, pelo que, faz-se uma abordagem da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das várias relações jurídicas, tanto nas relações jurídico-públicas como naquelas estabelecidas entre os sujeitos particulares. Analisa-se aquilo que se passou a denominar como “eficácia vertical”, bem como a vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. Por outro lado, procede-se à verificação da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, ou a sua aplicação no contexto das relações entre sujeitos privados. Depois de verificada as questões relativas à incidência dos direitos fundamentais em ambas as espécies de relações jurídicas – públicas e privadas –, passa-se a abordar a questão relativa ao direito à intimidade, de maneira geral, com uma análise sobre a sua origem, evolução histórica, terminologia adotada em diversos países, conceito e conteúdo. Cabe destacar que, na medida do possível, haverá a tentativa de realizar uma verificação quanto ao tema nos ordenamentos jurídicos de Brasil, Espanha e Portugal.

Mais adiante, pretende-se uma análise sobre o direito à autodeterminação informativa, tendo em conta a sua grande importância no sentido de complementar a proteção estabelecida pelo direito à intimidade. Após a conclusão de que pode ser insuficiente apenas a proteção contra intromissões

indevidas – o que preconiza o direito à intimidade privada –, nos dias atuais, a doutrina e a jurisprudência passa a tratar do tema de uma maneira diferente, desde o prisma da autodeterminação informativa, no sentido de que o trabalhador-cidadão possa também ter o controle sobre as suas informações privadas, não apenas ser protegido contra as invasões, mas poder eleger quais e com quem pretende compartilhar as suas informações.

De maneira sintética, pode-se dizer que a pretensão deste estudo será uma análise sobre a evolução do direito à intimidade privada para o direito à autodeterminação informativa, no sentido de que o trabalhador não esteja protegido contra as invasões indevidas, mas também ter assegurado o seu direito de escolher quais tipos de informações pessoais pretende compartilhar e, ainda, com quem compartilhar. O trabalhador merece uma especial proteção aos seus dados pessoais e, com a análise da doutrina, legislação e jurisprudência – tanto do Brasil, como de Portugal e Espanha –, se buscará verificar a maneira pela qual esta nova forma de proteção poderá ser estabelecida, sobretudo levando-se em conta o desequilíbrio de forças no campo das relações jurídico-trabalhistas.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Com a finalidade de cumprir o objetivo ao qual se pretende com este estudo, até mesmo como forma de permitir ao leitor maior fluidez na leitura e compreensão dos caminhos percorridos por este autor, cabe fazer alguns esclarecimentos. É importante destacar que, quando se trata dos direitos fundamentais – sendo esta das matérias mais complexas no âmbito do Direito Constitucional, salvo melhor juízo –, antes de adentrar a questão de fundo, faz-se necessário um estudo sobre o seu conceito, segundo as mais diversas concepções doutrinárias. De igual modo, mostra-se importante uma análise sobre a forma de eficácia dos direitos fundamentais – vertical e horizontal –, e, ainda, a maneira como eventualmente terá a sua incidência no contexto das relações jurídico-trabalhistas.

Não obstante a densidade e a complexidade da matéria a qual se pretende enfrentar, sobretudo em razão da pluralidade de conceitos e divergências doutrinárias, até mesmo pela natureza deste estudo – o qual não busca exaurir a questão relativa aos direitos fundamentais, mas apenas situar o leitor no campo teórico para a compreensão quanto ao tema de fundo –, buscar-se-á abordar as questões da maneira mais objetiva possível, mas com o máximo cuidado para não incorrer no tratamento de maneira superficial. É o que se passa a fazer doravante!

1.1 Conceito

Em razão da grande quantidade de questões controvertidas que envolvem o tema, pode-se dizer de maneira segura que não se trata de tarefa das mais fáceis traçar uma definição do que vêm a ser os denominados “direitos fundamentais”. Por outro lado, entretanto, com o intuito de cumprir fielmente o objetivo traçado para o presente estudo, mostra-se como sendo imprescindível a ousadia de buscar um conceito no âmbito da doutrina jurídica.

Com a finalidade de evitar uma confusão terminológica, é importante destacar que, de maneira geral, costuma-se utilizar diversas denominações de forma sinônima, com o intuito de designar aquela categoria de direitos atribuídos às pessoas, apenas pela razão de sua existência. Entre as diversas expressões, podem ser mencionadas algumas tais como: “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “liberdades públicas”, “direitos das pessoas”, “direitos subjetivos públicos”, entre outras diversas expressões utilizadas para nominar o conjunto dos direitos fundamentais².

Embora se mostre como questão de grande interesse para o estudo jurídico de maneira geral, ressalta-se que, no presente momento, os esforços serão concentrados sobre a distinção das expressões “direitos

² AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 27

humanos” e “direitos fundamentais”, em face de serem estas dotadas de maior utilidade para os fins objetivados nesse estudo³.

Com o intuito de realizar uma distinção, GREGORIO ROBLES afirma que a expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem”, também denominados de forma clássica como “direitos naturais”, e, atualmente, concebidos como “direitos morais”, na realidade não são verdadeiros direitos – protegidos por meio de ações processuais perante um juiz –, mas servem de critérios norteadores à boa convivência dos indivíduos, tendo em vista que “os direitos humanos, ou melhor dizendo, determinados direitos humanos, positivam-se, adquirindo a categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente e passam a ser direitos fundamentais, no âmbito de determinado ordenamento jurídico”⁴. Na concepção do ilustre jurista, pode-se concluir que os direitos fundamentais são uma espécie de positivação dos direitos humanos.

Por sua vez, GOMES CANOTILHO reconhece que “as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas”. Sustenta, porém, que “segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: ‘direitos do homem’ são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); ‘direitos fundamentais’ são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Ressalta, ainda, que “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e uni-

³ Acerca das várias expressões mencionadas, confira-se: NOGEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 55-58. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. pp. 19-29. PALOMBELLA, Gianluigi. **Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría**. **Doxa – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante**, Alicante, nº 22, 1999, pp. 525-579. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. **Derechos morales: concepto y relevancia**, **Isonomía**, México, nº 15, 2001, pp. 55-79. HERNANDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. **Constitución y derechos fundamentales**. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, nº 84, 1995, pp. 1041-1051.

⁴ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1997. pp. 20 e seguintes

versal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídico-concreta”⁵.

Segundo a concepção de PÉREZ LUÑO, existe uma propensão doutrinária no sentido de se utilizar a expressão “direitos fundamentais” para designar aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico interno, ao passo que designação “direitos humanos” seria mais comum para fazer referência àqueles direitos naturais constantes das declarações e convenções internacionais, bem como àquelas essenciais exigências pertinentes à dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que ainda não constam de um estatuto jurídico-positivo⁶.

Independentemente da divergência existente no âmbito da doutrina jurídica, importa mencionar que é justamente a expressão “direitos fundamentais” aquela adotada pelas Constituições de Portugal, Brasil e Espanha, sendo que tais Estados se baseiam na “dignidade da pessoa humana”⁷, fundamento da existência dessa categoria de direitos, razão

⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

⁶ Acerca de tal questão, o referido autor sustenta que “o termo ‘direitos humanos’ aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de ‘direitos fundamentais’”. Dessa forma, “os direitos humanos devem ser entendidos como um ‘conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, tornam concretas as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”. Por outro lado, “a noção de ‘direitos fundamentais’ tende a aludir ‘aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que devem gozar de uma tutela reforçada”. In PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 44.

⁷ Nesse sentido, a Constituição portuguesa dispõe que “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” (CP, art. 1º). Por sua vez, a Constituição brasileira dispõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: /.../ III – a dignidade da pessoa humana; /.../” (CRFB/1988, art. 1º, III). E, por fim, a Constituição espanhola dispõe que “ladignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de lapersonalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de lapaz social” (CE, art. 10, 1).

pela qual, para fins do presente estudo, doravante, adotar-se-á a designação “direitos fundamentais”.

Há de se ressaltar, porém, que, embora tenha sido definida a denominação a ser utilizada, não se tem até esse instante uma definição sobre essa categoria de direitos, o que é imprescindível para o presente estudo. O que vem a ser, portanto, os direitos fundamentais?

Analisando os vários enfoques dos direitos fundamentais, JOSÉ CARLOS DE VIEIRA ANDRADE afirma que “aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por várias perspectivas”. Sob uma perspectiva “filosófica” ou “jusnaturalista”, sustenta que “os direitos fundamentais podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares”. Numa perspectiva “estadual” ou “constitucional”, são considerados “os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados”. Ressalta, ainda, que sob uma perspectiva “universalista” ou “internacionalista”, os direitos fundamentais “podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo”⁸.

Embora o ilustre constitucionalista português proceda a sua análise a partir de vários enfoques, facilmente se percebe a convergência existente em sua concepção, no sentido de serem os direitos fundamentais aqueles atribuídos a “todos os homens”, ou “direitos mais importantes das pessoas”, ou, ainda, “direitos essenciais das pessoas”. O Homem, o Ser humano, a pessoa é a figura ou foco central. A formulação, porém, apenas diverge, entre si, basicamente no que tange ao lugar e tempo de vigência de tais direitos, conforme cada uma das perspectivas, mas, a essência não se altera.

Segundo LUIGI FERRAJOLI, numa definição puramente “formal” ou “teórica”, seria possível considerar como direitos fundamentais “aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a ‘todos’ os seres

⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

humanos enquanto dotados do ‘status’ de pessoas, de cidadãos ou sujeitos com capacidade de agir”, sendo que, nesse caso, deve-se entender por “direitos subjetivos” toda aquela expectativa “positiva” – faculdade de agir – ou “negativa” – suscetibilidade de sofrer lesão – atribuída a um sujeito por meio de uma norma jurídica⁹. O ilustre autor vincula a ideia de direitos fundamentais com os direitos subjetivos.

Numa concepção bastante ampla, CÉSAR HINES sustenta que “os direitos fundamentais em um Estado constitucional e democrático de Direito formam parte do conjunto de valores e princípios que regulam a atividade do poder público, estabelecendo uma inclinação especial para sua satisfação, tanto como uma proteção apreensível por cada indivíduo quanto como fins gerais aderidos à concepção mesma do Estado que se fortaleceria na medida em que os faça efetivos”¹⁰. Sob uma “dimensão subjetiva”, há de se mencionar que os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, seja em suas relações com o Estado ou com os particulares. Embora originariamente tenham sido concebidos como forma de defesa dos cidadãos frente ao Estado, esses direitos tendem a tutelar a liberdade, autonomia e segurança das pessoas perante os demais membros do corpo social. No princípio, imaginava-se que não havia razão para serem aplicados os direitos fundamentais nas relações entre os privados, justamente em face da existência de uma igualdade formal entre tais pessoas. Ocorre, porém, que, em que pese haja uma igualdade formal, as relações jurídicas na sociedade comportam situações em que não existe uma igualdade material, razão pela qual a partir do Estado Social de Direito, houve uma mudança dessa concepção, aplicando-se os direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico¹¹.

Depois de se ter apresentado essa pluralidade de conceitos, verifica-se que, regra geral, os direitos fundamentais podem ser concebidos

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 37.

¹⁰ HINES, César. Limitaciones de los derechos fundamentales. **Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica**, San José, n° 106, 2005, pp. 36-37.

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, pp. 22-23.

como atributos naturais atinentes ao homem, ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, decorrentes da sua própria existência, com fundamento na “dignidade da pessoa humana”¹². Importa ressaltar, ainda, que esses direitos não são graciosamente atribuídos pelo Estado – que deve respeitá-los, promovê-los e garanti-los –, mas apenas têm o seu reconhecimento no ordenamento jurídico-positivo.

1.2 Eficácia dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais, tal como ocorre com qualquer outra norma no âmbito constitucional, somente pode ser aferida em termos jurídicos, a partir da aptidão do seu conteúdo normativo para atingir a finalidade do seu objeto, consubstanciando-se este na garantia de um determinado campo de liberdade pessoal do indivíduo¹³, sem interferências indevidas do Estado ou de outros particulares.

¹² Longe de ter a pretensão de esgotar o tema, mas apenas com a finalidade de situar o leitor, pode-se dizer que “a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. /.../ O ser humano não pode ser tratado como objeto. É sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada”. Ressalta, ainda, que “o fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias. Não há valor que possa equiparar-se ou sobrepor-se à pessoa humana, que é reconhecida como integridade, abrangendo aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. /.../ A supremacia da dignidade da pessoa humana acarreta a equiparação de todos os seres humanos”. In JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n° 26, 1999, p. 125.

Costuma-se dizer que “a dignidade está fortemente vinculada aos direitos fundamentais, em face de sua razão de ser, fim e limite dos mesmos. /.../ A dignidade ao operar não só como um direito individual, mas também como um direito objetivo, serve de limite aos direitos fundamentais, o qual se traduz no dever geral de respeitar os direitos alheios e próprios”. In LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México, n° 07, 2002, p. 129.

¹³ BASTIDA FREIJEDO, Francisco; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Angel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 179.

Neste contexto, pode-se dizer que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais – “eficácia vertical” e “eficácia horizontal” – está intimamente relacionado à verificação daqueles sujeitos que estão vinculados ou obrigados por essa categoria de direitos, bem como quais os argumentos utilizados para a respectiva vinculação destes entes. De igual maneira, apresenta-se como questão primordial, caso de fato exista tal obrigação, a análise quanto a forma de vinculação dos sujeitos aos direitos fundamentais.

1.2.1 Eficácia vertical

Cabe dizer que quando se menciona a “eficácia vertical dos direitos fundamentais” se está a referir quanto à vinculação dos poderes públicos a essa categoria de direitos. Ocorre, todavia, que não há muita controvérsia sobre a sua incidência nas relações de natureza jurídico-públicas, tendo em vista que, originariamente, segundo a concepção da “doutrina liberal”, os direitos fundamentais se mostram justamente como sendo meio de defesa dos cidadãos perante o Estado, identificando este como o maior “ameaçador” dos direitos e liberdades dos indivíduos.

Observando-se o conteúdo da “concepção liberal” dos direitos fundamentais, portanto, não há relevantes divergências doutrinárias quanto à incidência destes direitos nas relações do cidadão com os poderes públicos. Aliás, a obrigatoriedade da vinculação pode ser encontrada no corpo das constituições de diversos países. Sintonizado com a abrangência do estudo que ora se desenvolve, pode-se mencionar que, na Espanha e em Portugal, existe expressa menção no âmbito das suas respectivas constituições¹⁴. No Brasil, em que pese não exista disposição específica no

¹⁴ Neste sentido, a Constituição da Espanha, em seu art. 53, nº1, dispõe que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. Por sua vez, a Constituição de Portugal preconiza que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (CRP, art. 18, nº 1).

sentido de vincular os entes públicos aos direitos fundamentais, há o expresse reconhecimento dos direitos constantes do Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais” – e, além disso, sem qualquer exclusão de direitos e garantias constantes de documentos internacionais ratificados pelo Brasil¹⁵.

Não há, pois, controvérsias doutrinárias sobre a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, ou, ainda, àquilo que costumeiramente passou a ser designado como “eficácia vertical”. Eventualmente, a doutrina trata quanto ao alcance da expressão “Estado” para fins da sua vinculação¹⁶.

Segundo a lição de BASTIDA FREIJEDO, ao comentar a disposição contida no âmbito da Constituição espanhola, ressalta-se que a vinculação dos direitos fundamentais se dá em relação a “todos os poderes públicos”, tendo em vista que, com esse procedimento, busca-se impedir que, com o advento de novas fórmulas menos convencionais ou formalizadas de exercício dos poderes públicos no contemporâneo Estado democrático, seja possível escapar à obrigação de respeito aos direitos fundamentais, e, por conseguinte, estabelecerem limitações indevidas à esfera de liberdade do cidadão¹⁷. Prosseguindo com os seus ensinamentos, o referido autor adverte, ainda, para o fato de que também devem ser considerados como atos de poder público, e, por tal razão, submetidos ao controle jurisdicional por eventual violação aos direitos fundamentais,

¹⁵ O art. 5º, § 2º da Constituição do Brasil dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁶ Para um estudo mais aprofundado do tema, consulte-se: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. El concepto de poder público y la protección de los derechos fundamentales frente a particulares. *Derecho y Sociedad*, Lima, 2004, n° 22, pp. 117-130.

¹⁷ O ilustre autor sustenta que “a noção de poder público, vinculado pelo respeito aos direitos e liberdades, está se ampliando tanto no interior do aparato do Estado (a órgãos do Estado que não existiam, a novos órgãos que antes não existiam, ou a poderes nascidos de uma nova forma de organização territorial), como em seu exterior (a raiz da integração supranacional de nosso Estado ou de suas relações internacionais)”. In BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, pp. 98-99.

todos aqueles atos praticados por organismos autônomos e entidades empresariais do Estado, pelas corporações profissionais de direito público, pelos concessionários de um determinado serviço público, e, em geral, por todos aqueles que, em face de qualquer espécie de delegação, exerça uma função pública, detendo, desta forma, “poderes públicos”¹⁸.

Neste mesmo sentido, ao comentar o direito mexicano, MIGUEL CARBONELL sustenta que, em nível teórico, costuma-se defender a ideia de que os direitos fundamentais estabelecem relações jurídicas entre os particulares – “sujeito ativo, titular do direito em questão” –, de um lado, e, de outro lado, as autoridades – “sujeito passivo, obrigado a respeitar o conteúdo do direito”. Percebe-se, portanto, segundo essa concepção, que os atos das autoridades são o objeto da vinculação dos direitos fundamentais, sendo que, para tanto, deve-se considerar como autoridades “todas aquelas pessoas que dispõem da força pública, em virtude de circunstâncias legais ou de fato, e que, pelo mesmo, estejam na possibilidade de agir como indivíduos que exerçam atos públicos, pelo fato de ser pública a força de que dispõem”¹⁹.

Cabe dizer, porém, que a questão relativamente ao alcance do vocábulo “Estado” não parece ter grande relevância neste momento, bastando, para tanto, lembrar que os direitos fundamentais vinculam essencialmente os “poderes públicos”, na acepção mais ampla possível da expressão, tendo em vista que, originariamente, os direitos fundamentais eram concebidos como forma de proteção dos cidadãos (“súditos”) perante o Estado (“Rei”), visto que este era a maior ameaça aos direitos e liberdades do indivíduo.

Ao longo do tempo, entretanto, as coisas mudaram e essa concepção já não mais atendia às necessidades da sociedade. É importante mencionar que não apenas bastava uma “não intervenção” dos poderes públicos na esfera da liberdade dos cidadãos, mas já havia a necessidade

¹⁸ BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, p. 99.

¹⁹ CARBONELL, Miguel. **Los derechos fundamentales en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. pp. 132-133.

de interferência do Estado, a fim de que fossem preservados os direitos e garantias dos indivíduos, tal como concebido pela “doutrina do Estado Social”.

Neste contexto, o cidadão não apenas deve possuir segurança no sentido de que o Estado não “invadirá” a esfera de liberdade individual – tal como ocorria no âmbito da doutrina liberal –, mas, além disso, e, sobretudo, o indivíduo deve ter a certeza de que poderá fazer uma adequada utilização daquelas situações vantajosas que abstratamente lhe estão asseguradas no ordenamento jurídico, sendo que, para isso, caso seja necessário, deve ocorrer a intervenção estatal para plena realização dos direitos²⁰. Eis aí a “vinculação positiva” dos poderes públicos aos direitos fundamentais.

É importante destacar que, com a evolução das teorias relativas aos direitos fundamentais e o consequente reconhecimento da importância de sua dimensão social, e, também, o reconhecimento da imprescindível necessidade de intervenção do Estado para assegurar o pleno exercício das liberdades dos cidadãos, os textos constitucionais passaram a contemplar disposições neste sentido, tal como ocorre, a título de exemplo, com a Constituição da Espanha traz disposição no sentido de que “corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas”. O mesmo dispositivo constitucional determina que o Estado também deva “remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social” (CE, art. 9, n° 2).

Neste sentido, ressaltando que não basta o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas uma efetiva proteção e promoção por parte do Estado, BASTIDA FREIJEDO sustenta que “a aplicabilidade direta que caracteriza os direitos fundamentais não é, pois, sinônimo de sua

²⁰ Segundo a lição de GOMES CANOTILHO, nestas hipóteses, em consonância com a dimensão social dos direitos fundamentais, a intervenção do Estado não pode ser concebida como um “limite” para a sua atuação, mas deve ser considerada como uma “finalidade” a ser alcançada. In GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1399.

autossuficiência, senão unicamente de sua preexistência e imediata disponibilidade ante a ação ou a passividade dos poderes constituídos, e, portanto, sua indisponibilidade, com respeito à intervenção do legislador, o que não exclui que, em uma sociedade juridicamente organizada, a eficácia do conteúdo subjetivo daqueles direitos possa depender, pelo menos parcialmente, do desenvolvimento que promovam os poderes públicos de seu conteúdo objetivo”²¹.

De igual maneira, sobre esta mesma questão, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN sustenta que a vinculação deve ser compreendida como uma espécie de dever jurídico de respeito e de observância das normas de direitos fundamentais, e, mais do que isso, deve ser entendida como um dever jurídico no sentido de remover os obstáculos que eventualmente existam para a sua plena efetividade, e, ainda, como um dever de proporcionar ao sujeito titular dos direitos ou liberdades fundamentais o seu respectivo conteúdo essencial²².

Percebe-se, portanto, que incumbe os poderes públicos de forma geral – “Executivo, Legislativo e Judiciário” –, cada um a sua maneira, contribuírem para a proteção e promoção dos direitos fundamentais²³. Há de se ressaltar que, em que pese haja a incumbência do Executivo para desenvolver políticas públicas no sentido de promover os direitos e garantias dos cidadãos, e, ainda, embora os órgãos jurisdicionais possuam grande relevância na garantia dos direitos fundamentais, através do exercício da função jurisdicional²⁴, e, sendo essa uma das atividades que

²¹ BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, p. 183.

²² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales, en particular, en relación del poder legislativo. Obra colectiva coordinada por LÓPEZ PINA, Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. p. 290.

²³ BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, pp. 182-189.

²⁴ Segundo NARANJO DE LA CRUZ, “os direitos fundamentais não vinculam já só aos órgãos administrativos e jurisdicionais, senão também ao legislativo, como consequência

mais contribuem para a eficácia dos direitos, a doutrina costuma atribuir uma importância maior ao poder legislativo, mencionando-se, na grande maioria das vezes, a “vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais”.

Conforme salienta PRIETO SANCHÍS, é inevitável a intervenção legislativa no campo das liberdades públicas dos cidadãos, tendo em vista que os direitos fundamentais normalmente aparecem no corpo das constituições como meras declarações de direitos, sendo que apenas oferecem ao legislador ordinário as diretrizes gerais para o seu regime jurídico, e, para a sua plena eficácia, mostra-se de vital relevância a sua concretização por meio de normas jurídicas²⁵.

Neste sentido, pode-se dizer que incumbe ao Poder Legislativo, por meio da atuação de sua primordial função, disciplinar normativamente os direitos fundamentais enunciados na Constituição, estabelecendo uma organização, e, ainda, apresentando eventuais limitações ao seu inadequado ou indevido exercício, oferecendo, assim, um marco jurídico para a sua eficaz garantia²⁶.

do caráter supremo da norma constitucional no ordenamento jurídico”. In NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 168.

²⁵ O ilustre autor sustenta que ao legislador ordinário “se lhe atribui a legitimidade democrática e, com isso, a liberdade política de conformar a convivência social de acordo com determinados valores ou postulados ideológicos; e é evidente que o exercício dessa liberdade política se projeta com frequência no âmbito das liberdades públicas, precisamente porque a filosofia do legislador supõe sempre um determinado ponto de vista sobre o conceito e a função dos direitos fundamentais, e, também, sobre sua plena realização. Produz-se, então, uma tensão lógica entre a ideologia constitucional, que cristalizou juridicamente uma série de direitos fundamentais, e os valores e finalidades do legislador de cada momento, cuja expressão jurídica é a lei. Por conseguinte, o sistema de garantias dos direitos fundamentais há de fazer frente, em primeiro lugar, à atividade; o que em verdade constitui uma tarefa difícil, já que se trata de buscar um equilíbrio entre a inquestionável liberdade política do legislador e a não menos indiscutível resistência jurídica das decisões constitucionais”. In PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 140.

²⁶ Segundo EDGARDO BARANDIARÁN, a determinação constitucional ao legislador inclui a promoção e proteção daqueles direitos expressamente reconhecidos na constituição, mas também a criação e/ou conservação de outros bens enquanto atributos essenciais do bem

Há de se ressaltar, entretanto, que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos em toda a sua extensão, ou seja, em todo o alcance de sua delimitação. Cabe dizer que, tendo em vista que os direitos fundamentais são considerados como componentes essenciais da ordem constitucional, exige-se a sua não eliminação na relação que se possa apresentar com outros bens ou direitos constitucionais, assim como não ser objeto de uma restrição superior àquela necessária em sua eficácia na vida da comunidade. Deve-se destacar, ainda, que da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais se compreende que estes não podem ser limitados da forma que lhe aprouver, mas deve haver a menor restrição possível, com vistas apenas a atingir o fim perseguido²⁷.

Em resumo, percebe-se que a discussão agora já não mais se circunscreve à adequada utilização dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas também quanto à necessária intervenção do Estado na remoção de eventuais obstáculos que, de uma forma ou de outra, impeçam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos e liberdades. Resta assinalar, entretanto, que a interferência do Estado para propiciar o gozo de tais prerrogativas pelo cidadão, não ocorre de forma facultativa, mas se revela como uma obrigação imposta por meio de normas inseridas na constituição. O Estado, portanto, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas também promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais.

1.2.2 Eficácia horizontal

Tendo em vista a natureza originária com que foram concebidos os direitos fundamentais – direitos de defesa do cidadão perante o Estado

comum, tais como a ordem pública, a utilidade pública, o interesse e segurança nacional, a saúde pública, dentre outros. In BARANDIARÁN, Edgardo. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales. **Documento de Trabajo da Pontificia Universidad Católica de Chile**, Santiago, n° 200, 2002. Disponível na Internet: <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/4789/000328134.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

²⁷ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**, p. 100.

–, mostra-se sendo uma questão um pouco mais tormentosa aquela referente à sua aplicação no campo das relações jurídico-privadas, ou a vinculação dos particulares a essa categoria de direitos, o que se costumou denominar como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, sendo que, no âmbito da doutrina jurídica alemã – onde a questão foi originariamente abordada –, tratou-se do tema utilizando a expressão *Drittwirkung der Grundrechte*.

Há de se ressaltar que a expressão “eficácia horizontal” se utiliza para demonstrar que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas, em clara oposição à “eficácia vertical”, na qual somente resultam oponíveis às ações praticadas pelos entes públicos, ao contraste entre subordinação e coordenação. Na linguagem jurídica alemã – ordenamento jurídico onde esta discussão alcançou o seu maior nível de desenvolvimento – utiliza-se a expressão *Drittwirkung* com a finalidade de se referir aos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros. No âmbito jurídico anglo-saxão, em adição ao *horizontal effect*, introduziu-se a nomenclatura *Privatisation of human rights*²⁸.

Em seus ensinamentos, LUIGI FERRAJOLI recorda que, depois da Segunda Guerra Mundial, passa-se a refletir acerca dos direitos fundamentais, onde se “descobre ou se redescobre” a sua dimensão objetiva como ponto inicial para uma melhor reflexão acerca da *Drittwirkung*. Diante disso, o ilustre autor italiano sustenta que se reconhece, portanto, “o valor da Constituição como conjunto de normas substanciais dirigidas a garantir a divisão dos poderes e os direitos fundamentais de todos, ou seja, exatamente os dois princípios que haviam sido negados pelo fascismo e que são a negação deste”²⁹.

²⁸ LINETZKY, Andrés Jana. **La eficacia horizontal de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios de la Justicia / Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001. Disponível na Internet: <<http://www.derecho.uchile.cl/cej>> Acesso em 19 de outubro de 2015.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.p. 54.

Dessa forma, justamente com a finalidade de desenvolver essa teoria – *Drittwirkung der Grundrechte* –, em meados do século XX (1950), na Alemanha, HANS CARL NIPPERDEY – Presidente do Tribunal Federal do Trabalho, no período compreendido entre 1954 até 1963 –, publicou o seu célebre ensaio sobre a igualdade salarial da mulher – *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung* –, abordando pela primeira vez a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e, nesse caso, em especial, a incidência do princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho, visto que preconizava “igual salário para mulheres de mesma performance”.

Reconhecendo que o perigo não se encontra apenas na esfera pública, mas também no âmbito privado, PECES-BARBA MARTÍNEZ sustenta que “o Poder político não é o único capaz de causar danos às pessoas nos âmbitos protegidos pelos direitos”. Ressalta que “existem poderes sociais, e inclusive outros indivíduos capazes de produzir malefícios e danos dos quais devemos proteger os direitos fundamentais”. Mais adiante, afirma que “a vida, a integridade física, as condições de trabalho, a liberdade de ensino, o direito de reunião e de manifestação à liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, não são direitos que devam temer principalmente o Poder político em uma sociedade democrática”³⁰.

Retomando, há de se mencionar, porém, que a ideia de uma “dimensão objetiva dos direitos fundamentais” apareceu pela primeira vez na jurisprudência constitucional alemã, no ano de 1958, através da famosa sentença *Lüth*³¹.

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 339

³¹ Há de se mencionar que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – ainda que isso tenha ocorrido de *forma mediata* –, teve origem na Sentença ‘*Luth-Urteil*’, datada do ano de 1958, versando acerca do direito à liberdade de expressão. Durante o Festival de Cinema de 1950, em Hamburgo, na Alemanha, *Erich Lüth* – então Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo –, por meio de uma carta aberta à imprensa, incitou o boicote de um filme supostamente antisemita – *Jüd Süß* –, sob o argumento de que o referido filme tinha sido produzido durante o período do regime nazista. Houve, ainda, a expressa crítica a outros filmes produzidos a serviço da ideologia nacional-socialista. Em face de tais críticas, o produtor do filme – *Veit Harlan* – que havia recebido a dura crítica apresentou uma ação por ilícito civil, com fundamento no art. 826

Importa mencionar, todavia, que, mesmo antes da sentença *Lüth*, o Tribunal Supremo Federal e a Magistratura Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), já haviam começado a tratar da questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares³².

Enfatizando a dignidade da pessoa humana, em obra específica acerca dos direitos fundamentais incidentes no âmbito das relações trabalhistas, JOSÉ JOÃO ABRANTES sustenta que “hoje, a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais nas relações de direito privado é, pois, exigida, por um lado, pela ‘dignidade da pessoa humana’ encarada no quadro do Estado Social de Direito e, por outro, pela nova ‘dimensão objetiva’ atualmente reconhecida àqueles direitos”³³.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003, em con-

do BGB, segundo o qual “o que dolosamente causa dano a outro de maneira contrária aos bons costumes está obrigado a repará-lo”. Por sua vez, depois de ter sido condenado em primeiro grau e mantida a decisão em sede de recurso, *Lüth* recorreu ao Tribunal Constitucional argumentando que o direito à liberdade de expressão obrigava considerar legítima a sua forma de agir, tendo obtido êxito nessa etapa. In GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BRANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones particulares**. Madrid: Civitas, 1986. pp. 21-26.

Em sua obra, JOSÉ JOÃO ABRANTES transcreve partes da decisão proferida no caso *Lüth*, nos seguintes termos: “Sem dúvida que os direitos fundamentais se destinam em primeiro lugar a proteger a esfera de liberdade dos indivíduos perante intervenções do poder público, são direitos de defesa do cidadão face ao Estado /.../.

Não obstante isto, é igualmente certo que a Constituição, que não é um ordenamento desprovido de valores, também instituiu, no título referente aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores. /.../ Este sistema de valores, que tem o seu cerne no livre desenvolvimento da personalidade humana /.../, deve reger, como decisão constitucional básica, em todos os âmbitos do Direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição.

Dessa forma, ele influi, evidentemente, também sobre todo o Direito Civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com tal sistema e todas elas deverão ser interpretadas em conformidade com o seu espírito”. In ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 76-77.

³² VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada**, pp. 139-141.

³³ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, p. 72.

sulta realizada pelos Estados Unidos Mexicanos, em seu parágrafo nº 147, dispõe que “a obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, pelo que devem também velar para que nessas relações privadas entre terceiros se respeitem os direitos humanos, já que do contrário, o Estado pode resultar responsável pela violação dos direitos”³⁴.

Diante disso, em face do reconhecimento de que não apenas o Estado figurava como sujeito ameaçador dos direitos e liberdades dos indivíduos, mas percebendo a urgente necessidade de proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas entre os particulares – em evidente evolução depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes totalitaristas, sobretudo na Alemanha –, e, ainda, concebendo uma dimensão objetiva a essa categoria de direitos, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁵.

Tal como já mencionado anteriormente, os poderes públicos estão vinculados de forma positiva e negativa quanto aos direitos fundamentais, uma vez que, em determinado instante, deve abster-se de imiscuir na esfera individual de liberdade do cidadão, e, noutro instante, incumbe-lhe a promoção e proteção dos direitos e garantias dos cidadãos³⁶. A grande

³⁴ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003**, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

³⁵ Em excelente análise acerca da evolução da jurisprudência no tema relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, confira-se: VALADÉS, Diego. La protección de los derechos fundamentales frente a particulares. Obra coletiva coordenada por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. pp. 589-616.

³⁶ VEGA GARCÍA, Pedro. La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). Obra coletiva coordenada por CARBONELL, Miguel.

diferença existente entre os poderes públicos e os particulares, no que tange à forma de tratamento, é o fato de que, em relação a estes últimos, há apenas uma vinculação *negativa* aos direitos fundamentais.

Pode-se concluir, portanto, nos dias de hoje, que já não mais há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – eficácia horizontal –, tendo em vista que, ainda que tenha ocorrido de forma cautelosa, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer que estes podem ser vulnerados por atos praticados nas relações jurídico-privadas, pelo que, tal como ocorre nas relações jurídico-públicas, também deve haver a proteção de tais direitos no âmbito das relações privadas. Ademais, some-se a isso o fato de que as normas constitucionais de diversos países – Espanha, Portugal e Brasil –, de forma expressa ou por meio de uma interpretação sistemática, contemplam a obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais nas relações mantidas entre particulares. Isso não é nada mais que compreender a realidade dos fatos, e, por conseguinte, a prática de atos visando coibir as lesões dos direitos fundamentais.

Não há, pois, controvérsia doutrinária quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os privados.

2. APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO LABORAL

Inicialmente, pode-se mencionar que, enfrentando poucas controvérsias, a doutrina costuma entender que a questão relativa à *Dritt-wirkung der Grundrechte* se amolda, de forma quase natural, no âmbito do contrato de trabalho. Segundo TERESA MOREIRA, essa “naturalidade” se deve ao fato de que a empresa, enquanto uma estrutura de poder, se mostra detentora de diversas faculdades de atuação, razão pela qual, pos-

Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. pp. 692-693.

sui uma elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores³⁷.

Sob essa perspectiva, não há como negar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da empresa, tendo em vista que isso é fato aceito desde as discussões iniciais do texto constitucional. De forma muito precisa, ESCRIBANO GUTIÉRREZ afirma que “a Constituição não poderia ficar às portas da fábrica, mas, pelo contrário, haveria de estar presente também nas relações entre empresários e trabalhadores”. Desta maneira, sustenta o ilustre autor, apesar de algumas dúvidas iniciais que foram suscitadas acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, até com certa rapidez, que os tribunais passaram a apresentar posicionamentos favoráveis a essa tese³⁸.

Adotando esse posicionamento, a Sentença nº 186/2000, de 10 de julho, do Tribunal Constitucional da Espanha, dispõe que “o empresário não fica apoderado para levar a cabo, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controle que lhe confere o art. 20.3 LET, intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados nos centros de trabalho”. Ressalta, também, que “os equilíbrios e limitações recíprocas que se derivam para ambas as partes do contrato de trabalho supõem, pelo que agora interessa, que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando obrigado o empregador a respeitar aqueles”. Mais adiante, a referida decisão menciona que “a jurisprudência constitucional tem mantido, como não poderia ser de outro modo, que o exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum caso para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais

³⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 57-58.

³⁸ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, nº01, 2001, pp. 85-86.

do trabalhador, nem à sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daquele”³⁹.

Costuma-se afirmar, nesse contexto, que os direitos fundamentais também compõem estruturas básicas do Direito do Trabalho, levando-se em conta as características especiais de uma relação jurídica, onde não só a pessoa do trabalhador se encontra comprometida, mas atentando para o fato de que o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no âmbito privado, não deixa de ser um “poder social com relevância jurídica”⁴⁰.

Aliás, a própria estrutura do contrato de trabalho demonstra a necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito desse tipo de pacto, tendo em vista que, ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador cede ao empregador a sua força de trabalho, pelo que, resta evidente que a relação que se origina não pode deixar de ser qualificada como uma “relação de dependência”. O próprio objeto do contrato de trabalho – disposição da mão-de-obra de um sujeito em benefício de outro – é o que “torna inevitável todo um conjunto de notáveis limitações à liberdade pessoal do trabalhador”⁴¹.

Não se pode olvidar que as novas tecnologias e os novos modelos de organização da empresa, baseados em princípios de efetividade de produção em face da competitividade, ampliam de forma extraordinária as várias prerrogativas do empregador, gerando uma reinserção do “princípio da autoridade” no desenvolvimento das relações de trabalho⁴²,

³⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n° 186, de 10 de julho de 2000**. Boletín Oficial del Estado, n° 192, publicado em 11 de agosto de 2000. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, n° 01/02, 1996, p. 15.

⁴¹ ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. **II Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999. pp. 105-106.

⁴² Nesse sentido, MOLINA NAVARRETE e OLARTE ENCABO ressaltam que, “justamente por isso, não se pode surpreender a comum imagem deste âmbito jurídico co-normativo relativo à tutela dos direitos fundamentais não especificamente trabalhistas como um dos

razão pela qual, a tutela aos direitos da pessoa do trabalhador, sobretudo os direitos de liberdade, privacidade e dignidade, adquirem uma nova e renovada atualidade.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, em consulta realizada pelos Estados Unidos Mexicanos, em seu parágrafo nº 140, dispõe que “em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe na cabeça dos Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*’). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria da *‘Drittwirkung’*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares”⁴³.

mais dinâmicos e evolutivos do Direito ‘vivo’ do Trabalho”. Prosseguem afirmando que “temas tais como a definição da extensão e limites dos diferentes testes médico-sanitários para a seleção dos futuros trabalhadores de uma empresa ou para a vigilância da saúde naquela relação já existente; a proteção efetiva e eficaz dos direitos à dignidade pessoal e liberdade sexual perante a multiforme gama de comportamentos do ‘assédio sexual’; a tutela da intimidade ou, de forma mais ampla, da privacidade do trabalhador; as consequências da liberdade religiosa e ideológica na relação de trabalho, a delimitação dos espaços de exercício legítimo da liberdade de expressão dos trabalhadores dentro e fora da empresa..., são todos eles temas de extraordinária transcendência, de extrema conflituosidade e de máxima atualidade em nosso país como no resto dos países europeus, pelo que suscitam múltiplos e continuamente renovados problemas jurídicos”. In MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofia. Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 17, 1999, p. 11.

⁴³ De igual sorte, com essa mesma concepção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, em seu parágrafo nº 147, estabelece que “a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações interindividuais. /.../ Esses efeitos de obrigação de respeito dos direitos humanos nas relações entre particulares, especificam-se no marco da relação trabalhista privada, na qual o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores”. In COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos

Tratando, ainda, acerca da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho, JOSÉ JOÃO ABRANTES sustenta que isso demonstra a “mais marcante manifestação de uma nova concepção dessa relação, caracterizada pela depuração desses seus elementos comunitário-pessoais e em que a qualidade de vida e

de trabalho, bem como a realização pessoal do trabalhador, são elementos dominantes”⁴⁴.

Na verdade, ocorreu – e ainda está ocorrendo, num processo dinâmico – o fenômeno da “constitucionalização” do Direito do Trabalho, sendo que o trabalhador deixou de ser considerado exclusivamente como um sujeito que, por meio de um contrato de trabalho – negócio jurídico de natureza privada –, põe à disposição de outra pessoa a sua força de trabalho, mas, com tal ocorrência, houve uma mudança no foco de proteção, passando-se a proteger também o trabalhador-cidadão, reconhecendo-lhe todos os direitos inerentes aos demais cidadãos previstos na Constituição, promovendo a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação trabalhista.

Ao contrário do que aconteceu na primeira fase da constitucionalização do Direito do Trabalho, onde houve a consagração dos chamados “direitos fundamentais específicos dos trabalhadores”, atualmente a doutrina caminha noutro sentido, com a finalidade de estabelecer a denominada “cidadania na empresa”⁴⁵, ou seja, com a finalidade de dar ênfase ao que se passou a designar como “direitos fundamentais ou laborais

Humanos. **Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003**, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

⁴⁴ O referido autor sustenta que “é sabido, aliás, que a própria legislação (ordinária) do trabalho compreende dispositivos cujo fundamento só é referenciável à tutela de um ‘espaço de liberdade’ do trabalhador. Todavia, mesmo esses afloramentos de uma atitude de salvaguarda da liberdade civil do prestador de trabalho tendem muitas vezes a ser contrabalançados por certas concepções fiduciárias do vínculo laboral e por teses comunitário-pessoais da empresa, que, sob a premissa de um interesse superior e comum a ambas as partes da relação, admitem especiais limitações a essa liberdade”. In ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, p. 106.

⁴⁵ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, p. 107.

inespecíficos”⁴⁶, consubstanciados naqueles direitos do cidadão de forma geral, exercitado-os na empresa, como trabalhadores, mas, também, e, sobretudo, como cidadãos.

Em síntese, o fenômeno da “constitucionalização do Direito do Trabalho”, tem por finalidade evitar que o homem-trabalhador seja tratado como mercadoria ou coisa⁴⁷, pondo em relevo a pessoa que trabalha, dispensando-lhe o mesmo tratamento constitucional quanto aos demais sujeitos, não como um trabalhador, mas como cidadão⁴⁸.

Segundo o entendimento de FERNANDO VALDÉS, juntamente com os direitos tipicamente trabalhistas – tais como a greve e a liberdade sindical –, vários daqueles direitos descritos na Constituição podem ser denominados como “direitos fundamentais da pessoa do trabalhador”, sendo que, mesmo possuindo um alcance geral, encontram as relações de trabalho como um fértil terreno para uma especial aplicação⁴⁹. Nessa mesma esteira, referindo-se à mesma categoria de direitos, VICENTE PACHÉS afirma que “são direitos inerentes à pessoa humana cujo reconhecimento e exercício se pode produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo, como quando esteja inserido no âmbito de uma relação de direito do trabalho”⁵⁰.

⁴⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Los derechos laborales inespecíficos. *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Coimbra, n° 2, 2003, pp. 173-194.

⁴⁷ Neste sentido, vale a pena conferir: CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo? *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, n° 11, 2004, pp. 05-16. PEREIRA, Antônio Garcia. A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 275-293.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, n° 01/02, 1996, p. 15.

⁴⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, n° 08, 1990, p. 11.

⁵⁰ Segundo o referido autor, “produz-se assim uma ‘impregnação laboral’ dos direitos de titularidade geral ou inespecífica pelo fato de sua utilização por trabalhadores assalariados (também eventualmente por empresários), a propósito e no âmbito de um contrato

Também quanto a esse tema, é importante lembrar a lição de ISAIAH BERLIN, no sentido de que no seio de um Estado Social de Direito, a evolução e o desenvolvimento dos direitos fundamentais deve ser orientado para fins de “garantia da liberdade”, como um “poder de autodeterminação” em todos os âmbitos da vida social. Há de deixar de considerar o homem *in abstracto* – aquele situado fora do contexto social em que vive –, passando a considerá-lo *in concreto*, ou seja, em suas diversas vertentes, e, ainda, situado em determinados cenários da realidade em que vive⁵¹.

Em sua precisa abordagem acerca do tema, JOSÉ JOÃO ABRANTES ressalta que, quanto se trata dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não mais se está no terreno meramente contratual, mas no plano da “pessoa”, existente em cada trabalhador, tendo em vista que, em verdade, a celebração de um contrato de trabalho não resulta na cessão ou privação de direitos dos trabalhadores assegurados na Constituição. Finalizando a sua análise, afirma que, “na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas”⁵².

Exatamente no caminho da doutrina acima mencionada, a Sentença nº 088/1985, de 19 de julho, do Tribunal Constitucional da Espanha, dispõe que “a celebração de um contrato de trabalho não implica em modo algum na privação para uma das partes – o trabalhador – dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, entre outros o direito a expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões, e

de trabalho. Em definitiva, são direitos que se reconhecem ao trabalhador enquanto pessoa, eles preexistem ao estabelecimento do vínculo contratual; não é este o que os origina, ainda que nele tenham manifestações específicas. Ou seja, são direitos atribuídos com caráter geral aos cidadãos, que são exercitados no seio de uma relação jurídica trabalhista pelos cidadãos que, num mesmo instante, são trabalhadores e, portanto, convertem-se em verdadeiros direitos trabalhistas em face dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que se fazem valer. Direitos do ‘cidadão trabalhador’, a final de contas, que se exercita como ‘trabalhador cidadão’”. In VICENTE PACHÉS, Fernando. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998. pp. 36-37.

⁵¹ BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Belén Urrutia, Julio Bayón e Natalia Rodríguez Salmones. Madrid: Alianza, 1988. p. 58.

⁵² ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, p. 107.

cuja proteção fica garantida perante eventuais lesões mediante o impulso dos oportunos meios de reparação, que no âmbito das relações laborais se instrumenta, nesse momento, através do processo do trabalho”. Prosseguindo na sustentação desta tese, arremata salientando que “nem as organizações empresariais não formam mundos separados e estanques do resto da sociedade nem a liberdade de empresa que estabelece o art. 38 do texto constitucional legitima que aqueles que prestam serviços naquelas por conta e sob a dependência de seus titulares devam suportar despojos transitórios ou limitações injustificadas de seus direitos fundamentais e liberdades públicas, que tem um valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional”⁵³.

Note-se, portanto, que as relações de trabalho se mostram, com toda certeza, como um dos campos das relações jurídico-privadas nas quais os direitos fundamentais estão mais suscetíveis de alcançar uma maior relevância, e, por conseguinte, maior vulnerabilidade. Isso decorre da própria natureza do trabalho assalariado, onde a pessoa do trabalhador envida os seus esforços para a realização de uma atividade em proveito alheio. Essa relação jurídica, de forma quase inquestionável, em face da situação de sujeição de uma das partes em relação à outra, pressupõe maiores riscos que em outras relações entre sujeitos privados, no que tange aos direitos do trabalhador, tanto como “pessoa” como na qualidade de “cidadão”⁵⁴.

Tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista.

⁵³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n° 088, de 19 de julho de 1985**. Boletín Oficial del Estado, n° 194, publicado em 14 de agosto de 1985. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín. **La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 86.

3. INTIMIDADE PRIVADA. CARACTERÍSTICAS GERAIS E CONCEITO

Antes de tudo, a título de esclarecimento, cabe dizer que não se pretende aqui, de maneira alguma, a ampliação dos estudos relacionados ao direito à intimidade, no sentido de construir novas teorias ou procurar concepções diferentes para o que a doutrina e a jurisprudência compreendem sobre o tema exaustivamente estudado por grandes nomes. Desta maneira, para cumprir a finalidade proposta por esse trabalho, em obediência à metodologia adotada para sua realização, como etapa necessária para a concretização do projeto elaborado, é importante ressaltar que o direito à intimidade será abordado segundo as concepções dogmáticas já construídas pela doutrina e acolhidas pela jurisprudência, sem que isso implique em prejuízo às eventuais análises pessoais de quem elabora esse estudo.

Nunca é demais reafirmar que todo o ordenamento jurídico encontra seu fundamento na “dignidade humana”, o que gera o reconhecimento de diversos outros direitos à pessoa, sendo um deles o “direito à intimidade”. Nesse contexto, ao tratar dessa relação, seguindo os fundamentos contidos na Sentença nº 057/1994, de 28 de fevereiro do Tribunal Constitucional da Espanha⁵⁵, TERESA MOREIRA sustenta que o “direito à intimidade está estreitamente relacionado com a ideia de dignidade do homem e significa a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento de outros, direito necessário para manter uma qualidade mínima de vida humana”⁵⁶.

3.1 Origem e evolução histórica. Breves comentários

Embora já nas primeiras formulações sobre a liberdade do indivíduo tenha havido uma relação de proximidade com a esfera privada da

⁵⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 057, de 28 de fevereiro de 1994**. Boletim Oficial do Estado, nº 71, publicado em 24 de março de 1994. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

⁵⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 61-62.

qual a pessoa deve ser considerada soberana, na verdade, o surgimento do conceito de “intimidade” se mostra ligado de forma estreita com a aparição da burguesia. Sem prejuízo da pretensão de reconhecimento de outros direitos ligados à pessoa, foi precisamente essa nova classe de pessoas, cujo auge ocorreu durante o período do Estado Liberal, que passou a exigir e a reivindicar o amparo à sua “privacidade”. Neste contexto, observando-se especialmente a época em que isso ocorreu, percebe-se que “a intimidade se configura como uma aspiração da burguesia de acessar ao que antes tinha sido privilégio de uns poucos”⁵⁷.

É relevante mencionar, entretanto, que sob a influência do liberalismo, a propriedade era o fundamento para a existência do direito à intimidade, e nesse período, não houve qualquer esforço para que este direito fosse estendido a outros estratos da população⁵⁸. Segundo esta concepção, “ter intimidade era, sobretudo, um privilégio de classe”. Esse momento histórico no qual houve o desenvolvimento da ideia de ‘*privacy*’, mais adiante será objeto de transformações, tendo em conta que o fundamento da intimidade que até determinado tempo era a propriedade privada deixa de ter força e cede diante da ideia de que a base desse direito passa a ser a “inviolabilidade da personalidade”. Com isso, houve uma mudança na concepção do que se concebe como “intimidade”, e por conta da mencionada transformação, deixa de ser um direito atribuído

⁵⁷ VICENTE PACHÉS, Fernando de. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998. pp. 52-55.

⁵⁸ Exatamente nesse sentido, MARC CARRILLO comenta que “durante grande parte do século XIX, a honra, a avaliação social, e, por óbvio, a garantia de respeito à esfera do aspecto privado, etc., eram bens jurídicos associados exclusivamente à figura do proprietário, em uma estrutura social em que na condição de parte integrante da propriedade de seu titular, a burguesia lhes atribuía um valor de mercado. A intimidade era um conceito patrimonializado, vinculado ao direito de propriedade. Por sua parte, a estrutura familiar, como núcleo básico do modelo social do primeiro capitalismo se converte em um centro nevrálgico necessitado de tutela e proteção. A família é uma rede de acumulação econômica do homem burguês surto do ‘microcosmos’ familiar requer proteção para si e seu entorno mais próximo”. In CARRILLO, Marc. **El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003. p. 35.

só a uma classe social e passa a fazer parte do catálogo de direitos da personalidade, concebido como “algo inerente à própria condição humana”, no sentido de que se trata do “direito que todos têm a ver livres de ingerências e intrusões em sua esfera privada”. Nesse contexto, a intimidade passa a se mostrar como

um “pressuposto da liberdade individual”. Exatamente por essa razão, VICENTE PACHÉS sustenta que “o direito à intimidade sofre assim sua primeira transformação e com isso começa a manifestar um componente de adaptabilidade às circunstâncias históricas de cada momento”⁵⁹.

Nos tempos mais modernos, mesmo em se tratando de um sistema jurídico diferente – *common law* – foi a jurisprudência norte-americana que deu a maior contribuição para o reconhecimento e desenvolvimento do conceito de “intimidade”. A primeira menção ao tema relacionado à “intimidade” ocorreu no ano de 1873, quando o juiz THOMAS COOLEY publicou sua obra denominada como “*The Elements of Torts*”. Nessa ocasião, definiu-se a “intimidade” como sendo “*the right to be let alone*”⁶⁰, o que em uma tradução livre para o idioma português pode ser mencionado como “o direito a ser deixado só”, ou ainda, “o direito a ser deixado em paz”. Entretanto, não foi nessa ocasião que houve a efetiva abordagem à existência de um “direito à intimidade”.

Alguns anos depois, com aquilo que majoritariamente se compreende como sendo a primeira vez que se abordou o conceito de

⁵⁹ Neste sentido, VICENTE PACHÉS destaca que “as primeiras formulações sobre a ‘*privacy*’ aparecem vinculadas à ideia patrimonial, sendo um bem mais do que se pode dispor (‘*privacy property right*’) pela propriedade da vida privada a seu titular: é um direito a fazer públicos aspectos da vida privada e a ocultar outros. Estendem-se, pois, à ‘*privacy*’, concebida como propriedade, as características de exclusividade e propriedade das relações de domínio: só ao cidadão pertence sua vida privada, e só quando a ele lhe interesse poderá fazê-la pública, com o direito de exclusão sobre seu conhecimento. Propriedade e contrato são os pilares jurídicos que fundamentam esta concepção, e só mediante intrusões físicas pode vulnerá-la privacidade”. In VICENTE PACHÉS, Fernando de. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad**, p. 55.

⁶⁰ GORMLEY, Ken. One hundred years of privacy. **Wisconsin Law Review**, University of Wisconsin Law School, Madison, 1992, P. 1343. Disponível na Internet: <<http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Gormley--100%20Years%20of%20Privacy.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

“intimidade privada” no âmbito jurídico, houve a publicação do notório estudo realizado pelo SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, por meio de um artigo intitulado “*The Right to Privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890⁶¹. Para a redação e desenvolvimento do referido artigo, os autores já mencionados partem da ideia do “*the right to be let alone*” inicialmente utilizada pelo juiz THOMAS COOLEY.

Apenas com intuito ilustrativo, importa destacar que, em seu artigo, SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS analisam algumas situações que podem ser qualificadas como limitadoras do direito à privacidade, ressaltando que em alguns casos, os quais podem ser definidos de maneira prévia, a intimidade poderá ceder diante das exigências do bem comum. Sustentam, ainda, que as situações mais genéricas podem ser encontradas por analogia nas leis de difamação e calúnia, e também, na lei de propriedade literária e artística que tinham vigor na época em que o artigo foi publicado. Nesse sentido, como uma espécie de orientação para o direito à privacidade, os autores dispõem que:

1. “O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação de matéria que é de interesse público ou geral”;
2. “O direito à privacidade não proíbe a comunicação sobre qualquer assunto, embora de natureza privada, quando a publicação se fez conforme com a lei de difamação e calúnia”;
3. “A lei provavelmente não concederá reparação para qualquer invasão de privacidade pela publicação oral em caso de ausência de dano especial”;
4. “O direito à privacidade cessa depois da publicação dos fatos por parte do indivíduo ou com seu consentimento”;
5. “A veracidade da matéria publicada não tem relevância jurídica, tendo em conta que a questão substancial gira em torno do dano que pode produzir sua publicação”;

⁶¹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Boston, V. 4, n° 5, 1890, pp. 193-220. Disponível na Internet: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

A intimidade privada e o direito à autodeterminação informativa. Um passo adiante para a efetiva proteção das informações pessoais dos trabalhadores

6. “A ausência de ‘malícia’ de quem publica a matéria não afasta sua responsabilidade pela publicação”⁶².

Depois de poucos anos da publicação do artigo, alguns casos passaram a chegar aos tribunais para ser objeto de apreciação, mas de maneira inicial, não foram acolhidos os argumentos sustentados pelo SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS. A situação mais famosa aconteceu quando, em 1902, houve a apreciação do caso *Roberson vs. Rochester Folding Box CO.*, ocasião em que, por 4 votos contra 3, o Tribunal de Apelações de Nova Iorque rechaçou o pedido formulado, tendo sustentado em sua decisão a “falta de precedentes”, “o caráter puramente mental da lesão”, “a grande quantidade de litígios que poderia ser esperados para ocorrer”, “a dificuldade de fazer qualquer distinção entre as figuras públicas e privadas”, e ainda, “o medo de indevida restrição da liberdade de imprensa”⁶³

Não obstante tenha deixado de ocorrer ou ter reconhecido um efetivo amparo ao “direito à intimidade”, o fato é que, a mais importante consequência da decisão acima noticiada, foi a grande quantidade de críticas à sentença proferida pelo Tribunal, o que culminou com a elaboração de uma legislação específica com respeito a esse tema. Nesse sentido, o artigo 50, da Lei de Direitos Civis, no que toca ao direito à intimidade, dispõe que “uma pessoa, empresa ou corporação que usa para fins publicitários ou para fins de comércio, o nome, retrato ou imagem de quem quer que seja, sem ter obtido o consentimento por escrito de tal pessoa,

⁶² WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, pp. 202-205. Uma boa análise de cada uma das orientações apresentadas por SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS pode ser encontrada em: CARRILLO, Marc. Información y vida privada. **Parlamento y Constitución**, Cortes de Castilla-La Mancha – Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, n° 8, 2004, pp. 266-268. Disponível na Internet: <<http://www.cortesclm.es/paginas/publicaciones/nooficiales/2004.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

⁶³ PROSSER, William Lloyd. Privacy. **California Law Review**, University of California – Berkeley School of Law, Berkeley, V. 48, n° 3, 1960, p. 385. Disponível na Internet: <http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

ou se o menor de seus pais ou guarda, é culpado de um delito” (CVR, art. 5, afastado 50)⁶⁴.

Para melhor compreensão com relação ao estudo da evolução do direito à intimidade, é relevante mencionar que LOUIS BRANDEIS, um dos dois autores do célebre artigo publicado no ano de 1890, foi designado pelo Presidente Woodrow Wilson, como membro do Tribunal Supremo, onde permaneceu desde o ano de 1916 até 1939⁶⁵. Como não se poderia deixar de imaginar, trouxe consigo aquela noção relativa à “intimidade”, e no ano de 1928, ao participar do julgamento do caso *Olmstead vs. United States*⁶⁶, LOUIS BRANDEIS apresentou um parecer divergente que demonstrou as bases do que seria futuramente reconhecido como o “direito à intimidade”⁶⁷.

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS. New York State Legislature. **Civil Rights**. Disponível na Internet: <<http://public.leginfo.state.ny.us/lawsseaf.cgi?querytype=laws+&querydata=@slcvr0a5+&list=law+&browser=browser+&token=02753609+&target=view>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

⁶⁵ ZUÑIGA, Francisco. El derecho a la intimidad y sus paradigmas. **Ius et Praxis**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca (Chile), v. 3, n° 1, 1997, p. 289. Disponível na Internet: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730125.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

⁶⁶ Em suas palavras, LOUIS BRANDEIS afirmou que “o terrível incidente da invasão da privacidade dos telefones é muito maior que quando intervêm na manipulação com o correio. Sempre que uma linha de telefone é violada, a intimidade das pessoas em ambos os extremos da linha é invadida e todas as conversações entre eles sobre qualquer tema é, embora particular, confidencial e privilegiada, podem ser ouvidas. Por outra parte, a intervenção da linha de telefone de um homem consiste na intervenção da linha de telefone de toda pessoa a quem pode chamar ou que pode chamá-lo. Como uma forma de espionagem, recursos e mandados de forma geral são instrumentos insignificantes diante da tirania e a opressão em comparação com as escutas telefônicas”. O inteiro conteúdo do voto dissidente de LOUIS BRANDEIS pode ser encontrado em: ESTADOS UNIDOS. Cornell University Law School. **Olmstead vs. United States (Dissenting Opinion)**. Disponível na Internet: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/ussc_cr_0277_0438_zd.html>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

⁶⁷ Ao comentar a decisão em que LOUIS BRANDEIS ficou vencido, mas deixou consignado seu voto divergente, KEN GORMLEY afirmou que o referido caso “teve como objetivo a tecnologia recém-inventada que permitiu a realização de escutas por agentes federais”, sendo que, nessa ocasião, “defendeu com veemência o ponto de vista no sentido de que tal interceptação de comunicações – mesmo sem uma ofensa física ou apreensão de bens

Depois da análise sobre o tema, percebe-se que a evolução do direito à intimidade ou privacidade, com a noção de “*privacy*”, deu-se de maneira mais intensa nos Estados Unidos, sobretudo por consequência do enfrentamento da questão diante dos tribunais norte-americanos. Por outro lado, no contexto europeu, o desenvolvimento do direito à intimidade ocorreu depois do término da Segunda Guerra Mundial, com a noção de que os direitos fundamentais ou direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, concepção esta que atualmente é consagrada mundialmente pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. Desta forma, ao contrário do que aconteceu os Estados Unidos, na Europa o direito à privacidade rapidamente passou a fazer parte dos documentos internacionais, textos constitucionais e legais⁶⁸.

3.2 Intimidade e privacidade. Terminologia, conceito e conteúdo

Depois de ter havido a exposição sobre a evolução histórica da ideia de “intimidade”, é importante responder a uma indagação: qual é o significado de “direito à intimidade” ou “privacidade”?

tangíveis – constituía uma espécie de ‘busca e apreensão ilegal’ no âmbito da Quarta Emenda”. In GORMLEY, Ken. One hundred years of privacy. **Wisconsin Law Review**, p. 1360.

⁶⁸ Com relação ao desenvolvimento histórico da “intimidade”, com uma abordagem da antiguidade pré-clássica e povos orientais, passando pela Grécia, Roma, Idade Média, o Renascimento, o Liberalismo e a Sociedade pós-industrial, confira-se: RUIZ MIGUEL, Carlos. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Tese de Doutorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992. pp. 10-73. Disponível na Internet: <<http://eprints.ucm.es/2164/1/S0002101.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2015. De igual sorte, quanto à evolução e desenvolvimento do direito à intimidade, tanto em uma perspectiva norte-americana como europeia, e, ainda, com menções ao tratamento do tema em território latino-americano, pode ser consultado em excelente texto e pesquisa: CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos. **Revista Chilena de Derecho**, Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho, Santiago, v. 27, n° 1, 2000, pp. 51-79.

Para a realização de um estudo mais aprofundado, também com relação à origem, desenvolvimento histórico e fundamentos do conceito de intimidade, vale a pena conferir: SÁCHEZ-CARO, Jesús; SÁNCHEZ-CARO, Javier. **El médico y la intimidad**. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2001. pp. 21-56.

Antes da tentativa de formulação de um conceito de “direito à intimidade”, é importante dizer que, tal como foi possível constatar anteriormente, em alguns instantes houve a utilização da palavra “privacidade”, e em outros momentos, a adoção do vocábulo “intimidade”. Embora não seja o principal objetivo de este trabalho, e também para que não haja a imputação de omissão, é relevante assinalar que a doutrina diverge quanto às definições do que é “privado” e “íntimo”, e, também, com relação à utilização de ambos os vocábulos como sinônimos. É por essa razão que, antes de qualquer prosseguimento, faz-se necessária uma análise quanto à “privacidade” e “intimidade”, entre outros termos que eventualmente podem ser utilizados para denominar o âmbito privado ou pessoal do indivíduo.

Ampliando a questão relativa aos vocábulos utilizados, REBOLLO DELGADO sustenta que “na linguagem comum, utilizam-se termos que têm uma identidade significativa, desta forma, não há distinção entre intimidade, confidencialidade, segredo, vida privada, esfera privada e privado, entre outras”. Ressalta, ainda, que relativamente a estes termos ora mencionados, ainda é possível acrescentar certo anglicanismo, o qual gera o vocábulo “privacidade”, também no intuito de demonstrar a ideia de que existe um ponto onde “não se deve penetrar sem o consentimento da pessoa”. Em conclusão, diante dos diversos vocábulos utilizados, o autor menciona que não se pode perder de vista que “todos eles representam a ideia da existência de uma esfera privada, em que somente cada pessoa tem o poder para decidir o que o afeta, evitar intromissões não desejadas”, e, também, deter “um controle a respeito do que não se quer que os outros conheçam, ou do que se quer dar a conhecer”⁶⁹.

Por conta dessa situação, mesmo diante uma pluralidade de vocábulos utilizados – confidencialidade, intimidade, esfera privada, íntimo, privado, vida privada, secreto, entre outros – para a consecução do objetivo pretendido por esse trabalho, somente será analisada a diferenciação a respeito de “intimidade” e “privacidade”, e mesmo assim, só por

⁶⁹ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **El derecho fundamental a la intimidad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2005. p. 48.

questão metodológica, visto que será perfeitamente possível, mais adiante, a utilização sinônima dos vocábulos privacidade e intimidade, o que desde já fica esclarecido. Apenas a título de curiosidade, convém registrar que o corretor ortográfico do computador, quando se procede à correção do texto escrito, destaca a palavra “privacidade”, indicando-a como desconhecida no idioma castelhano, e, a título de sugestão de sinônimos, indica expressões tais como “reserva”, “secreto” e “intimidade”.

Importa destacar, entretanto, que há dicionários que fazem menção à “privacidade”, e, do ponto de vista léxico, na versão eletrônica do dicionário da REAL ACADEMIA ESPANHOLA há definição como sendo o “âmbito da vida privada que se tem direito a proteger de qualquer intromissão”, e trata da “intimidade” como a “zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família”⁷⁰. Por sua parte, o dicionário eletrônico HOUAISS menciona que “privacidade” se refere à “vida privada, particular, íntima”, sendo que, com relação à “intimidade”, dispõe que se trata de “qualidade ou caráter do que é íntimo” ou “o que diz respeito aos atos, sentimentos ou pensamentos mais íntimos de alguém”. Por fim, com relação ao que é “íntimo”, o mesmo dicionário dispõe que “trata de assuntos extremamente pessoais e confidenciais; particular, privado”⁷¹. É possível compreender, portanto, que tanto o que é privado ou íntimo, fazem menção àquilo que é particular, confidencial, reservado, profundo, interior, entre outras palavras que lhes podem ser atribuídas.

Ao discorrer sobre a “privacidade”, desde um ponto de vista jurídico, CORRAL TALCIANI sustenta que deve ser considerada como o bem jurídico que provém da “posição de uma pessoa (ou entidade coletiva pessoal) em virtude da qual se encontra livre de intromissões ou difusões cognitivas de fatos que pertencem a sua interioridade corporal e psicológica ou às relações que ela mantém ou manteve com outros, por parte de

⁷⁰ ESPANHA. Real Academia Espanhola. **Diccionario de la lengua española**. 22 ed., 2001. Disponível na Internet: <<http://www.rae.es/rae.html>>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

⁷¹ HOUAISS. Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa – Houaiss Eletrônico**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

agentes externos que, sobre a base de uma valoração média razoável, são alheios ao conteúdo e finalidade de dita interioridade ou relações⁷². Com relação ao direito brasileiro, também lamentando a imprecisão da terminologia e a divergência que ela gera, JOSÉ AFONSO DA SILVA prefere a expressão “direito à privacidade”, por compreender que esta abrange todas as manifestações de “esfera íntima, privada e da personalidade”. Diante disso, o referido autor compreende por privacidade “o conjunto de informação sobre o indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. Prosseguindo, sustenta que se mostra amplo o âmbito de compreensão da inviolabilidade, sendo certo que “abrange o modo de vida caseira, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”⁷³.

Por outro lado, agora analisando a definição de “intimidade”, ROMEO CASABONA afirma que esta deve ser compreendida como “aquelas manifestações da personalidade individual (ou familiar) cujo conhecimento ou desenvolvimento ficam reservados ao seu titular ou sobre as que exercem alguma forma de controle quando se vêem implicados terceiros”⁷⁴. Conforme BAJO FERNÁNDEZ deve-se compreender por “intimidade” o “âmbito pessoal onde cada um, preservado do mundo exterior, encontra as possibilidades de desenvolvimento e fomento da personalidade. Trata-se, pois, de um âmbito pessoal reservado à curiosidade pública, absolutamente necessário para o desenvolvimento humano e onde

⁷² CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: concepto y delimitación. **Revista Chilena de Derecho**, Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho, Santiago, v. 27, n° 2, 2000, p. 347.

⁷³ SILVA, José Afonso. **Cursos de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 205.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. El tratamiento y la protección de los datos genéticos. Obra coletiva coordenada por MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos. **Gen Ética**. Barcelona: Ariel, 2003. p. 240.

enraíza a personalidade”, sendo que “uma maior concreção desta zona pessoal não é possível”⁷⁵.

Da mesma forma, ROMERO COLOMA define “intimidade” como sendo “o direito em virtude do qual excluimos a todas ou determinadas pessoas do conhecimento de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções”. Prosseguindo, a mesma autora ressalta que “é o direito a viver em solidão aquela parte de nossa vida que não desejamos compartilhar com outros, bem seja com a sociedade que nos rodeia, com todo mundo que nos circunda, ou com uma parte desse mundo”⁷⁶. Por sua parte, ALBALADEJO GARCÍA sustenta que “intimidade” deve ser considerada como “o poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, pessoal e familiar, poder que lhe permite excluir aos estranhos de entremeter-se nele e lhe dar uma publicidade que não deseja o interessado”⁷⁷.

Em sua concepção, CABEZUELO ARENAS ressalta que, quando se refere à “intimidade”, tem-se que compreender como “o marco no qual podemos desenvolver livremente nossa personalidade sem ser observados por terceiros”, sendo que, com essa ideia, reconhece “a legitimidade da decisão consistente em isolar determinadas parcelas de nossa existência para desfrutá-las em solidão”. Em conclusão, sustenta que, embora se trate de um direito que “reclama um maior grau de proteção”, não perde de vista que, em determinadas ocasiões, isso não impedirá que “quando o interesse transborde o âmbito privado”, será possível a revelação de determinadas informações, mesmo contra a vontade de seu titular⁷⁸. É

⁷⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de Código Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. XXXIII, v. III, setembro-dezembro, 1980, p. 599. Disponível na Internet: <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/1980-1989/1980_fasc_III.pdf>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

⁷⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia María. **Derecho a la intimidad, a la información y proceso Penal**. Madrid: Colex, 1987. p. 28.

⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. **Derecho civil – Introducción y parte general**. v. II Barcelona: Bosch, 1977. p. 59.

⁷⁸ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. **Derecho a la intimidad**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 40.

evidente, entretanto, que isso não poderá ocorrer em qualquer situação, mas apenas naqueles casos em que ocorram conflitos entre direitos fundamentais, e, mesmo assim, somente depois de realizada a ponderação como critério de solução para tal.

Por outro lado, levando-se em conta as dificuldades que provêm da terminologia adotada, não há como ignorar que atribuir uma definição para “intimidade” não é uma tarefa fácil, mas também é importante recordar que “as definições que se deram giram ao redor do fator isolamento, separação do privado e o público”. Para demonstrar essa dificuldade, basta recordar sobre a diversidade terminológica utilizada, visto que os italianos fazem uso da palavra “*riservatezza*”; os franceses empregam com o mesmo significado a expressão “*vie privée*”; os alemães acolheram o vocábulo “*privatsphäre*”; e, por sua parte, os países anglo-saxões usam o termo “*privacy*”, sendo ele o originário de toda a discussão⁷⁹.

Neste sentido, em seu trabalho sobre o tema, VICENTE PACHÉS reconhece que, pelo fato de se tratar de uma construção que ocorreu no âmbito do direito anglo-saxão, não há como se afastar da concepção desse povo quanto a “*privacy*”. O grande problema, entretanto, foi que ocorreu certa ambiguidade no momento em que esta expressão foi traduzida para outros idiomas, e no idioma castelhano não foi diferente, tanto é que é muito comum encontrar o emprego, sem qualquer distinção, quanto às expressões “direito à intimidade” e “direito à vida privada”. De qualquer forma, o autor compreende a importância da distinção entre as expressões mencionadas⁸⁰, ressaltando que, salvo poucas exceções⁸¹, a grande

⁷⁹ CONDE ORTIZ, Concepción. **La protección de datos personales – un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 21.

⁸⁰ Exatamente nesse sentido, compreendendo que a confusão terminológica ocorreu diante da falta de uma tradução precisa para o idioma castelhano, HELENA BÉJAR sustenta que “a intimidade não é, em realidade, um sinônimo de privacidade, embora se considere às vezes deste modo ao não possuir um termo apropriado para a noção original de ‘*privacy*’”. In BÉJAR, Helena. Individualismo, privacidad e intimidad: precisiones y andaduras. Obra coletiva coordenada por CASTILLA DEL PINO, Carlos. **De la intimidad**. Barcelona: Crítica, 1989. p. 44.

⁸¹ Como exceção, o autor menciona a concepção do MIGUEL URABAYEN, no sentido de que, em que pese seja necessária a realização de uma distinção entre “intimidade” e “vida

maioria da doutrina jurídica faz utilização sinônima dos termos “intimidade” e “vida privada”, mas também acredita que na verdade se trata da existência de um só direito: “o direito à intimidade” ou “o direito à vida privada”⁸².

Cabe destacar, ainda, que a diferenciação com relação à “privacidade” e “intimidade” não ocorre somente em sede doutrinária, mas também em termos legislativos. A título de exemplo, embora não mais tenha vigência no ordenamento espanhol, a Lei Orgânica 5/1992, de 29 de outubro, que era a “regulamentação do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal”, incluindo aí seu preâmbulo, fazia menção em

privada”, na verdade essas expressões se referem à existência de um único direito. Neste sentido, confira-se: URABAYEN, Miguel. **Vida privada e información: un conflicto permanente**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977. pp. 11-12.

⁸² VICENTE PACHÉS, Fernando de. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad**, pp. 71-72. Por sua parte, REBOLLO DELGADO chega a sustentar que é absolutamente desnecessária a diferenciação entre “privacidade” e “intimidade”, tendo em conta que se trata de uma impropriedade a utilização do termo “privacidade”. Como fundamento de sua posição, o autor afirma que: “o direito à privacidade é um direito que desconhece nossa constituição vigente. Esta desconhece e estabelece meios para que o legislador ordinário leve a efeito os conteúdos do direito à intimidade, à honra e à própria imagem, reconhece sua existência e ordena sua vigência e amparo efetivo. E a todos eles engloba, como parte de um conceito genérico dos direitos da personalidade, que denominamos de vida privada”. Mais adiante, o autor esclarece que “o direito à privacidade não existe no ordenamento jurídico espanhol, porque não se faz necessária sua existência. O problema está radicado, como em tantos outros âmbitos da linguagem espanhola, ou pela diferente significação ou conteúdo entre os termos no uso ordinário da palavra e em sua utilização jurídica”. In REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **El derecho fundamental a la intimidad**, p. 135. Analisando a questão do ponto de vista da proteção de dados, HERRÁN ORTIZ sustenta que “intimidade e privacidade constituem dois aspectos complementares e interdependentes da existência humana”, sendo certo que a efetiva proteção da pessoa frente às agressões, somente poderá ser obtida pela “tutela de ambas as esferas de atuação da pessoa”. Neste sentido, a autora afirma que “não se trata de decidir qual delas se identifica com o bem jurídico protegido mediante o amparo de dados pessoais, mas sim de delimitar e estabelecer os mecanismos jurídicos apropriados para a proteção dos bens e direitos da pessoa, que garantam ao indivíduo o pleno desenvolvimento de sua personalidade e um adequado e livre desenvolvimento das relações sociais e interpessoais”. In HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. **El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 44.

nove vezes à palavra “intimidade” e dez vezes quanto à “privacidade”. O preâmbulo da lei faz expressamente uma demonstração da diferença entre os termos, dispondo que a intimidade protege a esfera em que se desenvolvem as facetas mais singularmente reservadas da vida da pessoa – o domicílio onde realiza sua vida cotidiana, as comunicações nas que expressa seus sentimentos, por exemplo”. Do mesmo modo, dispõe que a “privacidade” é mais ampla e constitui “um conjunto, mais amplo, mais global, de facetas de sua personalidade que, isoladamente consideradas, podem carecer de significação intrínseca mas que, coerentemente enlaçadas entre si, arrojam como precipitado um retrato da personalidade do indivíduo que este tem direito a manter reservado . Por outro lado, é relevante salientar que a Lei Orgânica n 15/1999, 13 de dezembro - Lei de Proteção de Dados de Caráter Geral -, aquela mesma que derogou a lei anterior, só faz menção à palavra “intimidade”, sem que haja qualquer referência à privacidade.

De maneira sintética, em conclusão, é importante mencionar que não há um acordo na doutrina jurídica com relação às formas de designação do tema relacionado à “intimidade” e “privacidade”. O fato é que toda a confusão ocorreu diante da dificuldade de tradução do vocábulo “*privacy*” para o idioma castelhano, sendo que o mais próximo disso é a palavra “privacidade”, somado ao fato de que “tem a virtude de ser mais amplo que a expressão preferida pelos autores espanhóis: ‘intimidade’, e revela melhor a entidade de bem jurídico a proteger que a simples expressão de ‘vida privada’”. Do mesmo modo, também é possível dizer que, por outro lado, “a locução ‘o direito ao respeito da vida privada’ apresenta o inconveniente da falta de concisão”. Neste sentido, depois de todas as elucidações realizadas quanto aos vocábulos, para que não haja uma desnecessária repetição de palavras e permita uma melhor fluidez na leitura, se alerta ao leitor que “direito à vida privada”, “direito à intimidade” e “direito à privacidade” serão expressões utilizadas como sinônimas entre si

Depois de verificada a questão relativa à divergência terminológica e a pluralidade de definições apresentadas pelos diversos autores, é possível concluir que o “direito à intimidade” é o direito que tem a pessoa

de não sofrer intromissões indevidas em sua esfera pessoal e familiar, e, também, o direito de escolher as informações de caráter pessoal que podem ou não ser objeto de conhecimento de terceiros. Com respeito a sua natureza, trata-se de um “direito inato, surgido com o começo da vida mesma do indivíduo, e consubstancial à natureza humana no sentido de que o homem não só apresenta uma projeção social, mas também reclama e necessita de uma forma de encontrar-se consigo mesmo qual é a que a intimidade representa”⁸³. Trata-se, pois, de um direito que não pode ser adquirido pela pessoa, tendo em conta que é inerente à condição de ser humano e faz parte de sua própria natureza, por força da dignidade humana reconhecida como valor fundamental. Para os fins pretendidos por esse trabalho, pode-se dizer que é dessa forma que deve ser considerado o “direito à intimidade”, “à privacidade” ou “à vida privada”.

Outra situação de difícil enfrentamento ocorre quando se pretende investigar qual é o alcance e conteúdo do “direito à intimidade”, tendo em conta que aquilo que se compreende como “íntimo” é variável conforme o espaço e o tempo. Além disso, neste sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha reconheceu que sua “extensão vem determinada em cada sociedade e em cada momento histórico e cujo núcleo essencial em sociedades pluralistas ideologicamente heterogêneas devem determinar os órgãos do Poder Judicial” (STC 171/1990)⁸⁴.

É perfeitamente possível afirmar que, de fato, a extensão do âmbito de proteção do indivíduo é diferente em cada contexto histórico da sociedade contemporânea. Não se pode negar que a evolução e desenvolvimento das estruturas econômicas, bem como o progresso tecnológico tem impacto direto sobre a vida das pessoas e são fatores que podem mostrar as várias situações nas quais pode ocorrer avulsão do direito à intimidade e quais as ocasiões em que se exige a proteção a esse direito⁸⁵.

⁸³ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. **Derecho a la intimidad**, p. 18.

⁸⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 171, de 12 de novembro de 1990**. Boletim Oficial do Estado, nº 287, publicado em 30 de novembro de 1990. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

⁸⁵ CARRILLO, Marc. **El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)**, p. 50. Também nesse sentido, REBOLLO DELGADO y SERRANO PÉREZ sustentam que “o

Com fundamento na situação acima noticiada, no sentido de que o conceito de intimidade se mostra variável conforme o contexto espacial e histórico é importante destacar que, nos dias atuais, tanto a doutrina como a jurisprudência, refere-se ao direito à intimidade privada em uma dupla perspectiva. Costuma-se compreender a intimidade ou a proteção à vida privada, desde um ponto de vista “negativo” ou em um “plano interior”, no sentido de que a pessoa detém o direito de não sofrer intromissões indevidas em sua esfera privada; e, ainda, desde um ponto de vista “positivo” ou com relação ao “plano exterior”, pertinente à forma

direito à intimidade faz referência primariamente a um espaço restrito de livre disposição por parte do indivíduo. Mas o seu pleno desenvolvimento se dá com relação aos demais sujeitos, tanto para fazê-lo valer, como para compartilhá-lo”. Prosseguindo, dispõem que “o conceito de direito à intimidade não pode em nenhum caso ser fechado, posto que nele intervém um forte componente subjetivo, e assim varia de uma pessoa para outra, de um grupo para outro, de uma sociedade para outra. São elementos determinantes em sua configuração a idade, a cultura, a educação, a comunidade na qual nos integramos. Dentre eles, o elemento de maior influência na determinação do conteúdo essencial do direito à intimidade é a conformação social que dele realiza uma sociedade em um momento determinado. Vemos em definitiva como no direito existe um fundamento inexorável, a dignidade humana e o livre desenvolvimento e configuração de sua personalidade. Juntam-se a isso as pretensões pessoais centrais para a configuração de cada indivíduo (o privado), elementos sociais que determinam ou condicionam esta autonomia (o público), e a plena disposição de um âmbito concreto por parte do sujeito titular do direito (voluntariedade). As circunstâncias apontadas se localizam em um contexto temporário e social que influi de forma determinante na configuração do direito à intimidade (delimitação jurídica). Por último, temos que prolongar a proteção de um âmbito privado a outro público, onde o indivíduo possa conhecer e configuração de sua personalidade. Juntam-se a isso as pretensões pessoais centrais para a configuração de cada indivíduo (o privado), elementos sociais que determinam ou condicionam esta autonomia (o público), e a plena disposição de um âmbito concreto por parte do sujeito titular do direito (voluntariedade). As circunstâncias apontadas se localizam em um contexto temporário e social que influi de forma determinante na configuração do direito à intimidade (delimitação jurídica). Por último, temos que prolongar a proteção de um âmbito privado a outro público, onde o indivíduo possa conhecer e controlar o que o afeta em sua intimidade, mas que se encontra fora de seu reduto particular de intimidade (autodeterminação, liberdade ou configuração ativa)”. In REBOLLO DELGADO, Lucrecio; SERRANO PÉREZ, María Mercedes. **Introducción a la protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2006. pp. 30-31.

de relação da pessoa com o mundo, no sentido de assegurar o direito de escolha ou eleição das informações de natureza privada que possam ser de conhecimento de terceiros⁸⁶. Percebe-se, portanto, que existe uma clara proteção a todo aquilo que deva ser considerado como íntimo ou privado, e, também, o controle das informações que, mesmo que eventualmente façam parte da esfera privada, sejam passíveis de que se tornem públicas.

Quanto ao conteúdo específico do direito à intimidade, MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI apoia a existência de um grupo de “informação suscetível ou sensível” que as pessoas não devem ter acesso sem o consentimento do titular do direito. Segundo a concepção do autor, este grupo de informações inclui dados relativos à “origem familiar, social e racial, as convicções ou preferências políticas, as crenças e filiações religiosas, as preferências e práticas sexuais”. Sustenta-se que no conjunto destas informações se encontra o “núcleo duro da intimidade”, visto que seu conhecimento “corresponde à própria concepção do indivíduo sobre si mesmo, que não afeta nem interessa mais que ao próprio indivíduo e a quem ele livremente a queira compartilhar”⁸⁷. Em sua lição, OCHOA GÓMEZ dispõe que a intimidade da vida privada pode compreender questões ligadas aos “amores e amizades amorosas, a vida familiar e a intimidade do lar, o estado de saúde e os cuidados dados às pessoas, os tempos livres e de ócio ou as origens das pessoas, seu domicílio, a intimidade corporal, a vida conjugal ou sentimental com reservas, a vida profissional e o patrimônio”⁸⁸.

⁸⁶ CARRILLO, Marc. **El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)**, p. 50.

⁸⁷ Prosseguindo, o autor menciona que o conhecimento dessa informação “só seria possível o acesso em casos gravemente justificados por seu possível impacto social, e mediante estritos controles, preferivelmente judiciais, e vedando-se de maneira absoluta sua inclusão em bancos de dados de uso público”. In MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel. *Genética humana y derecho a la vida privada*. Obra coletiva coordenada por MARTÍNEZ BULLÉ GUYRI, Víctor Manuel. **Diagnóstico genético y derechos humanos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. Disponível na Internet: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

⁸⁸ OCHOA GÓMEZ, Oscar Enrique. *Derecho civil I – Personas*. Caracas (Venezuela): Universidad Católica Andrés Bello, 2006. p. 489.

Sintetizando a concepção de uma considerável parcela da doutrina, DIENHEIM BARRIGUETE entende que a privacidade do indivíduo é uma parte da vida “que não está consagrada a uma atividade pública e que pelo mesma razão não está destinada a transcender e impactar a sociedade de maneira direta”, e, precisamente por esta razão é que “em princípio os terceiros não devem ter acesso algum, toda vez que as atividades que nela se desenvolvem não sejam de sua incumbência, nem lhes afetam”. Neste contexto, entende-se que a esfera privada abrange as “relações pessoais e familiares, afetivas e de filiação, as crenças e preferências religiosas, convicções pessoais, inclinações políticas, condições pessoais de saúde, identidade e personalidade psicológica, inclinações sexuais, comunicações pessoais privadas por qualquer meio, inclusive alguns chegam a incluir a situação financeira pessoal e familiar”⁸⁹. Com uma concepção um pouco diferente das anteriores, especialmente enfocando o conteúdo do direito à privacidade desde o ponto de vista dos direitos que provêm de seu reconhecimento, CORRAL TALCIANI compreende que, em realidade, o que se assegura é o direito: “a ser deixado sozinho”, “a tomar decisões pessoais”, “ao controle da informação pessoal”, “à inacessibilidade”, e, também, “o direito a excluir a terceiros da informação pessoal”⁹⁰.

Por tudo o que foi exposto, deu-se conta da grande dificuldade de estabelecer o efetivo conteúdo do direito à intimidade, tendo em conta que, não só em termos doutrinários, mas também do ponto de vista jurisprudencial, há o reconhecimento no sentido de que se trata de um conceito variável, conforme os costumes vigentes na sociedade em cada localidade e em cada tempo. Em resumo, é possível concluir que se trata do direito de não sofrer intromissões indevidas em sua esfera privada,

⁸⁹ DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de. El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. **Revista Derechos Humanos**, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca (México), n° 57, setembro-outubro, 2002. pp. 59-61. Disponível na Internet: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/57/pr/pr28.pdf>>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

⁹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: concepto y delimitación. **Revista Chilena de Derecho**, Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho, Santiago, v. 27, n° 2, 2000, pp. 331-336.

em um plano interno, e, no plano externo, na relação da pessoa com o mundo, assegura o direito de escolha ou eleição das informações de natureza privada que podem ser de conhecimento de terceiros. De maneira singela, pode-se dizer também que as informações confidenciais são todas aquelas relacionadas à vida pessoal e familiar da pessoa, podendo ser mencionada de modo exemplificativo e não taxativo, tais como crenças pessoais, políticas e religiosas, aspectos relativos à saúde, modo de viver no lar, os dados sobre a vida conjugal, aspectos corporais, informações patrimoniais e vida profissional, as preferências sexuais, a situação financeira, entre outras questões afetas à pessoa e à família.

4. A INTIMIDADE PRIVADA E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA. UM PASSO ADIANTE PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS TRABALHADORES

Como se viu anteriormente, concluiu-se que, de maneira bastante genérica, o direito à intimidade deve ser compreendido como o direito que a pessoa tem não sofrer intromissões indevidas em sua esfera pessoal e familiar. Também se destacou que desse conceito haveria uma derivação do direito de escolher as informações de caráter pessoal que podem ou não ser objeto do conhecimento de outras pessoas. Vale a pena mencionar, de igual maneira, que a doutrina diverge sobre a autonomia do “direito à autodeterminação informativa” com relação ao “direito à intimidade”. Também cumpre dizer que, embora haja essa divergência, o fato é que, devido a uma mudança de paradigmas proveniente dos avanços tecnológicos, não há como negar que tais mudanças, por si só, já são capazes de gerar o clamor pelo estabelecimento de novas formas de proteger antigos ou novos direitos.

Exatamente neste contexto, NORBERTO BOBBIO alerta para o fato de que os “direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascem gradualmente, nem todos de uma vez

e para sempre, em determinadas circunstâncias, caracterizados por lutas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes”. Justamente pelo fato de que resultam de novas circunstâncias, e nem todos de maneira conjunta, o referido autor emenda no sentido de que os direitos “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem, que acompanha indevidamente ao progresso técnico, ou seja, ao progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e aos demais, cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou descobre novos remédios a sua indignação: ameaças que se desativam com exigências de limites ao poder; remédios que se facilitam com a exigência de intervenções protetoras do mesmo poder”⁹¹.

Desta maneira, tendo em conta a natureza sensível dos dados pessoais – inclusive aquelas dos cidadãos-trabalhadores –, é que foi reconhecida a necessidade de uma especial proteção para as informações pessoais das pessoas. Mesmo em se considerando o reconhecimento do direito à intimidade privada, a verdade é que, nessa matéria, não é suficiente apenas a proteção do indivíduo contra uma interferência indevida, mas se busca um amparo diferenciado. É justamente este algo mais, este *plus* de proteção reclamada, é que se trata o chamado “direito à autodeterminação informativa”.

Exatamente neste contexto, alertando para a necessidade de ampliação da efetiva proteção de dados de caráter pessoal, o Tribunal Constitucional da Espanha reconheceu que, apesar do desnecessário detalhe das diversas possibilidades que a informática concede não só para proceder à coleta de dados pessoais, mas também para seu armazenamento e sua difusão, é evidente que isso pode trazer numerosos riscos para os

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991. pp. 17-18. Neste mesmo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ ressalta que “os direitos fundamentais, portanto, não constituem uma realidade estática que permanece imutável desde seu nascimento até a atualidade, mas se adaptam aos contextos históricos nos quais serão aplicados, seja mediante uma redefinição dos direitos já existentes em outras épocas, seja mediante a incorporação ao ordenamento jurídico de um novo direito”. In ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana. **Derechos fundamentales y protección de datos genéticos**. Madrid: Dykinson, 2007. pp. 75-76.

direitos fundamentais, em particular ao direito à intimidade privada, já que a facilidade de manipulação de dados pessoais pode ser desconhecida pelo titular do direito, inclusive quanto aos motivos relacionados ao respectivo tratamento. Por essa razão é que se deve “compreender que o direito fundamental à intimidade (CE, art. 18.1) não confere por si só uma proteção suficiente a esta nova realidade derivada do progresso tecnológico” (STC 292/2000)⁹².

Importa destacar que, com relação à configuração jurídica do direito à autodeterminação informativa, em qualquer estudo que se realize, certamente o ponto de partida será a referência à Sentença do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 15 de dezembro de 1983, no julgamento relativo a alguns pontos da “Lei do Censo” sobre a população. Naquela ocasião, houve uma insurgência com relação à ilimitada coleta, armazenamento, uso e divulgação de dados pessoais, sob o argumento de que esse procedimento afrontava o princípio da dignidade humana, e, também, o “direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade”, tendo sido acolhido pela Corte alemã. Essa Sentença foi o ponto de partida utilizado para o reconhecimento da existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, como expressão da “autodeterminação informativa”.

No que tange a seus pontos de maior relevância, cabe mencionar que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão ressalta que o direito à autodeterminação informativa deve ser entendido como o poder do indivíduo para pessoalmente decidir sobre quando, a quem e sob quais condições revelar as informações de caráter pessoal. Neste contexto, o Tribunal considerou que a autodeterminação informativa, a qual provém do respeito à dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mostra-se como um precedente elementar para o funcionamento de uma sociedade que aspira a capacidade de ação e cooperação entre os cidadãos. Com esses fundamentos ora indicados,

⁹² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n° 292, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, n° 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 4 de novembro de 2015.

de maneira literal, a Sentença reconhece que se deve deduzir no sentido de que o “livre desenvolvimento pessoal requer a proteção das pessoas contra a ilimitada coleta, armazenamento, uso e divulgação de dados pessoais”, especialmente em tempos com a disponibilidade de tantos modernos meios para o processamento de informações das pessoas.

De tudo o que foi exposto, com relação à Sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, resulta possível estabelecer a conclusão no sentido de que se produziu o nascimento de um novo direito, ou simplesmente uma interpretação extensiva ou mais ampla das disposições constitucionais que já existentes?

Sobre esta questão, pode-se destacar que, por diversas razões expostas em seu estudo, RUIZ MIGUEL compreende que “o direito a autodeterminação informativa não seria exatamente um novo direito que começa ali onde termina o direito à intimidade, mas o mesmo direito à intimidade auxiliado de novas técnicas e aplicado a um novo objeto, a informática”⁹³. Entretanto, em sentido contrário, LUCAS MURILLO DE LA

⁹³ RUIZ MIGUEL, Carlos. En torno a la protección de los datos personales automatizados. **Revista de Estudios Políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n° 84, 1994, pp. 243-244. Disponível na Internet: <<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=241&IDA=16874>>. Acesso em 5 de novembro de 2015.

Neste mesmo contexto, quando aborda o conteúdo do art. 18.4 da Constituição da Espanha, VILLAVERDE MENÉNDEZ sustenta que “o direito à intimidade consiste em um direito de defesa frente a intromissões de terceiros no âmbito definido constitucionalmente como íntimo, que não se reduz apenas a impedir que os terceiros acessem a esse âmbito, mas também pode estender-se à sua publicidade. O indivíduo pode impedir que um terceiro se intrometa em sua intimidade e também apresentar oposição para que essa se faça pública ou que se lhe dê publicidade, tornando-a acessível a qualquer um”. Prosseguindo, dispõe que “esta autodeterminação informativa constitui uma parte importante do âmbito constitucional da intimidade definido na CE”. Por fim, mostrando sua posição, o autor sustenta que “essa lei que limita o uso da informação não terá por que contemplar um direito a autodeterminação informativa ou sua concretização em um direito a ser informado sobre a existência, conteúdo e finalidade de arquivos automatizados, porque esse poder jurídico individual já está contido no direito à intimidade ou à honra”. *In* VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo: a propósito de la STC 254/93. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n° 41, 1994, pp. 207-209.

CUEVA entende que, com relação ao estabelecimento de um sistema de proteção de dados pessoais frente à informática, não se deve ter em conta exclusivamente o direito à intimidade. Para o autor, já na época em que escreveu esta obra, era urgente o reconhecimento de um novo direito, consagrado no “direito à autodeterminação informativa”, cujo objetivo seria a proteção das informações individuais, tanto no que se refere àquelas de caráter íntimo como dados genéricos de conteúdo pessoal – inócuos ou indiferentes –, embora não façam parte da esfera da intimidade do indivíduo⁹⁴.

Neste contexto, para resolver esta questão, há que se ter em conta os subsídios trazidos neste estudo no momento em que se apreciou o direito à intimidade, especialmente quando se procedeu a uma distinção entre intimidade e privacidade – embora tenha havido a adoção da posição de tratar estas expressões como sinônimas, a partir de um determinado ponto. Assim, com todo o respeito que se deve às colocações em sentido contrário, parece ser mais consistente e mais coerente com a realidade a doutrina segundo a qual se reconhece a existência de um “direito à autodeterminação informativa”, já que o direito à intimidade não pode cobrir toda a diversidade de dados pessoais, como por exemplo, os dados de natureza privada, mas caracterizados como “indiferentes” ou “irrelevantes”.

O desenvolvimento no sistema jurídico da Espanha, diferente daquilo que ocorreu com relação a outros países, inclusive a Alemanha – precursora quanto ao reconhecimento jurisprudencial do direito pessoal de controlar o fluxo de seus dados –, embora não exatamente com essa terminologia, o texto constitucional já mencionou a autodeterminação informativa. Neste sentido, a Constituição da Espanha dispõe que “a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos” (CE, art. 18.4)⁹⁵. Em sua lição, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

⁹⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. **Informática y protección de datos personales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. pp. 32-33.

⁹⁵ ESPANHA. Congresso dos Deputados. **Constituição Espanhola de 1978**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

assinala que a previsão descrita no âmbito da Constituição, no sentido de estabelecer uma tutela dos direitos dos indivíduos contra o uso abusivo da informática, projeta-se sobre os dados pessoais e traz várias consequências. Segundo o autor, por um lado, asseguram-se “direitos e garantias para os titulares desses dados de carácter pessoal”, e, por outro lado, “pressupõe para aqueles que recolhem, tratam, transmitem, cedem ou conservam, uma série de obrigações no que se refere à qualidade e à segurança da informação dessa natureza que manejam e às condições em que podem utilizá-la, armazená-la, facilitá-la ou cedê-la”. Em complemento, alerta para o fato de que isso também implica em “restrições à possibilidade de acessá-la por parte de terceiros, assim como limitá-la em relação aos dados pessoais que podem ser tidos em consideração e, posteriormente, incorporados aos arquivos automatizados”⁹⁶.

Estabelecendo uma regulamentação à disposição constitucional, houve a promulgação da Lei Orgânica nº 5/1992, de 29 de outubro, que era a “Regulamentação do tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal”. É necessário ressaltar, entretanto, que esta norma apenas tratou sobre o direito à intimidade de maneira genérica, enfatizando a vertente ou *status* negativo, no sentido de proteger o cidadão contra eventuais intromissões indevidas quanto às suas informações pessoais⁹⁷100. Alguns anos depois, com o advento da Diretiva nº 95/46/CE, a transposição para o ordenamento jurídico interno se deu pela Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro – “Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais”, com disposição no sentido de que seu objetivo é “garantir e proteger, no que concerne ao tratamento dos dados pessoais, as liberdades públicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas, e especialmente sua honra, intimidade pessoal e familiar” (art. 1)⁹⁸.

⁹⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. **Revista de Estudios Políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 104, 1999, p. 36. Disponível na Internet: <<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=261&IDA=17224>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

⁹⁷ ESPANHA. Congresso dos Deputados. **Ley Orgánica nº 5/1992, de 29 de outubro**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

⁹⁸ ESPANHA. Congresso dos Deputados. **Ley Orgánica nº 15/1999, de 13 de dezembro**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

Desde o ponto de vista da jurisprudência, o primeiro marco se produziu com a entrega da Sentença nº 254/1993, de 20 de julho de 1993, do Tribunal Constitucional da Espanha. Em realidade, esta decisão apenas interpretou a norma constitucional, concluindo que “como forma de resposta a uma nova forma de ameaça concreta à dignidade e aos direitos da pessoa, de forma em última análise não muito diferente de como foram originando-se e incorporando-se historicamente os distintos direitos fundamentais”. Prosseguindo, ressaltou-se que, naquela ocasião, estava-se “diante de um instituto de garantia de outros direitos, fundamentalmente a honra e a intimidade, mas também de um instituto que é, em si mesmo, um direito ou liberdade fundamental, o direito à liberdade frente às potenciais agressões à dignidade e à liberdade da pessoa provenientes de um uso ilegítimo do tratamento mecanizado de dados, o que a Constituição chama ‘a informática’”.

De igual maneira, a STC 254/1993 dispõe ainda que o direito de controlar o uso de dados inseridos em um programa informático (*habeas data*) deve ser compreendido como “liberdade informática”, sendo que isso há de ser caracterizado como uma espécie de conteúdo positivo do direito à intimidade. Por último, ressalta que o mesmo direito que garante a negativa da pessoa quanto ao fornecimento de determinados dados, também justifica que o cidadão possa opor-se a que estes mesmos dados “sejam conservados uma vez satisfeito ou desaparecido o legítimo fim que justificou sua obtenção por parte da Administração, ou a que sejam utilizados ou difundidos para fins distintos, e até mesmo ilegais ou fraudulentos, ou, inclusive, a que esses dados pessoais que tem direito a

Quanto à aplicação da Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro no âmbito da relação trabalhista, entre outros excelentes textos, é importante conferir: GOÑI SEIN, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. Obra coletiva coordenada por ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004. pp. 56-75, e, também, REY GUANTER, Salvador del. Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 2, 1993. pp. 135-160.

negar à Administração sejam subministrados por terceiros não autorizados para isso”⁹⁹.

Posteriormente, alguns anos mais tarde, a Sentença nº 11/1998, de 13 de janeiro, do Tribunal Constitucional, com relação à disposição contida no art. 18.4 da Constituição da Espanha, reconheceu que “este não só contém um instrumento específico de proteção dos direitos do cidadão frente ao uso injusto da tecnologia informática, como já dito, mas, além disso, consagra um direito fundamental autônomo a controlar o fluxo de informações que concernem a cada pessoa – à privacidade segundo a expressão utilizada na Exposição de Motivos da Lei Orgânica Reguladora do Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal – pertençam ou não ao âmbito mais estrito da intimidade, para assim preservar o pleno exercício de seus direitos”. Ressalta, ainda, que isso tem por finalidade “evitar que a informatização dos dados pessoais propicie comportamentos discriminatórios”¹⁰⁰.

Apesar da imprescindível contribuição das decisões anteriores no sentido de estabelecer a construção jurisprudencial do direito à proteção de dados pessoais, sobretudo pelo conteúdo da Sentença nº 254/1993

⁹⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 254, de 20 de julho de 1993**. Boletim Oficial do Estado, nº 197, publicado em 18 de agosto de 1993. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 9 de novembro de 2015.

Como já referido em outro instante deste estudo, a fim de não perder o foco essencial pretendido, para um conhecimento mais aprofundado a respeito da Sentença 254/1993, recomenda-se a seguinte consulta: VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo: a propósito de la STC 254/93. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, nº 41, 1994, pp. 187-224. Disponível na Internet: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/Revistas/listado_revistas/revistas06.aspx>. Acesso em 8 de novembro de 2015. ORTIVALLEJO, Antonio. El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (a propósito de la STC 254/1993, de 20 de julho). **Revista de Derecho Privado y Constitución**, Madrid, nº 2, 1994, pp. 305-332. Disponível na Internet: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/Revistas/listado_revistas/revistas07.aspx>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

¹⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 11, de 13 de janeiro de 1998**. Boletim Oficial do Estado, nº 037, publicado em 12 de fevereiro de 1998. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

– quanto à existência da “liberdade informática” ou “autodeterminação informativa” –, o fato é que o reconhecimento do “direito fundamental à proteção de dados pessoais” se produziu com as Sentenças nº 290/2000 e nº 292/2000, de 30 de novembro, do Tribunal Constitucional.

A Sentença nº 290/2000, de 30 de novembro examinou as questões expostas sobre a inconstitucionalidade de algumas disposições da LORTAD – Lei Orgânica nº 5/1992, de 29 de outubro –, a primeira disposição legal que estabelecia tratamento sobre os dados pessoais na Espanha. Entretanto, é importante destacar que, na data do referido julgamento, a lei já não mais tinha vigor, porque já havia ocorrido sua derrogação pela lei mais nova sobre o mesmo tema. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de um “direito fundamental à proteção de dados” e este “garante à pessoa um poder de controle e disposição sobre seus dados pessoais”, tendo em conta que “confere a seu titular um feixe de faculdades que são elementos essenciais do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, integrado pelos direitos que correspondem ao afetado a consentir quanto ao recolhimento e ao uso de seus dados pessoais e a conhecer os mesmos”.

Prosseguindo, destaca que para fazer efetivo o seu conteúdo, existe “o direito a ser informado sobre quem possui seus dados pessoais e qual a sua finalidade, assim como o direito a opor-se a essa detenção e utilização, exigindo a quem corresponde que ponha fim à posse e emprego de tais dados”. Por fim, o Tribunal Constitucional dispõe que, em resumo, este direito fundamental “compreende um conjunto de direitos que o cidadão pode exercer frente a quem sejam detentores, públicos ou privados, de arquivos de dados pessoais, partindo do conhecimento de tais arquivos e de seu conteúdo, uso e destino, pelo registro dos mesmos”. Por esta razão, é que “sobre tais arquivos é onde há que se projetar, em última instância, as medidas destinadas à proteção do direito fundamental aqui tratado por parte das Administrações Públicas competentes”¹⁰¹.

¹⁰¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 290, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, nº 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

Por sua vez, a Sentença nº 292/2000, de 30 de novembro também examinou algumas questões levantadas com relação à inconstitucionalidade de certas disposições da LOPD – Lei de Proteção de Dados de Caráter Pessoal – Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional considerou que, embora compartilhe com o direito à intimidade (art. 18.1), a necessidade de estabelecer uma proteção constitucional quanto à vida privada pessoal e familiar, o direito fundamental à proteção de dados é diferente porque “atribui a seu titular um feixe de faculdades consistente em diversos poderes cujo exercício impõe a terceiros deveres jurídicos, os quais não se contêm no direito fundamental à intimidade, e que servem à capital função que desempenha este direito fundamental: garantir à pessoa um poder de controle sobre seus dados pessoais, o que só é possível e efetivo impondo a terceiros os mencionados deveres de fazer”. Em complemento, dispõe que esses deveres jurídicos impostos a terceiros coincidam com “o direito a que se requeira o prévio consentimento para o recolhimento e uso dos dados pessoais, o direito de saber e ser informado sobre o destino e uso desses dados e o direito a acessar, retificar e cancelar tais dados”.

De igual modo, a mesma Sentença ressalta que garante, por um lado, o direito do cidadão de ter o poder de controle e disposição sobre as informações de caráter pessoal; e, por outro lado, esta mesma garantia “impõe aos poderes públicos a proibição de que se convertam em fontes dessa informação sem as devidas garantias”, bem como “o dever de acautelar os riscos que possam derivar do acesso ou divulgação indevida de tal informação”. Destaca-se, também, como forma de alerta, que “esse poder de disposição sobre os próprios dados pessoais nada vale se o indivíduo desconhece quais dados são possuídos por terceiros, quem os possuem, e com qual finalidade”. De forma a sintetizar o alcance do referido direito, a decisão menciona de maneira expressa que o “direito fundamental à proteção de dados busca garantir a essa pessoa um poder de controle sobre seus dados pessoais, sobre seu uso e destino, com o propósito de impedir

seu tráfico ilícito e lesivo para a dignidade e direito do indivíduo”¹⁰². Em resumo, pode-se dizer que a Sentença nº 292/2000 significou um marco para o reconhecimento do “direito fundamental à proteção de dados”, ou “direito à determinação informativa”, ou ainda, o “direito à liberdade informática”, conforme a nomenclatura que se queira adotar, sobretudo com relação a sua autonomia frente ao “direito à intimidade”.

Em Portugal, o estabelecimento da proteção dos dados pessoais mediante o uso de meios informáticos encontra sua previsão no art. 35 da Constituição da República, no item dedicado à “utilização informática”. É importante assinalar que, embora a norma já fizesse menção à proteção de dados pessoais, originariamente, no momento de sua promulgação no ano de 1976, já havia referência aos “dados mecanográficos”, sendo que sua substituição para “dados informáticos” se produziu com a reforma constitucional de 1982. Por outro lado, costuma-se dizer que a Constituição portuguesa foi primeira a reconhecer o “direito à autodeterminação informativa”. Depois disso, houve duas outras modificações no texto constitucional – ocorridas em 1989 e 1997, respectivamente –, o que implicou na utilização de expressões como “dados informáticos” e “tratamento automatizado”¹⁰³.

Nos dias atuais, com relação a esta matéria, a Constituição dispõe que “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” (art. 35.1). De igual sorte, destaca que “a lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento

¹⁰² Todas as menções à Sentença nº 292/2000, de 30 de novembro do Tribunal Constitucional da Espanha podem ser encontradas na seguinte direção eletrônica: ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 292, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, nº 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

¹⁰³ CASTRO, Catarina Sarmento e. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro. *In Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – Vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. pp. 74-75.

automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente” (art. 35.2). Importa destacar que também existe disposição no sentido de que “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expreso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis” (art. 35.3)¹⁰⁴.

Embora já tenha sido possível estabelecer anteriormente uma noção do direito à autodeterminação informativa, pela precisão de suas palavras, cabe destacar os comentários de CATARINA SARMENTO E CASTRO – jurista que já exerceu funções junto a Comissão Nacional de Dados Pessoais e atualmente exerce o cargo de magistrada do Tribunal Constitucional –, com relação à disposição contida no art. 35 da Constituição da República Portuguesa. A autora destaca que o direito previsto no referido artigo “traduz-se em um conjunto de prerrogativas que pretendem garantir que cada um de nós não ande nu, desprovido de um manto de escuridão, em uma sociedade que sabe cada vez mais sobre o indivíduo”. Destaca que este é um “direito a não viver em um mundo com paredes de cristal, é um direito a não ser transparente, por isso, desenha-se como um direito de proteção, de sentido negativo”. Desde este ponto de vista, considera-se que “o direito em questão permite ao indivíduo negar a informação pessoal, se oponha a sua coleta, a difusão, ou qualquer outro modo de tratamento”. Neste contexto, o direito à autodeterminação informativa não é um simples direito de defesa contra a agressão do Estado e dos particulares àquelas informações de caráter pessoal – pessoas que devem abster-se de tratar com os dados pessoais de outros indivíduos. Por outro lado, mostra-se como “um direito a decidir até onde vai a sombra que paire sobre as informações que lhe respeitam, construindo-se como uma

¹⁰⁴ PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

liberdade, como um poder de determinar o uso de seus dados pessoais”, evitando-se com isso, que a pessoa se transforme em “simples objeto de informações”¹⁰⁵.

Com a finalidade de regular a disposição constitucional sobre os dados pessoais, somente 15 (quinze) anos depois da Constituição de 1976 é que houve a promulgação da Lei nº 10/1991, de 29 de abril – Lei de Proteção de Dados Pessoais frente à Informática –, sendo que, alguns anos mais tarde, ocorreram algumas modificações introduzidas pela Lei nº 28/1994, de 29 de agosto – Medidas de reforço da proteção de dados pessoais. Depois da adoção da Diretiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995¹⁰⁶, houve a promulgação da Lei nº 67/1998, de 26 de outubro, também conhecida como Lei de Proteção de Dados Pessoais¹⁰⁷. Alguns anos mais tarde, depois da adoção da Diretiva nº 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002 – Diretiva sobre a privacidade e as comunicações eletrônicas¹⁰⁸ –, as disposições foram incorporadas no ordenamento jurídico português por intermédio da Lei nº 41/2004, de 18 de agosto. Esta lei, com a derrogação daquelas que anteriormente tratavam sobre a matéria, aborda o “tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CASTRO, Catarina Sarmento e. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro, pp. 75-76.

¹⁰⁶ PARLAMENTO EUROPEU. Direito da União Europeia. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 1995**. Diário Oficial, nº L 281, 1995, pp. 31-50. Disponível na Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:ES:HTML>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

¹⁰⁷ PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei nº 67/1998, de 26 de outubro**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 15 de novembro de 2015. Para um estudo mais aprofundado a respeito da Lei nº 67/1998, de 26 de outubro, recomenda-se o seguinte trabalho: CASTRO, Catarina Sarmento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 17-63.

¹⁰⁸ PARLAMENTO EUROPEU. Direito da União Europeia. **Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002**. Diário Oficial, nº L 201, 2002, pp. 37-47. Disponível na Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:ES:PDF>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

¹⁰⁹ PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei nº 41/2004, de 18 de agosto**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

Quanto ao aspecto da jurisprudência, em várias ocasiões, o Tribunal Constitucional de Portugal manifestou sobre questões relacionadas ao direito à autodeterminação informativa. Não obstante, cabe assinalar que na maioria dos casos, a avaliação teve por fundamento a alegação de alguma espécie de inconstitucionalidade, mas na grande maioria das vezes a discussão se centrou quanto à incorporação de “direitos, liberdades e garantias” pelo art. 35 da Constituição da República Portuguesa¹¹⁰. Apenas para informar ao leitor, a seguir mencionam-se algumas das mais importantes manifestações desse Tribunal com relação ao direito à autodeterminação informativa ou liberdade informática.

A primeira manifestação do Tribunal Constitucional de Portugal se produziu no Acórdão n° 182/1989, de 1° de fevereiro, momento no qual se examinou a questão relacionada com o descumprimento da disposição constitucional por omissão legislativa – inconstitucionalidade por omissão –, e, portanto, reconheceu a falta de lei que disciplinasse especificamente o tema relacionado ao tratamento de dados pessoais e deu conhecimento desta situação à Assembleia da República¹¹¹. Um pouco mais de dois anos, ocorreu a promulgação da Lei n° 10/1991, de 29 de abril – Lei de Proteção de Dados Pessoais frente à Informática¹¹², a primeira lei que teve como objeto a proteção das informações do indivíduo frente à informática.

Alguns anos mais tarde – quase uma década depois da primeira decisão –, através do Acórdão n° 355/1997, de 7 de maio, houve a análise de matéria relacionada à privacidade com relação aos dados da saúde da pessoa, em particular quanto à criação de banco de dados oncológicos. Nesta ocasião, houve o reconhecimento da inconstitucionalidade do

¹¹⁰ CASTRO, Catarina Sarmiento e. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro, p. 79.

¹¹¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 182, de 1° de fevereiro de 1989**. Diário da República, n° 51, Série I, publicado em 2 de março de 1989. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890182.html>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

¹¹² PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n° 10/1991, de 29 de abril**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

Decreto do Governo n° 110/1997, pelo que se pretendia a organização, análise e interpretação dos dados relativos às pessoas com enfermidades oncológicas. A inconstitucionalidade foi reconhecida com base no fato de que, estes tipos de dados pessoais que se intencionavam a coleta, trata-se de informações que formam parte da esfera da privacidade dos doentes, razão pela qual o titular do direito tem a faculdade de controlar o fluxo de tais informações. Desta forma, concluiu-se que, qualquer que seja este enfoque, isso deve ocorrer pela lei, e, deste modo, é possível a verificação de sua conformidade com a Constituição¹¹³.

Mais adiante, por meio do Acórdão n° 368/2002, de 25 de setembro, o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de analisar questão relativa à constitucionalidade de norma destinada a regulamentar a realização de exames e armazenamento de informações relacionadas à saúde dos trabalhadores. Nesta ocasião, não houve reconhecimento de nenhuma inconstitucionalidade, sob o fundamento de que, embora isso em teoria possa se configurar como uma intrusão na vida privada, o certo é que em determinadas circunstâncias ou ocasiões é perfeitamente possível a vulneração deste direito, sobretudo diante da necessidade de sua harmonização com outros direitos, talvez mais valiosos que a própria intimidade, tais como o direito à vida ou à integridade física¹¹⁴. No ano imediatamente posterior, uma vez mais abordando a questão sob a perspectiva do direito à intimidade privada, o Tribunal Constitucional emitiu o Acórdão n° 306/2003, de 25 de junho. Aqui, houve o pronunciamento de inconstitucionalidade, já que “na medida em que permite o acesso direto do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador”, haveria flagrante violação

¹¹³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 355, de 7 de maio de 1997**. Diário da República, n° 131, Série I-A, publicado em 7 de junho de 1997. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

¹¹⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 368, de 25 de setembro de 2002**. Diário da República, n° 247, Série II, publicado em 25 de outubro de 2002. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

às normas constitucionais. Em resumo, essa decisão se tornou notável pela mudança na orientação anteriormente adotada, tendo em conta que nesta ocasião, o Tribunal Constitucional entendeu pela impossibilidade do empregador de ter acesso às informações de saúde ou estado de gravidez da pessoa que apresenta sua candidatura ao emprego, ou inclusive com relação às pessoas já empregadas¹¹⁵.

Apesar das situações antes mencionadas, mostra-se importante destacar que, explicitamente, a primeira ocasião em que o Tribunal Constitucional estabeleceu uma definição quanto ao direito à autodeterminação informativa, deu-se com o Acórdão n° 442/2007, de 14 de agosto de 2007. Neste momento, disse que o “direito à autodeterminação informativa” deveria ser compreendido como o “direito de subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada”. Também houve a conclusão no sentido de que “compete a cada um decidir livremente quando e de que modo pode ser captada e posta a circular informação respeitante à sua vida privada e familiar.”¹¹⁶. No ano seguinte, o Acórdão n° 230/2008, de 21 de abril reconheceu que o “direito à autodeterminação informativa” se trata de uma dimensão específica ou vertente especial do “direito à reserva da intimidade privada”, com o intuito de estabelecer “a proibição de acesso a dados pessoais de terceiros”¹¹⁷.

Por outro lado, no Brasil, embora não haja uma expressa menção ao direito a autodeterminação informativa, e, também, não exista uma

¹¹⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 306, de 25 de junho de 2003**. Diário da república, n° 164, Série I-A, publicado em 18 de julho de 2003. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

¹¹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 442, de 14 de agosto de 2007**. Diário da república, n° 175, Série I, publicado em 11 de setembro de 2007. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

¹¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 230, de 21 de abril de 2008**. Diário da república, n° 97, Série I, publicado em 20 de maio de 2008. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080230.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

lei específica para a proteção de dados pessoais¹¹⁸, a Constituição Federal garante o direito ao “*habeas data*”, no sentido de que a concessão servirá “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (CF/88, art. 5, LXXII, “a”). Do mesmo modo, a Constituição estabelece que também será concedido “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (CF/88, art. 5, LXXII, “b”)¹¹⁹. Pode-se ver que a Constituição Federal não prevê de maneira expressa a existência de um direito à proteção de dados pessoais, mas é possível concluir que “o direito de conhecimento de dados pessoais e de retificá-los é outorgado no mesmo dispositivo que institui o remédio de sua tutela”¹²⁰.

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, o “*habeas data*” deve ser compreendido como um recurso constitucional destinado à proteção da intimidade das pessoas frente a “(a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos”; contra a “(b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.)”, e, também, contra a

¹¹⁸ Como já mencionado em outro momento deste estudo, no mês de novembro de 2015, o Ministério da Justiça continua com um debate público com a finalidade de enviar ao Congresso Nacional um anteprojeto de lei, a fim de estabelecer uma regulamentação ao direito à proteção de dados pessoais. É importante destacar que neste instrumento não há menção à expressão “autodeterminação informativa” ou “liberdade informática”, mas estabelece proteção análoga ao dispor que “o titular dos dados poderá obter do responsável pelo tratamento a confirmação da existência de dados pessoais que lhe concernem, bem como o acesso aos dados em si, tanto diretamente, como por meio da ação de *habeas data*, nos termos da lei” (art. 15). In BRASIL. Pensando o Direito. **Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e privacidade**. Disponível na Internet: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

¹¹⁹ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível na Internet: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 452.

“(c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei”. Com relação ao objeto que se pretende proteger, o mesmo autor sustenta que o referido instrumento está desenhado para assegurar (I) “o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público”; e, ainda, tem por objetivo a garantia do (II) “direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos”¹²¹. Será possível ter em conta, mais adiante, que o objeto do direito ora mencionado coincide com o conteúdo do direito e as faculdades atribuídas a seu titular. De qualquer modo, apesar de que isso não ocorra de maneira expressa, é uma forma de reconhecimento e proteção do direito à autodeterminação informativa.

Como foi possível constatar pela revisão realizada, percebeu-se que há um consenso doutrinário sobre a origem do “direito à autodeterminação informativa”. De acordo com o que se compreendeu sobre o tema, o referido direito teve seu reconhecimento através da jurisprudência firmada no julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ocasião em que se apreciou a denúncia de inconstitucionalidade da “Lei do Censo” da população, quase 30 (trinta) anos atrás. Desde então, este direito teve seu reconhecimento na legislação de vários países – de maneira mais evidente na Espanha e Portugal, e, de forma indireta na legislação do Brasil –, sendo certo que sua evolução e desenvolvimento foram realizados pela relevante contribuição da jurisprudência dos tribunais encarregados de examinar as questões constitucionais. Não obstante a manifestação jurisprudencial sobre o direito à “autodeterminação informativa” ou “liberdade informática”, mostra-se como uma tarefa importante para o desenvolvimento deste estudo, a menção sobre a compreensão doutrinária com relação a este direito. Tendo isso em conta, indaga-se: qual é a compreensão dos estudiosos sobre aquilo que a jurisprudência denominou como sendo o direito à autodeterminação informativa?

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, pp. 451 e 454.

Evitando muitas menções sobre a questão e indo direto a um dos autores que mais estudou o referido tema, em sua concepção, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA sustenta que o direito à autodeterminação informativa deve ser compreendido como “o controle que a cada um de nós corresponde sobre a informação que nos concerne pessoalmente, seja íntima ou não, para preservar deste modo e em último extremo a própria identidade, nossa dignidade e liberdade”. Prosseguindo, ressalta que a partir do momento que se apresenta como um direito, “implica necessariamente poderes que permitam a seu titular definir os aspectos de sua vida que não sejam públicos, que deseja que não se conheçam, assim como faculdades que lhe assegurem que os dados que de sua pessoa manejam terceiros sejam informaticamente exatos, completos e atuais, e que tenham sido obtidos de modo leal e lícito”¹²².

Por sua parte, fazendo uma identificação deste direito com a “liberdade informática” – ademais, cabe mencionar que este foi o primeiro autor que fez utilização desta expressão, sem que isso significasse nenhuma afronta ao termo mais comumente utilizado para denominar o “direito à autodeterminação informativa” –, PÉREZ LUÑO estabelece uma definição no sentido de que se trata de “um novo direito de autotutela da própria identidade informática: ou seja, o direito de controlar (conhecer, corrigir, tirar ou adicionar) os dados pessoais inscritos em um programa eletrônico”¹²³. Em sua análise, FERNÁNDEZ SEGADO destaca que, agora não mais se trata apenas do direito de “negar a informação sobre si mesmo, mas também o direito a pretendê-la”. Em resumo, a liberdade informática deve ser compreendida como “o direito a dispor da informação, de preservar a própria identidade informática, ou o que é igual, de consentir,

¹²² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*. **Cuadernos y Debates**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. pp. 32-33.

¹²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Manual de informática y derecho**. Barcelona: Ariel, 1996. p. 43.

controlar e, se for o caso, retificar os dados informativos concernentes à própria personalidade”¹²⁴.

Desde outra perspectiva, tratando do direito à autodeterminação informativa no campo trabalhista – especificamente com relação aos dados da saúde do trabalhador –, SASTRE IBARRECHE destaca que o direito à autodeterminação informativa deve ser compreendido como a “faculdade da pessoa de manter o controle sobre os dados que correspondem à sua pessoa e, por conseguinte, a dispor de seus dados pessoais, vigiando a utilização que se realize quanto aos mesmos”. Prosseguindo, o autor ressalta que “este direito se veria afetado pela reunião de dados pessoais do trabalhador e pelo uso de meios tecnológicos com legítimos fins de prevenção ou de segurança que possibilitam diversos graus de controle sobre a conduta do trabalhador”¹²⁵.

Também com relação ao âmbito trabalhista, no que tange à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, RALLO LOMBARTE chama a atenção para a necessidade de que sejam estabelecidas normativas com a finalidade de garantir um equilíbrio entre as obrigações e os direitos das pessoas envolvidas, de modo a não gerar afrontas aos direitos fundamentais. Segundo o autor, conforme notícia da Agência Espanhola de Proteção de Dados, as reclamações mais comuns são as seguintes: (a) “utilização de dados biométricos para o controle horário dos trabalhadores”; (b) “instalação de sistemas de videocâmeras e gravação de voz por razões de segurança”; (c) utilização do correio eletrônico do trabalhador”; (d) “acesso indevido e comunicação de informação médica dos trabalhadores sem as devidas garantias”; e, também, (e) “uso de certificados de

¹²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España. *Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca (Chile), v. 3, n° 1, 1997, p. 35. Disponível na Internet: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730107.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

¹²⁵ SASTRE IBARRECHE, Rafael. Actividad preventiva y tratamiento de los datos médicos del trabajador: breves reflexiones. Obra coletiva coordenada por DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; GOMEZ TOMILLO, Manuel. **Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León**. Valladolid: Lex Nova, 2009. p. 292.

vida laboral sem justificar a procedência da informação”. Por fim, é importante destacar que a característica mais comum tem como fundamento a “falta de informação prévia e suficiente aos trabalhadores”. O autor sustenta que esta omissão flagrantemente colide com a mais clara determinação contida na jurisprudência do Tribunal Constitucional, no sentido de “estabelecer previamente as regras de uso dos meios e informar aos trabalhadores”¹²⁶. Em resumo, o principal ponto de desacordo no local de trabalho se refere à coleta de dados pessoais dos trabalhadores, sem que tenha ocorrido o consentimento do trabalhador, sem que tivesse sido explicitada a razão, fundamento e destino com relação a estas informações.

Por tudo o que foi exposto, analisando o conteúdo das decisões proferidas pelos tribunais sobre esta matéria, assim como a posição da doutrina que mais profundamente estudou o tema – tanto no contexto constitucional, civil ou trabalhista –, pode-se concluir que: o “direito à autodeterminação informativa” representa não apenas o direito a ser deixado só, ou a proibição de ter intromissões indevidas em sua vida privada, mas também se mostra como um direito do indivíduo de controlar o fluxo de suas informações pessoais. Percebeu-se, também, que os dados sobre os quais o indivíduo deve ter o controle não são apenas aqueles de natureza íntima, mas todos aqueles que compõem sua esfera pessoal. Isso é devido ao fato de que, embora possa parecer irrelevantes ou inócuos, a soma de tais dados são capazes de revelar importantes informações sobre a pessoa, inclusive aquelas que ao indivíduo não gostaria ou não consentiria que fossem de conhecimento de toda a comunidade, especialmente em tempos de fácil difusão de informação, como é o veículo da rede mundial de computadores¹²⁷.

¹²⁶ RALLO LOMBARTE, Artemi. La protección de datos en España. Análisis de la actualidad. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, nº 2, 2009, p. 28. Disponível na Internet: <http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/6431/1/proteccion_rallo_AFDUA_2009.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

¹²⁷ Exatamente sobre esta questão, SERRANO MAILLO sustenta que “os avanços tecnológicos propiciaram que seja relativamente fácil obter um perfil exato de cada um de nós partindo de dados que por si só não significam nada (um nome, um telefone, estudos realizados, artigos que se compram por Internet, viagens que são reservadas, etc.), mas que unidos mos-

Superada a fase conceitual – recordando que não existe o propósito de esgotamento do tema, mas somente fins informativos ao leitor –, faz-se necessária e se mostra relevante uma análise sobre o conteúdo do direito à autodeterminação informativa ou à liberdade informática. Em resumo, o conteúdo do referido direito pode ser verificado ao responder às seguintes indagações: o que significa o direito a controlar o fluxo das informações que compõem a esfera privada individual da pessoa? Quais são os meios pelos quais o indivíduo pode controlar suas informações pessoais que podem ser objeto do conhecimento de terceiros?

Segundo a concepção de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, o conteúdo ativo do direito à autodeterminação informativa é composto pelas seguintes faculdades: (a) ser comunicado com relação à coleta de dados; (b) ter conhecimento quanto à existência de arquivos e tratamentos de seus dados pessoais; (c) ter acesso a tais arquivos com o intuito de saber quais são as informações pessoais do indivíduo; (d) obter a correção daqueles dados que não sejam exatos; (e) obter o cancelamento daqueles dados que estejam proibidos de tratamento ou que tenham perdido a qualidade que um dia permitiu seu tratamento; (f) estabelecer uma oposição com relação ao tratamento quando não for necessário, conforme as disposições legais, o consentimento da pessoa e existam motivos fundados e legítimos com relação à sua concreta situação pessoal; (g) não sofrer danos ou prejuízos provenientes de decisões que foram tomadas somente

tram amplas parcelas de nossas vidas e representam um objeto muito cobiçado para certo tipo de sujeitos privados (empresas de publicidade ou de marketing, por exemplo), já que a obtenção destes perfis economizaria muito dinheiro em questão de pesquisas de mercado. Saberiam exatamente a quem oferecer quais produtos e, inclusive, para a Administração Pública (a qual se facilitaria um controle maior sobre os cidadãos)”. A mesma autora destaca que, na Espanha, a regulação jurídica sobre o direito à autodeterminação informativa foi bastante tardia. Isso ocorreu “possivelmente porque o tratamento de dados pessoais não formou parte das preocupações legais nem sociais até poucos anos, quando começamos a ser conscientes de que com a informática e as novas tecnologias, nossos dados podiam favorecer um controle não desejável de todos os cidadãos”. *In* SER-RANO MAILLO, María Isabel. *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Obra coletiva coordenada por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 226.

com fundamento em perfis pessoais obtidos por meios informáticos; (h) ser indenizado por danos sofridos por tratamentos que não tenham observado os requisitos estabelecidos pelas leis; e, também, (i) ter a proteção das instituições especificamente criadas para a defesa deste direito fundamental¹²⁸.

Também com relação ao conteúdo, CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam que se mostra como um direito básico nesta matéria o “direito ao conhecimento dos dados pessoais” constantes de qualquer espécie de banco de dados. Esse direito genérico, segundo os autores, desenvolve-se em outros direitos, tais como: (a) “direito de acesso”, como sendo a faculdade de ter ciência com relação às informações existentes em bancos de dados, tanto de natureza pública como privada; (b) “direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis”, ou também, “direito ao esclarecimento” sobre a finalidade dos dados pessoais; (c) “direito de negação”, no sentido de estabelecer a faculdade de ser possível a retificação dos dados pessoais”; (d) “direito de atualização”, propiciando ao titular do direito a possibilidade de correção de dados, em caso de equívocos ou falta de atualização; e, também, (e) “direito de eliminação” dos dados cujo recolhimento está proibido¹²⁹132.

Desde o ponto de vista da jurisprudência, no que tange ao conteúdo do direito à autodeterminação informativa ou a proteção de dados pessoais, o Tribunal Constitucional da Espanha apreciou essa questão na Sentença nº 292/2000, de 30 de novembro. Nesta ocasião, firmando a concepção sobre o direito à proteção aos dados pessoais, houve o reconhecimento de que este direito “consiste em um poder de disposição e de controle sobre os dados pessoais que faculta à pessoa a decidir quais desses dados pode proporcionar a um terceiro, seja o Estado ou um

¹²⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa. **Revista de Internet, Derecho y Política**, Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, nº 5, 2007. p. 20. Disponível na Internet: <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/438>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. pp. 78-79.

particular, ou quais podem este terceiro solicitar, e que também permite ao indivíduo saber quem possui esses dados pessoais e para que, podendo apresentar oposição a essa posse ou uso”. Por outro lado, menciona que estes poderes de disposição e controle garantidos para os indivíduos com relação aos seus dados pessoais se concretizam juridicamente pela “faculdade de consentir o recolhimento, a obtenção e o acesso aos dados pessoais, seu posterior armazenamento e tratamento, assim como seu uso ou usos possíveis por um terceiro, seja o Estado ou um particular”. A decisão assinala também que “esse direito a consentir o conhecimento e o tratamento, informático ou não, quanto aos dados pessoais, requer como complementos indispensáveis, por um lado, a faculdade de saber em todo momento quem dispõe desses dados pessoais e a que uso os está submetendo, e, por outro lado, o poder de apresentar oposição a essa posse e usos”¹³⁰.

É importante destacar que, ao analisar as posições doutrinárias e a jurisprudência mencionada anteriormente, especialmente tendo em conta as faculdades que são asseguradas ao seu titular, está claro que o direito à autodeterminação informativa implica questões mais amplas que o direito à intimidade privada. Por esta razão, apenas como forma de comparação, é importante realizar um paralelo entre a liberdade informática ou proteção de dados e o direito à intimidade privada. Exatamente neste

¹³⁰ Prosseguindo, o Tribunal Constitucional declarou também que, em resumo, “são elementos característicos da definição constitucional do direito fundamental à proteção de dados pessoais os direitos do sujeito afetado a consentir sobre o recolhimento e uso de seus dados pessoais e, também, a conhecer sobre os mesmos. E resultam indispensáveis para fazer efetivo esse conteúdo, o reconhecimento do direito a ser informado de quem possui seus dados pessoais e com qual finalidade, e, ainda, o direito a poder resistir a essa posse e uso, requerendo a quem corresponde que coloque fim à posse e emprego dos dados. Ou seja, exigindo do titular do arquivo que lhe informe sobre quais dados possui relativamente à sua pessoa, acessando aos seus registros e assentamentos, e quais destinos tiveram, o que alcança também a possíveis cessionários; e, conforme o caso, formular requerimento para que os retifique ou os cancele”. *In* ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n° 292, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, n° 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

contexto, FERNÁNDEZ SEGADO reconhece a existência de um “poder informático”, mas em contraste a este, também há a “liberdade informática”. A partir dessa premissa, sustenta que a liberdade informática – ou o direito à autodeterminação informativa – não deve ser concebida como o antigo direito à intimidade – *right to privacy* –, no sentido de ser compreendido apenas como um direito de proteção do indivíduo contra intromissões indevidas do Estado ou dos particulares em sua esfera pessoal, mas se apresenta como um “novo direito social de liberdade”¹³¹.

Neste contexto, HERRÁN ORTIZ sustenta que o direito à intimidade privada seria uma espécie de garantia da pessoa com relação a um âmbito reservado – aspecto negativo –, o qual débito ficar excluído do conhecimento dos outros indivíduos, o que corresponde a que se assegure a proteção contra intrusões indevidas por terceiros. Por outro lado, o direito fundamental à proteção de dados “reconhece à pessoa um poder de controle sobre a informação pessoal que lhe concerne, sobre sua utilização e destino, para evitar utilizações ilícitas, pelo que, sua proteção não apenas se limita aos dados íntimos, senão a qualquer informação pessoal, seja ou não íntima, sempre que seu tratamento possa afetar os direitos e liberdades da pessoa”¹³², mostrando a existência de um aspecto positivo, não apenas um direito de defesa, mas também garantindo ao seu titular diversas faculdades na proteção de seus dados pessoais.

Com este mesmo enfoque, agora considerando a questão desde o ponto de vista da proteção aos dados pessoais relacionados à saúde, ÁLVAREZ GONZÁLEZ admite a existência de um “elemento negativo” e um “elemento positivo”. Quanto ao “elemento negativo”, a autora ressalta que isso não é uma proibição de acesso aos dados pessoais, mas de acordo com a Constituição espanhola (CE, art. 18.4), trata-se apenas de estabe-

¹³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en Espanha, pp. 34-35. Além disso, fazendo menção à existência de um “poder informático do empresário” e, também, descrevendo essas manifestações, recomenda-se a consulta a: CARDONA RUBERT, María Belén. **Informática y contrato de trabajo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. pp. 62-84.

¹³² HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. **El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 20.

lecer um limite ao “uso da informática”, a fim de proteger outros direitos dos cidadãos. Por outro lado, há um “elemento positivo” que segundo o qual estabelece em favor do cidadão um conjunto de faculdades que lhe garantem o direito de conhecer sobre quem, o que, quando e com que finalidade ocorre o tratamento de dados pessoais. De acordo com o quadro fático, estes elementos e tudo o que trazem consigo devem ser considerados como “instrumentos ou garantias de direitos à liberdade pessoal e à liberdade informática”¹³³.

Também nessa linha de desenvolvimento, a Sentença n° 290/2000 do Tribunal Constitucional sustenta que, “se o direito à autodeterminação informativa é um direito ativo de controle sobre o conjunto de informações relativas a uma pessoa”, na ocasião em que o art. 18.4 da Constituição da Espanha dispõe sobre a limitação que a lei deverá estabelecer sobre o uso da informática com o intuito de garantir o direito à intimidade – conforme a previsão contida no art. 18.1 –, isso assegura ao cidadão duas formas de atuação: (a) “por um lado, impedir ou proibir qualquer intromissão ilegítima em sua intimidade através do uso da informática”; e, (b) “de outro lado, garantir o exercício das faculdades de conhecimento e acesso às informações incorporadas a uma base de dados, ou corrigir ou suprimir os dados, assim como dispor sobre sua transmissão e divulgação”¹³⁴.

Depois da exposição sobre a concepção doutrinária e os aspectos jurisprudenciais quanto à comparação entre o “direito à intimidade privada” e o “direito à autodeterminação informativa” ou “liberdade informática”, é importante ter em conta que se trata de direitos complementares. Pode-se perceber que a liberdade informática se mostra como uma evolução daquela proteção que se concebeu para a privacidade, tendo em vista que, no tempo da construção e reconhecimento deste direito, buscava-se apenas a proteção do cidadão contra intromissões indevidas em

¹³³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana. **Derechos fundamentales y protección de datos genéticos**, pp. 111-114.

¹³⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n° 290, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, n° 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

sua esfera privada. É importante assinalar, entretanto, que com o passar do tempo, sobretudo pelo desenvolvimento das questões relacionadas à informática, os dados pessoais dos indivíduos começaram a reclamar um nível diferenciado de proteção, no sentido de que não mais seria suficiente a garantia contra intromissões de terceiros, mas seria necessário o estabelecimento de um poder de controle sobre as informações pessoais que poderiam ser objeto de conhecimento de terceiros. Isso é exatamente o que representa o direito à autodeterminação informativa, e, embora de diferentes maneiras, como se considerou anteriormente, houve seu reconhecimento e sua construção em função das peculiaridades específicas relacionadas com a realidade ibero-brasileira.

Embora o faça com relação à realidade espanhola, apesar de reconhecer a importância do contexto de outros ordenamentos jurídicos e os avanços no âmbito comunitário, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA – sem dúvida é um dos autores que mais se dedicou ao tema – faz ponderação sobre o direito à autodeterminação informativa, depois de uma década de entrar em vigência da Lei nº 15/1999, de 13 de dezembro. O autor reconhece os notáveis progressos alcançados, sobretudo em termos normativos e institucionais, mas com o avanço das novas tecnologias, ao mesmo passo em que são resolvidas questões antigas, também há o surgimento de novas dificuldades entre as quais a inclinação no sentido de “relativizar o alcance deste direito, seja mediante modificações legislativas que rebaixem os níveis de proteção, seja mediante práticas que venham a traduzir-se em uma menor exigência no cumprimento das normas”¹³⁵.

De igual maneira, ainda durante aqueles estudos, o autor sustenta que os mesmos “riscos para as personas que levaram a reconhecimento deste direito fundamental não só permanecem, mas também se agravaram como consequência do progresso tecnológico”. Precisamente por

¹³⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, nº 2, 2009, pp. 131-132. Disponível na Internet: <http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/6440/1/proteccion_murillo_AFDUA_2009.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

essa razão é que não terá que perder de vista que, além de fazer um balanço com relação a toda evolução que se conseguiu, também é importante a realização de um “planejamento de futuro comprometido com a mais plena realização do direito”. Por último, com muita lucidez quanto às dificuldades presentes e futuras, chama a atenção para o fato de que este planejamento deve necessariamente prescindir de “tudo o que possa significar perda de qualidade ou diminuição da proteção dos dados pessoais que os poderes públicos devem assegurar e, pelo contrário, enfatiza a responsabilidade que lhes corresponde na hora de promovê-los, começando por sua própria atuação, relativamente ao respeito às normas estabelecidas”¹³⁶.

Em seu estudo, promovendo uma análise sobre o direito, e, também, reconhecendo-o como sendo uma “liberdade informática”, SÁNCHEZ BRAVO sustenta que esse novo direito se apresenta como uma “resposta histórica dos Estados de Direito mais avançados frente às ameaças que emanam para o desfrute das liberdades de distintos empregos das novas tecnologias”. Prosseguindo, chama a atenção para o fato de que “esses processos tecnológicos engendram invasões potenciais ou reais na intimidade e demais liberdades; e, ao seu próprio tempo, condicionam a capacidade dos cidadãos para atuar livremente, para escolher suas formas de comunicação com seu meio, e para participar da vida social e política”¹³⁷.

Do mesmo modo, sem tratar de estabelecer avaliações sobre o conceito ou conteúdo, mas fazendo uma análise com relação ao que se deve compreender por “autodeterminação informativa”, assinala GIULIO ADINOLFI que este direito é um “típico corolário da sociedade moderna na qual as informações podem danificar da mesma maneira que a violência física”. Destaca, também, que “o elemento caracterizador deste direito é a autonomia do consentimento, a possibilidade de autorizar, de bloquear, de opor-se, de ratificar, de ficar indiferente em relação às circulações de vozes”, sobretudo com relação às informações que pertencem à esfera

¹³⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010, p. 142.

¹³⁷ SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1998. p. 58.

privada da pessoa¹³⁸. Por tudo o que se tratou sobre esta questão, destacou-se que o direito à autodeterminação informativa se constitui um passo mais à frente do direito à intimidade privada, o qual se tornou necessário apenas por sua adaptação à realidade, diante dos diversos avanços tecnológicos. Não se pode negar que isto também ocorreu no contexto das relações trabalhistas, e, exatamente por essa razão – levando-se em conta a desigualdade de forças entre os sujeitos nessa relação jurídica –, é que se reconhece o direito à liberdade informática no local de trabalho, inclusive quanto às questões relativas à saúde. Assim, deve-se ter em conta o “direito do trabalhador de manter a reserva frente ao empregador quanto a determinada informação de caráter privado, ou, não ser discriminado por não tê-la proporcionado”¹³⁹. Em resumo, além de ter o direito de não sofrer intromissões em sua esfera privada, o empregado também tem o direito de não revelar as informações privadas relativamente à sua pessoa, sobretudo com relação às questões relacionadas aos dados pessoais, o que pode gerar uma categoria de trabalhadores excluídos, situação que não deve ser admitida.

CONCLUSÃO

Em todo o caminho percorrido para a realização deste estudo, percebeu-se que, de maneira imprescindível, a questão passa pela análise dos direitos fundamentais e a sua aplicação no contexto das relações jurídico-laborais. Neste passo, a primeira atividade, por mais árdua que fosse, foi no sentido de verificar os diversos conceitos relativamente àquilo que deve ser compreendido como “direito fundamentais”.

¹³⁸ ADINOLFI, Giulio. Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n° 77, 2006, p. 132.

¹³⁹ FERRO DELGADO, Víctor. El derecho a la intimidad del trabajador. *Actualidad Laboral / Revista Informativa de Trabajo*, Lima, n° 06, 1995, p. 08.

E, por mais complicada que pudesse ser a questão, até mesmo para que pudesse haver alguma espécie de contribuição, concluiu-se que, regra geral, os direitos fundamentais podem ser concebidos como atributos naturais atinentes ao homem, ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, decorrentes da sua própria existência, com fundamento na “dignidade da pessoa humana”. Em razão da importância do tema, é importante destacar que direitos fundamentais não são graciosamente atribuídos pelo Estado – que deve respeitá-los, promovê-los e garanti-los –, mas apenas têm o seu reconhecimento no ordenamento jurídico-positivo.

A eficácia dos direitos fundamentais, tal como ocorre com qualquer outra norma no âmbito constitucional, somente pode ser aferida em termos jurídicos, a partir da aptidão do seu conteúdo normativo para atingir a finalidade do seu objeto, consubstanciando-se este na garantia de um determinado campo de liberdade pessoal do indivíduo, sem interferências indevidas do Estado ou de outros particulares. Neste contexto, pode-se dizer que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais – “eficácia vertical” e “eficácia horizontal” – está intimamente relacionado à verificação daqueles sujeitos que estão vinculados ou obrigados por essa categoria de direitos, bem como quais os argumentos utilizados para a respectiva vinculação destes entes.

Neste tema, concluiu-se que a discussão agora já não mais se circunscreve à adequada utilização dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas também quanto à necessária intervenção do Estado na remoção de eventuais obstáculos que, de uma forma ou de outra, impeçam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos e liberdades. Resta assinalar, entretanto, que a interferência do Estado para propiciar o gozo de tais prerrogativas pelo cidadão, não ocorre de forma facultativa, mas se revela como uma obrigação imposta por meio de normas inseridas na constituição. O Estado, portanto, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas também promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais.

Por outro lado, nos dias de hoje, que já não mais há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – eficácia horizontal

–, tendo em vista que, ainda que tenha ocorrido de forma cautelosa, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer que estes podem ser vulnerados por atos praticados nas relações jurídico-privadas, pelo que, tal como ocorre nas relações jurídico-públicas, também deve haver a proteção de tais direitos no âmbito das relações privadas. Ademais, some-se a isso o fato de que as normas constitucionais de diversos países – Espanha, Portugal e Brasil –, de forma expressa ou por meio de uma interpretação sistemática, contemplam a obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais nas relações mantidas entre particulares. Isso não é nada mais que compreender a realidade dos fatos, e, por conseguinte, a prática de atos visando coibir as lesões dos direitos fundamentais. Não há, pois, controvérsia doutrinária quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os privados, inclusive nas relações laborais.

Especificamente com relação ao tema tratado, depois de verificada a questão relativa à divergência terminológica e a pluralidade de definições apresentadas pelos diversos autores, é possível concluir que o “direito à intimidade” é o direito de não sofrer intromissões indevidas em sua esfera privada, em um plano interno, e, no plano externo, na relação da pessoa com o mundo, assegura o direito de escolha ou eleição das informações de natureza privada que podem ser de conhecimento de terceiros. De maneira singela, pode-se dizer também que as informações confidenciais são todas aquelas relacionadas à vida pessoal e familiar da pessoa, podendo ser mencionada de modo exemplificativo e não taxativo, tais como crenças pessoais, políticas e religiosas, aspectos relativos à saúde, modo de viver no lar, os dados sobre a vida conjugal, aspectos corporais, informações patrimoniais e vida profissional, as preferências sexuais, a situação financeira, entre outras questões afetas à pessoa e à família. Trata-se, pois, de um direito que não pode ser adquirido pela pessoa, tendo em conta que é inerente à condição de ser humano e faz parte de sua própria natureza, por força da dignidade humana reconhecida como valor fundamental. Para os fins pretendidos por esse trabalho, pode-se dizer que é dessa forma que deve ser considerado o “direito à intimidade”, “à privacidade” ou “à vida privada”.

Como um passo adiante na proteção aos dados pessoais dos trabalhadores, concluiu-se pela existência do “direito à autodeterminação informativa”, o qual representa não apenas o direito a ser deixado só, ou a proibição de ter intromissões indevidas em sua vida privada, mas também se mostra como um direito do indivíduo de controlar o fluxo de suas informações pessoais. Percebeu-se, também, que os dados sobre os quais o indivíduo deve ter o controle não são apenas aqueles de natureza íntima, mas todos aqueles que compõem sua esfera pessoal. Isso é devido ao fato de que, embora possa parecer irrelevantes ou inócuos, a soma de tais dados são capazes de revelar importantes informações sobre a pessoa, inclusive aquelas que ao indivíduo não gostaria ou não consentiria que fossem de conhecimento de toda a comunidade, especialmente em tempos de fácil difusão de informação, como é o veículo da rede mundial de computadores.

Neste contexto, concluiu-se que o direito à autodeterminação informativa se constitui um passo mais à frente do direito à intimidade privada, o qual se tornou necessário apenas por sua adaptação à realidade, diante dos diversos avanços tecnológicos. Não se pode negar que isto também ocorreu no contexto das relações trabalhistas, e, exatamente por essa razão – levando-se em conta a desigualdade de forças entre os sujeitos nessa relação jurídica –, é que se reconhece o direito à liberdade informática no local de trabalho, inclusive quanto às questões relativas à saúde. Em resumo, além de ter o direito de não sofrer intromissões em sua esfera privada, o empregado também tem o direito de não revelar as informações privadas relativamente à sua pessoa, sobretudo com relação às questões relacionadas aos dados pessoais, o que pode gerar uma categoria de trabalhadores excluídos, situação que não deve ser admitida.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho*

e direitos fundamentais. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. **II Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

ADINOLFI, Giulio. Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, nº 77, 2006.

ALAÉZ CORRAL, Benito; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. **Derecho civil – Introducción y parte general**. v. II Barcelona: Bosch, 1977.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana. **Derechos fundamentales y protección de datos genéticos**. Madrid: Dykinson, 2007.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de Código Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. XXXIII, v. III, setembro-dezembro, 1980.

BARANDIARÁN, Edgardo. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales. **Documento de Trabajo da Pontificia Universidad Católica de Chile**, Santiago, nº 200, 2002. Disponível na Internet: <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/4789/000328134.pdf?sequence=1&isAllowed=>>>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

BÉJAR, Helena. Individualismo, privacidad e intimidad: precisiones y andaduras. Obra coletiva coordenada por CASTILLA DEL PINO, Carlos. **De la intimidad**. Barcelona: Crítica, 1989.

BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Belén Urrutia, Julio Bayón e Natalia Rodríguez Salmones. Madrid: Alianza, 1988.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, V. 4, n° 5, 1890. Disponível na Internet: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

BRASIL. Pensando o Direito. **Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e privacidade**. Disponível na Internet: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível na Internet: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. **Derecho a la intimidad**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

_____. **Los derechos fundamentales en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CARDONA RUBERT, María Belén. **Informática y contrato de trabajo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

CARRILLO, Marc. **El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

CARRILLO, Marc. Información y vida privada. **Parlamento y Constitución**, Cortes de Castilla-La Mancha – Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, nº 8, 2004. Disponível na Internet: <<http://www.cortesclm.es/paginas/publicaciones/nooficiales/2004.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo? **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 11, 2004.

CASTILLA DEL PINO, Carlos. **De la intimidad**. Barcelona: Crítica, 1989.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro. *In Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – Vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CONDE ORTIZ, Concepción. **La protección de datos personales – un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad**. Madrid: Dykinson, 2005.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos. **Revista Chilena de Derecho**, Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho, Santiago, v. 27, n° 1, 2000

_____. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: concepto y delimitación. **Revista Chilena de Derecho**, Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho, Santiago, v. 27, n° 2, 2000.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003**, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Derechos morales: concepto y relevancia, **Isonomía**, México, n° 15, 2001.

DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de. El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. **Revista Derechos Humanos**, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca (México), n° 57, setembro-outubro, 2002.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales, en particular, en relación del poder legislativo. Obra coletiva coordenada por LÓPEZ PINA, Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; GOMEZ TOMILLO, Manuel. **Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León**. Valladolid: Lex Nova, 2009.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio. Relaciones Laborales: **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 01, 2001.

ESPAÑA. Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. 22 ed., 2001. Disponível na Internet: <<http://www.rae.es/rae.html>>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

ESPAÑA. Congreso dos Deputados. **Constituição Espanhola de 1978**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

_____. Congreso dos Deputados. **Lei Orgânica nº 5/1992, de 29 de outubro**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

_____. Congreso dos Deputados. **Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro**. Disponível na Internet: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 11, de 13 de janeiro de 1998**. Boletim Oficial do Estado, nº 037, publicado em 12 de fevereiro de 1998. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 057, de 28 de fevereiro de 1994**. Boletim Oficial do Estado, nº 71, publicado em 24 de março de 1994. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 088, de 19 de julho de 1985**. Boletín Oficial del Estado, nº 194, publicado em 14 de agosto de 1985. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 171, de 12 de novembro de 1990**. Boletim Oficial do Estado, nº 287, publicado em 30 de novembro de 1990. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 186, de 10 de julho de 2000**. Boletín Oficial del Estado, nº 192, publicado em 11 de agosto de 2000. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 17 de outubro de 2015

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 254, de 20 de julho de 1993**. Boletim Oficial do Estado, nº 197, publicado em 18 de agosto de 1993. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 9 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 290, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, nº 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 292, de 30 de novembro de 2000**. Boletim Oficial do Estado, nº 04, publicado em 4 de janeiro de 2001. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

ESTADOS UNIDOS. Cornell University Law School. **Olmstead vs. United States (Dissenting Opinion)**. Disponível na Internet: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/ussc_cr_0277_0438_zd.html>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

ESTADOS UNIDOS. New York State Legislature. **Civil Rights**. Disponível na Internet: <<http://public.leginfo.state.ny.us/lawsseaf.cgi?querytype=laws+&querydata=@slcvr0a5+&list=law+&brower=brower+&token=02753609+&target=view>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en Espanha. **Ius et Praxis**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca (Chile), v. 3, n° 1, 1997. Disponível na Internet: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730107.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRO DELGADO, Víctor. El derecho a la intimidad del trabajador. **Actualidad Laboral / Revista Informativa de Trabajo**, Lima, n° 06, 1995.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. **La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo**. Madrid: Tecnos, 1992.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones particulares**. Madrid: Civitas, 1986.

GOMEZ TOMILLO, Manuel; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. **Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León**. Valladolid: Lex Nova, 2009.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho compa-**

rado. Temas diversos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GOÑI SEIN, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. Obra coletivacoordenada por ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004.

GORMLEY, Ken. One hundred years of privacy. **Wisconsin Law Review**, University of Wisconsin Law School, Madison, 1992. Disponível na Internet: <<http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Gormley--100%20Years%20of%20Privacy.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

HERNANDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, n° 84, 1995.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. **El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales**. Madrid: Dykinson, 2002.

HINES, César. Limitaciones de los derechos fundamentales. **Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica**, San José, n° 106, 2005.

HOUAISS. Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa – Houaiss Eletrônico**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; GARCÍA TORRES, Jesús. **Derechos fundamentales y relaciones particulares**. Madrid: Civitas, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n° 26, 1999.

LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México, n° 07, 2002.

LINETZKY, Andrés Jana. **La eficacia horizontal de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios de la Justicia / Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001. Disponível na Internet: <<http://www.derecho.uchile.cl/cej>> Acesso em 19 de outubro de 2015.

LÓPEZ PINA, Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. **Informática y protección de datos personales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal). **Cuadernos y Debates**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

_____. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. **Revista de Estudios Políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n° 104, 1999. Disponível na Internet: <<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=261&IDA=17224>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

_____. La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, n° 2, 2009. Disponível na Internet: <http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/6440/1/proteccion_murillo_AFDUA_2009.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

_____. Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa. **Revista de Internet, Derecho y Política**, Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, n° 5, 2007.

Disponível na Internet: <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/438>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel. Genética humana y derecho a la vida privada. Obra coletiva coordenada por MARTÍNEZ BULLÉ GUYRI, Víctor Manuel. **Diagnóstico genético y derechos humanos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. Disponível na Internet: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos. **Gen-Ética**. Barcelona: Ariel, 2003.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. El concepto de poder público y la protección de los derechos fundamentales frente a particulares. **Derecho y Sociedad**, Lima, 2004, n° 22.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofía. Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, n° 17, 1999.

MOREIRA, Antônio. **II Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOGEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. OLARTE ENCABO, Sofía; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 17, 1999.

ORTIVALLEJO, Antonio. El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (a propósito de la STC 254/1993, de 20 de julho). **Revista de Derecho Privado y Constitución**, Madrid, nº 2, 1994.

PALOMBELLA, Gianluigi. Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría. **Doxa – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante**, Alicante, nº 22, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Los derechos laborales inespecíficos. **Minerva – Revista de Estudos Laborais**, Coimbra, nº 2, 2003.

PARLAMENTO EUROPEU. Direito da União Europeia. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 1995**. Diário Oficial, nº L 281, 1995. Disponível na Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:ES:HTML>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. Direito da União Europeia. **Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002**. Diário Oficial, nº L 201, 2002. Disponível na Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:ES:PDF>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PEREIRA, Antônio Garcia. A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais. Obra coletiva

coordenada por MOREIRA, Antônio. **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. **Manual de informática y derecho**. Barcelona: Ariel, 1996.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

_____. Assembleia da República. **Lei n° 10/1991, de 29 de abril**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 16 de novembro de 2015. Assembleia da República. **Lei n° 41/2004, de 18 de agosto**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

_____. Assembleia da República. **Lei n° 67/1998, de 26 de outubro**. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 182, de 1° de fevereiro de 1989**. Diário da República, n° 51, Série I, publicado em 2 de março de 1989. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890182.html>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 230, de 21 de abril de 2008**. Diário da República, n° 97, Série I, publicado em 20 de maio de 2008. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080230.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 306, de 25 de junho de 2003**. Diário da República, n° 164, Série I-A, publicado em 18 de julho de

2003. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 355, de 7 de maio de 1997**. Diário da República, n° 131, Série I-A, publicado em 7 de junho de 1997. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 368, de 25 de setembro de 2002**. Diário da República, n° 247, Série II, publicado em 25 de outubro de 2002. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 442, de 14 de agosto de 2007**. Diário da República, n° 175, Série I, publicado em 11 de setembro de 2007. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

PRESNO LINERA, Miguel Angel; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

PROSSER, William Lloyd. Privacy. **California Law Review**, University of California – Berkeley School of Law, Berkeley, V. 48, n° 3, 1960. Disponível na Internet: <http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

RALLO LOMBARTE, Artemi. La protección de datos en Espanha. Análisis de la actualidad. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, n° 2, 2009. Disponível na Internet: <http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/6431/1/proteccion_rallo_AF DUA_2009.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **El derecho fundamental a la intimidad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2005.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio; SERRANO PÉREZ, María Mercedes. **Introducción a la protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2006.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

REY GUANTER, Salvador del. Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, n° 2, 1993.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, n° 01/02, 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El tratamiento y la protección de los datos genéticos. Obra colectiva coordinada por MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos. **Gen-Ética**. Barcelona: Ariel, 2003.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. **Derecho a la intimidad, a la información y proceso Penal**. Madrid: Colex, 1987.

RUIZ MIGUEL, Carlos. En torno a la protección de los datos personales automatizados. **Revista de Estudios Políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n° 84, 1994. Disponible na Internet: <<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=241&IDA=16874>>. Acceso em 5 de novembro de 2015.

_____. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Tese de Doutorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

Disponível na Internet: <<http://eprints.ucm.es/2164/1/S0002101.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1998.

SÁNCHEZ-CARO, Javier; SÁNCHEZ-CARO, Jesús. **El médico y la intimidad**. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2001

CHEZ-CARO, Jesús; SÁNCHEZ-CARO, Javier. **El médico y la intimidad**. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2001.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. Actividad preventiva y tratamiento de los datos médicos del trabajador: breves reflexiones. Obra coletiva coordenada por DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; GOMEZ TOMILLO, Manuel. **Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León**. Valladolid: Lex Nova, 2009.

SERRANO MAILLO, María Isabel. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Obra coletiva coordenada por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

SERRANO PÉREZ, María Mercedes; REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **Introducción a la protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

URABAYEN, Miguel. **Vida privada e información: un conflicto permanente**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

VEGA GARCÍA, Pedro. La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). Obra colectiva coordinada por CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, n° 08, 1990.

VICENTE PACHÉS, Fernando. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo: a propósito de la STC 254/93. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n° 41, 1994.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, V. 4, n° 5, 1890. Disponível na Internet: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

ZUÑIGA, Francisco. El derecho a la intimidad y sus paradigmas. **Ius et Praxis**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca (Chile), v. 3, n° 1, 1997.