

A TUTELA DA PRIVACIDADE NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: PERSPECTIVAS PARA UM DIÁLOGO CONSTITUCIONAL TRANSFRONTEIRIÇO

Luis Cláudio Martins de Araújo

Pós-Doutor (*Academic Visitor*) pela *University of Oxford* (Oxford) e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (*Visiting Scholar*) na *University of Cambridge* (Cambridge). *Academic Visitor* pela *University of Oxford* (Oxford). *Visiting Fellow* pelo *Lauterpacht Centre for International Law* da *University of Cambridge* (Lauterpacht Centre). *Visiting Researcher* pela *Fordham University School of Law* (Fordham). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em *International Environmental Law* pelo *United Nations Institute for Training and Research* (UNITAR) com extensão em *Private International Law* pela *Hague Academy of International Law* (HAIL) e em *International Law* pela *Organization of American States/Inter-American Juridical Committee* (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor Titular V da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Ex-Professor da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU) de categoria especial. Vice-Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Ex-Advogado do Departamento Jurídico da Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A.). Orcid: 0000-0002-2120-6134. E-mail: professorluisaraujo@gmail.com.

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha

Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Professor de Direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM.

Resumo: O artigo tem por objetivo verificar o tratamento conferido ao direito à privacidade na evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, analisando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e discutindo as bases para o uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais.

Palavras-chave: Privacidade. Constitucionalismo transfronteiriço. Consistência argumentativa. Diálogos transnacionais. Estados Unidos. Alemanha.

Sumário: Introdução – **1** Breves considerações sobre o direito à privacidade na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana – **2** O direito à privacidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – **3** Algumas considerações sobre o constitucionalismo transfronteiriço e o uso persuasivo de jurisprudência estrangeira no Brasil – Conclusão – Referências

Introdução

O século XXI tem representado inúmeros desafios para as nações, muitos dos quais suscitam questionamentos acerca da capacidade de seus ordenamentos jurídicos internos, assentados em conceitos tradicionais de soberania, para proporcionar soluções satisfatórias a dilemas que ultrapassam seus limites geográficos.

Nesse sentido, o direito à privacidade representa, indubitavelmente, um dos aspectos mais cruciais para o jurista dos tempos atuais. As mutações conceituais pelas quais tem passado, dos fins do século XIX – quando recebeu a roupagem liberal-burguesa de direito ao isolacionismo – até a atual Era Digital – em que passa a envolver o controle de um indivíduo sobre seus dados pessoais e a auto-determinação informativa –, ilustram sua complexidade, que se torna ainda mais evidente pela chocante dificuldade de diversos países em fornecer instrumentos jurídicos eficientes para proteger um direito reconhecidamente fundamental, mas do qual as pessoas aparentemente parecem dispostas a abrir mão, em uma sociedade fortemente caracterizada por uma cultura de hiperexposição.

Reconhecendo tais dificuldades, o propósito deste artigo é tecer um breve estudo comparado do tratamento dado à privacidade na Europa e nos Estados Unidos da América, analisando algumas decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA, e de algumas Cortes Constitucionais Europeias, de modo a investigar possíveis contribuições para um melhor entendimento desse direito.

A justificativa para a opção pelo direito constitucional dos Estados Unidos se deve não somente ao fato deste país ter sido o nascedouro da concepção da privacidade como um direito independente e dotado de identidade própria, mas também aos diversos momentos em que seu principal Tribunal tem sido levado a confrontar o tema, produzindo critérios e parâmetros que permitem uma análise crítica e proveitosa.

O modelo europeu, por sua vez, associou a privacidade à tutela da dignidade humana, o que lhe atribui um *status* diferenciado. Dentre as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais europeias, a opção pela Alemanha se dá não somente pelo pioneirismo na criação de uma lei de proteção de dados – em 1970, no *Land* alemão de Hessen¹ –, como pela relevante atuação de seu Tribunal

¹ CORREIA. Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 43, p. 135-161,

Constitucional Federal, com diversas decisões acerca do tema, que em muito podem auxiliar para seu amadurecimento teórico e efetividade concreta.

Superada a análise das duas Cortes, o texto pretende discutir, ainda que sinteticamente, as bases e fundamentos para o uso persuasivo de jurisprudência estrangeira pelas cortes constitucionais, oferecendo alguns requisitos e modelos teóricos acerca do tema para, a partir daí, investigar a possibilidade de sua consideração por parte do Supremo Tribunal Federal, especificamente em casos envolvendo direitos humanos e fundamentais.

A hipótese que se pretende desenvolver é de que os tribunais investigados (em especial a Corte alemã) podem fornecer suporte teórico e parâmetros ponderativos válidos para seu aproveitamento pelo nosso ordenamento e que o uso persuasivo de jurisprudência estrangeira – desde que corretamente balizado por princípios e fundamentos sólidos e coerentes – é medida salutar em uma sociedade globalizada, especialmente em matérias envolvendo direitos e interesses comuns, para os quais os modelos tradicionais não fornecem respostas suficientes na atualidade.

1 Breves considerações sobre o direito à privacidade na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana

A ideia da privacidade como um direito vai encontrar seu berço nos Estados Unidos da América, em um percurso histórico que acabou por torná-la parte essencial da identidade jurídica daquele país refletindo, de modo mais amplo, uma percepção fortemente enraizada da sociedade estadunidense acerca de si mesma e sendo compreendida individualmente como um valor fundamental e desejável,² não havendo, contudo, consenso teórico a seu respeito.³ Tal desenvolvimento pode ser dividido em algumas fases historicamente delimitadas.⁴

Em um primeiro momento, anterior a 1890, ainda não havia sido estabelecido um conceito de privacidade, até então percebida empiricamente como uma decorrência do direito de propriedade privada, sendo extraída de derivações de seus

jul./dez. 2013, p. 139. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/43artigo6.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

² DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261.

³ “O *right to privacy* foi ou é evocado para regular a tranquilidade no próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, o controle sobre a vigilância, a proteção da reputação, a proteção contra averiguações e interrogatórios abusivos, o planejamento familiar, a educação dos próprios filhos, o aborto, a eutanásia, entre outros” (DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit., p. 264).

⁴ ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*. Nova York: Basic Books, 1999.

princípios. A noção de propriedade, dotada de elevada densidade no pensamento liberal daquele país (muito em virtude da influência das ideias de John Locke), era tida como um reflexo do direito natural, dotado de caráter “quase-sacramental”, inalienável e irreduzível, ou, quando ao menos, como um bem fortemente privilegiado.⁵

O uso do domínio privado, embora encontrasse limitações no exercício do mesmo direito por outros indivíduos, era *a priori*, livre, cabendo a prova de sua violação àqueles que desejavam restringi-lo diante de uma situação concreta. Deste modo, *e.g.*, ao se proteger a privacidade de uma pessoa, ameaçada pela divulgação de sua correspondência pessoal, o que efetivamente estava em jogo era seu domínio sobre algo que lhe pertencia, *in casu*, sua reputação, sendo sua privacidade salvaguardada apenas de forma indireta e residual.⁶

O segundo (e mais famoso) marco histórico viria a ocorrer em 1890, com a publicação, na *Harvard Law Review*, do multicitado e festejado ensaio intitulado *The Right to Privacy*. Este trabalho é considerado por muitos autores o momento em que a privacidade passa a ser efetivamente considerada como um direito autônomo, conceitualmente desvinculado de outros direitos e liberdades, como a propriedade privada (embora seu exercício ainda fosse intimamente associado a ela).

O “*right to be left alone*” passa a significar um direito de exclusão, afastando intromissões indevidas na vida privada de uma pessoa, especialmente aquelas proporcionadas pelos novos meios tecnológicos, surgindo, de certo modo, como uma resposta a eles.⁷ Tal possibilidade de evadir-se a olhares

⁵ ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*. Nova York: Basic Books, 1999, *cit.* p. 189.

⁶ “Antes de 1890, a Sociedade Americana, como muitas outras, tinha um vago conceito social de privacidade, mesmo que não estivesse incorporado em uma doutrina jurídica distinta, ou direito constitucional. Embora houvesse vários casos legais defendendo algum aspecto do que mais tarde viria ser chamado de privacidade, estes geralmente dependiam do bem estabelecido direito à propriedade privada. Por exemplo, prejudicar a reputação de uma pessoa através da revelação de detalhes privados foi considerado legalmente passível de reparação porque se pensava que causava danos a algo que possuía (ou seja, a reputação deste alguém), em vez de ser visto como uma invasão de privacidade” (ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, *cit.*, p. 189, tradução nossa). No original: “Before 1890 American Society, like many others, had a vague social concept of privacy, albeit one that was not embedded in a distinct legal doctrine or constitutional right. Although there were several legal cases defending some aspect of what later would be called privacy, these typically relied on the well-established right to private property. For example, harming a person’s reputation through the revelation of private details was deemed legally redressable because it was thought to do damage to something one owned (i.e., one’s reputation), rather than because it was viewed as an invasion of privacy”.

⁷ “As invenções recentes e os métodos de negócios chamam a atenção para o próximo passo que deve ser tomado para a proteção da pessoa e para garantir ao indivíduo o que o juiz Cooley chama de ‘ser deixado sozinho’. Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e numerosos dispositivos mecânicos ameaçam fazer bem a previsão de que ‘o que é sussurrado no armário deve ser proclamado desde o topo da casa’. Durante anos tem tido a sensação de que a lei deve oferecer algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas; e o mal da invasão da privacidade pelos jornais, há muito sentido, já foi discutido recentemente por uma escrita capaz” (BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. “The right to privacy”. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland>).

alheios seria presumidamente conferida a qualquer indivíduo, de forma ampla, especialmente no interior domiciliar.⁸ A privacidade, considerada pelos autores como autoevidente, passa a representar aspecto crucial da autonomia e liberdade individuais, valores extremamente caros à sociedade americana.⁹

Contudo, apesar do prestígio alcançado, o *right to be left alone* não encontrou imediato acolhimento nos tribunais, tendo sido sua existência negada pela Corte de Apelos de Nova Iorque, no caso *Robertson* (1902), para poucos anos mais tarde ser acolhido pela Suprema Corte do estado da Geórgia no caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co* (1905).¹⁰

org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy. Acesso em: 14 nov. 2020, p. 02, tradução nossa). No original: “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops’. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; and the evil of invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able write”.

⁸ “Conforme invocado, o direito de ficar sozinho é supremo e separado de outras considerações; presume que todas as pessoas podem ficar sozinhas tanto quanto desejem - completamente, se preferirem - sem restringir as habilidades de outras pessoas para exercer seu próprio reconhecimento de que, se os membros de uma comunidade exercerem esta liberdade na íntegra, o bem comum será permutado” (ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, cit. p. 190, tradução nossa). No original: “As invoked, the right to be left alone stands supreme and apart from other considerations; it presumes that all people can be left alone as much as they desire – completely if they so prefer – without restricting other persons’ abilities to exercise their own recognition that if the members of a community exercise this liberty in full, the common good will be shortchanged”.

⁹ “Outros alegaram que a privacidade está intimamente associada aos nossos valores mais profundos, a nossa compreensão do que significa ser um agente moral autônomo capaz de autorreflexão e escolha, e que sua violação é ‘degradante para a individualidade [e] uma afronta à dignidade pessoal’, ou seja, sua violação ofende o núcleo dos valores ocidentais. Jean Cohen acrescenta que ‘um direito constitucionalmente protegido à privacidade pessoal é indispensável para qualquer concepção moderna da liberdade’” (ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, cit. p. 191, tradução nossa). No original: “Others have claimed that privacy is intimately associated with our most profound values, our understanding of what it means to be an autonomous moral agent capable of self-reflection and choice, and that its violation is ‘demeaning to individuality [and] an affront to personal dignity’ that is, its violation offends the core of Western values. Jean Cohen adds that ‘a constitutionally protected right to personal privacy is indispensable to any modern conception of freedom’”.

¹⁰ “A causa, em ambas as situações, era praticamente a mesma: uma pessoa teve sua foto (no segundo caso, também o seu nome) utilizada por terceiros para fins publicitários sem seu consentimento. Nos anos seguintes, a disputa sobre a existência ou não do direito à privacidade continuou, com as cortes norte-americanas oscilando entre a decisão do caso *Robertson* ou do caso *Pavesich*, embora na década de 1930 a balança tenha passado a pender fortemente no sentido da existência de um *right to privacy*, com sua menção no *Restatement of Torts* – muito embora fora do contexto constitucional. Porém, o fato de que os casos que balizaram o reconhecimento deste direito se relacionavam com questões que, para o jurista que os examina de fora do *common law*, não se assemelham ao universo da privacidade, já nos dá uma primeira indicação da diversidade de concepções deste direito, que vai marca-lo, notadamente, na evolução jurisprudencial norte-americana” (DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit., p. 274-275).

A Suprema Corte teve sua primeira oportunidade de manifestar-se a respeito em *Olmstead v. United States* (1928), em que se debateu a validade da interceptação de “grampos” telefônicos, realizados pelo governo federal sem um mandado em aparelhos de comerciantes de bebidas alcoólicas (então proibidas no país), à luz da Quarta Emenda. A decisão foi pelo sentido da não aplicabilidade da tutela constitucional, tendo sido adotada uma interpretação de que esta estaria vinculada à propriedade. Nota-se nesta fase uma preocupação vinculada a uma dimensão procedimental da privacidade.¹¹

O terceiro estágio de desenvolvimento da privacidade foi marcado por uma série de decisões da Suprema Corte que conduziram aos fundamentos legais do aludido direito. Destacam-se aqui *Griswold v. Connecticut* (1965), *Eisenstadt v. Baird* (1972) e *Roe v. Wade* (1973). Tais precedentes representaram uma mudança de paradigma, rompendo com a tendência, verificada na década de sessenta, de proferir decisões amplamente favoráveis a alguma concepção de privacidade que, de algum modo, se ligasse à ideia de bem comum, em detrimento de uma noção mais individual.¹²

Em *Griswold*, a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade de uma norma editada pelo estado de Connecticut, que proibia o uso de contraceptivos entre pessoas casadas, por entender que implicaria em violação à privacidade do casal.

A decisão teve seu alcance ampliado para pessoas não casadas pelos julgamentos proferidos em *Eisenstadt* – que invalidou lei que proibia a distribuição de contraceptivos – e *Carey v. Population Services International* (1977) – que anulou a lei que limitava tal venda, quando feita a menores. Tais julgados (em especial, o caso *Eisenstadt*) produziram uma “nova e muito alargada” concepção de privacidade individual, que poderia ser exercida onde quer que seu titular se encontrasse, não mais se limitando a seu domicílio.¹³

¹¹ Na ocasião, o Justice Brandeis apresentou *dissent* no qual sustentava que: “A interpretação da Constituição deveria levar em conta o impacto dos progressos técnicos, que exigiam uma leitura mais atenta da real intenção dos frames, como condição para que ela própria pudesse se modernizar. Essa modernização consistiria em reconhecer que a intenção da quarta emenda vai muito além da proteção da propriedade, dos bens materiais que poderiam ser vasculhados: seria uma proteção efetiva contra a intrusão na vida privada pelo governo, algo que, à época da reunião dos constituintes norte-americanos na Virgínia, somente poderia ser realizado pelo acesso físico à casa, às cartas ou a outros objetos de uma pessoa – isto é, a “tecnologia” de investigação da época foi levada em consideração. Para Brandeis, o papel da Corte seria a interpretação da quarta emenda de forma a preservar seu sentido” (DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit., p. 278-279).

¹² Os casos mencionados envolveram questionamentos acerca de direitos reprodutivos, conferindo maior densidade à autonomia individual em relação a uma suposta moralidade/interesse públicos. Tais decisões abordariam na verdade um outro aspecto da privacidade, distinto do convencional, consistente na *fundamental decision privacy* (DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit. p. 289).

¹³ ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, cit., p. 193.

O controverso caso *Roe v. Wade*, no qual a Corte se posicionou a respeito do aborto – tema extremamente sensível à sociedade americana e que ainda hoje suscita acalorados debates políticos e jurídicos – igualmente envolveu o direito à privacidade. Ao estabelecer níveis diferenciados para a intervenção estatal legítima no tocante ao direito da mulher de suspender sua gestação (dividindo o processo gravídico em trimestres, e considerando a esfera de liberdade decisional quanto à interrupção do processo gravídico mais ampla no primeiro e mais sujeita a regulamentações estatais no último), o tribunal, ao mesmo tempo em que estabelece um raciocínio de ponderação entre o interesse público em restringir a liberdade reprodutiva em alguns casos e o interesse individual de decidir quanto à interrupção da gestação, toma em consideração a privacidade (no sentido de privacidade decisional), permitindo que, em certas circunstâncias, “a behavior that had previously been controlled by the state was freed to be subject to personal choice”.¹⁴

Em *Bowers v. Hardwick* (1986), a Corte – em decisão equilibrada e igualmente controversa por seu caráter flagrantemente moralista –, negou proteção à privacidade em questionamento sobre a constitucionalidade de lei do estado da Geórgia que criminalizava a sodomia, ao entender inaplicáveis os precedentes estabelecidos em *Roe*, *Eisenstadt* e *Griswold*, pois aquelas estariam “limitadas a questões que envolviam ‘família, casamento ou procriação’, coisas que ‘não tinham conexões’ com a prática homossexual”.¹⁵

Posteriormente, o Tribunal viria a modificar esta orientação, em *Lawrence v. Texas* (2003), oportunidade em que, inclusive, a decisão considerou o posicionamento da jurisprudência estrangeira a respeito.¹⁶

Outro caso relevante para a investigação da privacidade na jurisprudência americana foi *Katz v. United States* (1967), que derrubou o precedente estabelecido em *Olmstead*. Nele, a Corte se valeu de uma interpretação da Quarta

¹⁴ ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, *cit.*, p. 193.

¹⁵ FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos. *In: RIL*. Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 268. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p255.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁶ “Em 11 de setembro de 1998, John Geddes Lawrence, 60 anos, e Tyron Garner, 30 anos, foram encontrados praticando sodomia, quando o xerife Joseph Quin entrou no apartamento daquele, localizado no subúrbio de Houston, capital do Texas, após receber do vizinho de Lawrence, Roger David Nance, a falsa denúncia de que teria ocorrido troca de tiros no local. Lawrence e Garner foram presos em flagrante por violarem a lei antissodomia do Estado do Texas, e libertados após pagarem fiança de 200 dólares. Na Suprema Corte, a maioria, formada por seis juízes, rejeitou a fundamentação do caso *Bowers v. Hardwick*, de 1986, segundo a qual a condenação das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era uma velha e difundida ‘tradição’ norte-americana. Na decisão, redigida pelo juiz Anthony Kennedy, citou-se a descriminalização da sodomia em outros países, como Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado” (FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos. *In: RIL*. Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 268. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p255.pdf Acesso em: 14 nov. 2020).

Emenda para afirmar que a privacidade está ligada a seu titular, e não propriamente a um local.¹⁷

Contudo, o critério utilizado (o da “expectativa razoável de privacidade”) manteve o grau de distinção entre os espaços público e privado, conferindo a este último um maior nível de proteção.¹⁸

Posteriormente, a Suprema Corte viria a debilitar o precedente estabelecido em *Katz*, no caso *Smith v. Maryland* (1979), em que entendeu inexistirem expectativas razoáveis de privacidade daquele que usasse os serviços de uma linha telefônica, dado que assumiria o risco da companhia telefônica revelá-los para a polícia,¹⁹ adotando a doutrina *third-party*. Este modelo essencialmente significa que, uma vez que um indivíduo tenha voluntariamente revelado alguma informação a seu respeito para outra pessoa, esta poderia comunicá-la ao agente público, sem que tal fato caracterizasse uma busca, nos moldes previstos pela Quarta Emenda, o que acarretaria na consequência prática da desnecessidade de obtenção, por tal agente, de um mandado judicial que autorizasse tal busca.²⁰ A opção

¹⁷ “Ainda no caso *Katz*, uma *concurrent opinion* do juiz Harlan tornou-se famosa por conter um teste, que foi posteriormente aceito e padronizado pela Corte, que serviria para verificar a existência de uma “razoável expectativa de privacidade” em um determinado caso. Esta é uma noção capital para a atuação da quarta emenda, pois a Corte somente reconheceria esta violação da privacidade quando julgasse que uma pessoa não poderia razoavelmente esperar ter sua privacidade garantida em uma determinada situação” (DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit., p. 282).

¹⁸ “Em *Katz*, a maioria decidiu que ‘a Quarta Emenda protege as pessoas, não os lugares’, rejeitando a doutrina de “transgressão” enunciada em *Olmstead*. No entanto, mesmo depois disso, a casa permaneceu praticamente inviolável aos olhos dos tribunais. Parece que *Katz* não separou as salvaguardas da Quarta Emenda da casa, mas ampliou a esfera da privacidade além dela para outros espaços protegidos. A informação coletada sobre eventos em casa própria ainda é considerada uma violação *a priori* de privacidade, enquanto muito mais licença é concedida ao estado quando ele coleta informações sobre conduta em espaços públicos e comerciais (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 03, tradução nossa). No original: “In *Katz* the majority ruled that ‘the Fourth Amendment protects people, not places’, rejecting the ‘trespass’ doctrine enunciated in *Olmstead*. However, even after this, the home remained largely inviolable in the eyes of the courts. It seems *Katz* did not detach Fourth Amendment safeguards from the home but rather extended the sphere of privacy beyond it to other protected spaces. Information collected about events in one’s home is still often considered a priori a violation of privacy, while much more license is granted to the state when it collects information about conduct in public and commercial spaces”.

¹⁹ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*, cit., p. 284.

²⁰ “A Suprema Corte decidiu em *United States v. Miller* e *Smith v. Maryland* que os registros comerciais, como documentos financeiros e registros de números de telefone discados, não estão protegidos contra a coleta não autorizada por agências policiais sob certas circunstâncias. O Tribunal também considerou que a execução legal da coleta do conteúdo das conversas entre suspeitos e terceiros informantes não é presumidamente inconstitucional, porque esses terceiros poderiam transmitir a informação à polícia, mesmo sem assistência tecnológica. Richard A. Epstein resume a doutrina de terceiros da seguinte forma: ‘A sabedoria judicial recebida é que qualquer pessoa que opte por revelar informações a uma terceira pessoa perde necessariamente qualquer proteção que a Quarta Emenda lhe forneça’” (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 21, tradução nossa). No original: “The Supreme Court ruled in *United States v. Miller* and *Smith v. Maryland* that business records such as financial documents and records of phone numbers dialed are not protected from warrantless collection

é criticável, na medida em que interações pessoais em uma sociedade em rede tendem a produzir enorme volume de informações pessoais obtidas através de consenso implícito, a debilitar significativamente a tutela da vida privada.²¹

A decisão *Katz*, apesar do mérito em dissociar os direitos de privacidade e propriedade, manteve a ideia de que os mais elevados parâmetros daquela se dão no *locus* privado.²² Particularmente no que se refere aos desafios impostos

by law enforcement agencies under certain circumstances. The Court also held that law enforcement's collection of the content of conversations between suspects and third-party informants is not presumptively unconstitutional, because those third parties could pass along the information to the police even without technological assistance. Richard A. Epstein summarizes the third-party doctrine as follows: "The received judicial wisdom is that any person who chooses to reveal information to a third person necessarily forfeits whatever protection the Fourth Amendment provides him".

²¹ "A doutrina *third-party* é particularmente problemática em uma era da tecnologia cibernética, porque terceiros podem compartilhar informações com outras pessoas e combiná-las com ainda mais informações, resultando em dossiês detalhados e íntimos de pessoas inocentes insuspeitas de crimes. Dado que cada vez mais informações sobre as pessoas estão nas mãos de terceiros, devido ao extenso número e alcance das transações e comunicações realizadas no ciberespaço e armazenadas na nuvem, se a doutrina externa for permitida, muito pouco impedirá o governo de invadir a privacidade dos cidadãos americanos. Os indivíduos constantemente deixam para trás um rastro de dados com cada clique de um mouse; 'Escape de dados' semelhante aos vapores deixados atrás de um carro. Will Thomas DeVries aponta que uma das principais características da 'revolução digital' para a privacidade é que 'toda interação com a Internet, todas as transações com cartão de crédito, cada retirada do banco, cada assinatura de revista é gravada digitalmente e ligada a indivíduos específicos. [...O] impacto da era digital é tão profundo e generalizado que a expansão de uma única área do direito à privacidade não é susceptível de resolver adequadamente os problemas'. Uma vez que a Era Digital afeta todos os aspectos da privacidade, requer uma evolução não apenas no quadro existente, mas no *status* muito conceitual e legal da privacidade" (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, *cit.*, p. 21-22, tradução nossa). No original: "The third-party doctrine is particularly problematic in an age of cybernation, because third parties can share information with others and combine it with still more information, resulting in detailed and intimate dossiers of innocent people unsuspected of crimes. Given that more and more information about people is in the hands of third parties due to the extensive number and scope of transactions and communications carried out in cyberspace and stored in the cloud, if the third-party doctrine is allowed to stand, precious little will prevent the government from intruding on the privacy of American Citizens. Individuals constantly leave behind them a trail of data with every click of a mouse; "data exhaust" akin to the vapors left behind a car. Will Thomas DeVries points out that one of the key characteristics of the 'digital revolution' for privacy is that 'every interaction with the Internet, every credit card transaction, every bank withdrawal, every magazine subscription is recorded digitally and linked to specific individuals. [...The] impact of the digital age is so deep and pervasive that expansion of a single area of privacy law is unlikely to adequately address the problems'. Since the digital age affects every aspect of privacy, it requires an evolution not just in the existing framework, but in the very conceptual and legal status of privacy".

²² "Várias decisões da Corte que se seguiram sustentaram que se poderia ter uma expectativa razoável de privacidade fora do lar – por exemplo, em contêineres fechados e portáteis e em veículos. A discussão de alguns desses exemplos segue. Deve-se notar, no entanto, que essas decisões geralmente dependem da ideia de que a área protegida é de alguma forma semelhante ou uma extensão artificial da casa e, portanto, *Katz* e as decisões que seguiram em vigor continuaram a basear-se na lógica de excepcionalismo da habitação" (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, *cit.*, p. 69, tradução nossa). No original: "Several Court rulings that followed held that one could have a reasonable expectation of privacy outside of the home – for example in closed, portable containers and in vehicles. Discussion of a few such examples follows. One should note, though, that these rulings often rely on the idea that the protected area is in some way similar to or an artificial extension of the home,⁶⁸ and thus *Katz* and the rulings that followed in effect continued to draw on the rationale of housing exceptionalism".

pela sociedade atual, não é mais razoável estabelecer um espaço físico particular como reduto no qual a proteção à vida privada goza de maior densidade, na medida em que sensíveis e substanciais violações podem ser realizadas independente do lugar em que o titular do referido direito se encontre.²³ De fato, o substancial incremento das tecnologias de comunicação em rede, e sua onipresença na vida cotidiana na denominada Era Digital,²⁴ impuseram uma releitura da ideia de *privacy*.²⁵

Esta circunstância foi reconhecida em *Kyllo v. United States* (2001), quando a Corte entendeu que a utilização de dispositivos capazes de medir a quantidade de calor emanada do interior de uma casa caracterizaria uma busca, sendo, assim, abrangida pela Quarta Emenda, de modo a necessitar de um mandado para sua validade legal. É possível, entretanto, conferir a *Kyllo* uma interpretação que rompa com o critério das “expectativas razoáveis” de privacidade.²⁶

²³ “All of this shows that the most important consideration when it comes to protecting privacy in an age of exponential technological growth is not where a person is, but rather what kind of information is collected” (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, 1999, *cit.*, p. 68).

²⁴ No original, *Cyber Age* é a expressão adotada pelo autor para referir-se aos tempos atuais, nos quais a tecnologia em rede produziu significativas alterações no modo de viver individual e coletivo, bem como no tratamento jurídico dado ao direito à privacidade, foco central deste estudo.

²⁵ “Na verdade, quando Warren e Brandeis publicaram seu artigo pioneiro de 1890 na *Harvard Law Review*, considerado a “gênese do direito à privacidade”, eles não estavam preocupados com a fofoca *per se* (uma violação de privacidade de primeira ordem), mas sobre a distribuição mais ampla de detalhes íntimos através da mídia (um uso secundário). No entanto, a digitalização da informação, o uso generalizado da Internet e dos computadores e a introdução de sistemas de inteligência artificial para analisar grandes quantidades de dados aumentaram a extensão, o volume, o escopo, e tipos de usos secundários por tantas ordens de grandeza que é difícil encontrar uma expressão adequada para capturar a importância desta transformação. O ponto principal não é que as informações agora possam ser processadas a uma pequena fração do custo e em velocidades incomparavelmente mais rápidas do que quando estavam vinculadas a papel, o que é certamente o caso, mas que esses modos de análise que prognosticam novas informações pessoais a partir de dados pessoais previamente coletados são comuns hoje, mas eram inconcebíveis quando a maioria das informações pessoais estava vinculada a papel” (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, 1999, *cit.*, p. 69, tradução nossa). No original: “Indeed, when Warren and Brandeis published their groundbreaking 1890 article in the *Harvard Law Review*, considered the “genesis of the right of privacy,” they were not concerned about gossip *per se* (a first order privacy violation), but about the wider distribution of intimate details through the media (a secondary usage). However, the digitization of information, the widespread use of the Internet and computers, and the introduction of artificial intelligence systems to analyze vast amounts of data have increased the extent, volume, scope, and kinds of secondary usages by so many orders of magnitude that it is difficult to find a proper expression to capture the importance of this transformation. The main point is not that information can now be processed at a tiny fraction of the cost and at incomparably faster speeds than when it was paper bound, which is certainly the case, but that modes of analysis that divine new personal information out of personal data previously collected are common today, but were inconceivable when most personal information was paper bound”.

²⁶ “Se alguém guiar-se por Katz, a legalidade da realização de imagens térmicas de fora da casa depende do que se presumam ser as expectativas pessoais e sociais. Pelo menos nos subúrbios americanos da classe média, as pessoas podem considerar essa leitura de calor como uma violação de suas expectativas. Se alguém se apegar à ideia de que ‘minha casa é meu castelo’, medir o calor dentro da casa é de fato uma grande violação da privacidade. No entanto, se alguém segue a doutrina de privacidade da Era Digital aqui delineada, essas leituras possuem muito baixo grau de sensibilidade, porque não revelam nada sobre as preferências médicas, financeiras ou políticas do residente, e muito menos seus pensamentos. Com efeito, elas detectam uma banda extremamente baixa de informações (o termo ‘largura de banda’ refere-se

Há um outro aspecto problemático em *Katz* e em outras decisões até então alicerçadas na Quarta Emenda, consistente no fato de que esta não protege (ao menos não diretamente) a privacidade sob o aspecto decisional (ângulo focado nas decisões *supra* mencionadas que tratavam de direitos reprodutivos), mas tão somente fornece alguns critérios quanto ao que seja uma expectativa legítima de ocultamento do interesse público (o que, como se verá, é parte componente do conceito de privacidade proposto pelo autor em um primeiro momento, embora atualmente carecedor de complementação).²⁷

Esta síntese do tratamento dispensado à privacidade na jurisprudência da Suprema Corte americana ressalta a mudança histórica do conteúdo deste direito, justificada pelos avanços tecnológicos que demandam uma superação da doutrina da expectativa legítima associada a um local físico não mais indevassável. Além disso, reflete uma concepção – consolidada na cultura estadunidense – estritamente *vertical* dos direitos e liberdades fundamentais, como pretensões de defesa formuladas em face do Estado, visto como seu principal violador em potencial, o que não fornece resposta adequada para danos causados por agentes privados, entendidos mais como agentes de promoção das liberdades individuais que uma eventual ameaça a elas, o que é criticável.

Distintas bases alicerçam a privacidade no direito alemão. Antes de enfrentar como esta vem sendo tratada no país germânico, cumpre uma análise preliminar do sistema europeu de proteção de dados.

a uma medida do número de diferentes tipos de informações coletadas). A informação revelada é menos consequente do que tipo de cereal ou qual marca de café que a pessoa comprou” (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, 1999, *cit.*, p. 08, tradução nossa). No original: “If one goes by *Katz*, the legality of conducting thermal imaging from outside the home depends on what one presumes personal and societal expectations to be. At least in middle class American suburbs, people may consider such a heat reading to be a violation of their expectations. If one clings to the idea that ‘my home is my castle’, measuring the heat inside the home is indeed a major violation of privacy. However, if one goes by the cyber age privacy doctrine here outlined, such readings rank very low on sensitivity because they reveal nothing about the resident’s medical, financial, or political preferences, let alone their thoughts. In effect, they detect an extremely low bandwidth of information (the term ‘bandwidth’ here refers to a measurement of the number of different types of information collected). The information revealed is less consequential than what kind of cereal or which brand of coffee the person purchased”.

²⁷ “Uma interpretação literal da Quarta Emenda não teria levado à livre escolha – o direito de uma pessoa controlar seus direitos reprodutivos que o Tribunal estava evoluindo em *Griswold*, *Eisenstadt* e *Roe*. Na Quarta Emenda, a privacidade é concebida como o direito de evitar legitimamente estar sujeito a escrutínio público, ser ‘assistido’ pelo governo – não o direito de controlar as ações em jogo, tomar decisões que conduzam os rumos de tal direito. Buscas tornam público o que foi mantido privado, no sentido de estar protegido contra a divulgação” (ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, 1999, *cit.*, p. 205, tradução nossa). No original: “A straightforward reliance on the Fourth Amendment would not have led to free choice – the right of a person to control her reproductive life that the Court was evolving in *Griswold*, *Eisenstadt* and *Roe*. In the Forth Amendment, privacy is conceived as the right legitimately to avoid being subject to public *scrutiny*, to being ‘watched’ by the government – not the right to *control* the action at stake, to make the driving decisions. Searchs make public what had been kept private, in the sense of being protected from disclosure”.

2 O direito à privacidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) teve a oportunidade de se manifestar sobre a privacidade em diversas oportunidades, fornecendo parâmetros que podem atuar como contraponto ao pensamento da Suprema Corte dos EUA. É possível identificar, em diferentes julgados, a tutela de algumas dimensões da privacidade.

A privacidade física foi afirmada pela Corte no caso *BverfGe 16.194 – Liquorentnahme* (1963), acolhendo a reclamação constitucional apresentada por um empresário daquele país, forçado a se submeter a uma intervenção cirúrgica para retirada de líquido cefalorraquiano, com propósito de se demonstrar sua imputabilidade. O Tribunal na ocasião entendeu que “o interesse público no esclarecimento de crimes não justifica a violação à incolumidade física do reclamante (...)”.²⁸

A privacidade domiciliar foi objeto de análise em *BverfGe 109 279 – Lauschangriff* (2004), situação em que se discutiram os limites da atuação do Estado para o monitoramento de suspeitos de crimes mediante a instalação em seus domicílios de dispositivos de escuta e câmeras, sem o seu conhecimento.²⁹

Na ocasião, o Tribunal entendeu que tais condutas violariam a dignidade humana, quando afetassem o núcleo mais íntimo da vida privada. A Corte adotou a chamada “teoria das esferas”, que estabelece a ideia de diferentes camadas (círculos) de proteção, variando de uma esfera mais ampla (*Privatsphäre*) – consistente na exclusão de conhecimento alheio, de aspectos concernentes à vida da

²⁸ VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2007, p. 33.

²⁹ “A Corte, em 03 de março de 2004, prolatou decisão (BverfGe 109 279 – Lauschangriff) sobre ato normativo que regula a “escuta secreta” por parte de agentes do Estado. Em 1998, foram inseridos limites significativos ao direito fundamental à privacidade do domicílio com o objetivo de incrementar a segurança pública diante do crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado na Alemanha. O ato normativo, apreciado pelo Tribunal, previa a possibilidade de utilização de minúsculos microfones e micro-câmeras no interior do domicílio de suspeitos de crimes, sem o conhecimento do morador – titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. O Tribunal julgou a reclamação parcialmente procedente, manifestando-se no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança pública sempre que a vigilância acústica conduzir ao levantamento de informações provenientes do núcleo absolutamente protegido da vida privada – esfera da intimidade em sentido estrito (*Geheimsphäre*). Segundo o Tribunal, o direito à privacidade domiciliar, à época em que foi criado – impunha-se contra a intromissão física de agentes públicos no interior do domicílio dos cidadãos; hoje, com os novos artefatos tecnológicos, deve ter seu âmbito de proteção estendido para abranger outras formas de intromissão. Nesse contexto, a observação de um indivíduo mediante procedimento sigiloso do Estado, não viola, em si, o direito ao respeito, mas devem ser traçados alguns limites, por serem invioláveis as expressões decorrentes dos processos internos das pessoas, como pensamentos, pontos de vista e experiências personalíssimas, bem como a sexualidade. Assim, a vigilância acústica e por imagem para fins de segurança pública viola a dignidade humana e a privacidade quando o núcleo da conformação da vida privada não é respeitado” (VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*, *cit.*, p. 160-161).

pessoa – para uma restrita (*Intimsphäre*), ligada à intimidade e confidencialidade – para finalmente alcançar seu elemento nuclear (*Geheimsphäre*), que envolve o sigilo e as emanções ligadas à vida íntima *stricto sensu*.³⁰ Justamente por se referir à esfera mais íntima e essencial, sem a qual não poderia se falar em dignidade humana, a *Geheimsphäre* seria insuscetível de ponderação.^{31 32}

A Teoria das Esferas foi relativizada em caso envolvendo a princesa Caroline de Mônaco que, após seu casamento com Ernest August, príncipe de Hanover, passou a residir no país germânico, onde teve sua intimidade registrada por tabloides daquele país. Derrotada no tribunal constitucional (que entendeu não ter havido violência ao livre desenvolvimento de sua personalidade), e tendo recorrido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), logrou êxito nesta Corte, que entendeu ter havido violação do art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que as fotos foram tiradas em contexto privado e que mesmo uma pessoa notória teria certas expectativas de privacidade.

Reapreciada a matéria pelo *Bundesverfassungsgericht*, em 2008, este esboçou um modelo teórico pelo qual: “a) a imagem da pessoa só pode ser divulgada com sua autorização; b) excepciona-se a regra quando a pessoa for relevante para a história contemporânea (...); c) haverá exceção à exceção quando a difusão da imagem lesar um interesse legítimo de seu titular”.³³ De se notar que o caso teve algumas peculiaridades, por envolver pessoa famosa³⁴ e por envolver uma lesão aos direitos de imagem e privacidade, sendo essa “dupla lesão”, embora frequente, não estritamente necessária.

Por sua vez, a privacidade sob o aspecto informacional teve decisão paradigmática proferida em 1983, quando o Tribunal, acolhendo a ideia de autodeterminação

³⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação, cit.*, p. 37).

³¹ GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. *Direito Processual em Debate*. Niterói: Editora da UFF, 2011, p. 65.

³² A teoria das esferas, apelidada algo jocosamente por alguns de seus críticos como “teoria da cebola”, seria vista como insuficiente para o enfrentamento dos desafios atuais, quando a conexão entre diversas informações, isoladamente inofensivas e irrelevantes, pode causar danos à vida privada do sujeito de cuja informação se trata, independente se estariam ligadas à privacidade, intimidade, ou segredo (CONDESA *apud* DANTAS, Fernanda Lages Alves. *O Paradoxo do Direito à Privacidade e sua Operacionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33).

³³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil. In: CASSETARI, Christiano *et al.* *10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117-119.

³⁴ Para uma análise do direito à privacidade das pessoas notórias, seja consentido sugerir ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. Pessoas públicas e notoriedade: a curiosidade do público pode justificar um menor nível de privacidade? In: *Revista Eletrônica PGE*, v. 3, p. 1-23, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v3i1.112>.

informativa, negou validade à Lei do Censo, que permitia a utilização por repartições públicas, de informações pessoais dos cidadãos.³⁵

A autodeterminação informativa integraria o assim chamado direito geral da personalidade³⁶ que, no direito alemão, decorre de uma combinação entre os Arts. 1º, §1º (dignidade da pessoa) e 2º, §1º (liberdade) de sua Lei Fundamental.³⁷

Este direito geral ampararia elementos da personalidade não regulados pelas garantias especiais de liberdade da Lei Fundamental, distinguindo-se nele três categorias: o direito à autodeterminação (*Recht der Selbstbestimmung*) – ligado ao direito da determinação/definição da identidade pessoal por seu titular –, o direito à autopreservação (*Recht der Selbstbewahrung*) – conferindo o direito de recolhimento e solidão, salvaguardado do escrutínio alheio (situação muito aproximada ao *right to be left alone*) – e o direito à autoapresentação (*Recht der Selbstdarstellung*), que permite a realização/divulgação de representações deturpadas por parte de terceiros.³⁸

Ademais, em recentíssima decisão, datada de 19.05.2020 (BvR 2835/17), a Corte entendeu pela proteção dos dados pessoais de estrangeiros fora do território alemão,³⁹ projetando a subordinação do Estado aos direitos fundamentais

³⁵ “O referido direito foi reconhecido pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, de 25 de março de 1982, em que se ordenou – para fins estatísticos – o recenseamento geral da população coletando-se dados relacionados à profissão, à moradia, ao domicílio e à renda. A lei buscava reunir informações tanto sobre o crescimento populacional, distribuição espacial das pessoas, composição segundo características demográficas e sociais, quanto sobre atividades econômicas. O ato normativo previa também a possibilidade de comparação dos dados levantados com registros públicos já existentes e a transmissão das informações colhidas a repartições públicas federais, estaduais e municipais. A Corte, em decisão datada de 15 de dezembro de 1983 (*BverfGE 65, 1 – Volkszählungsurteil*), julgou nulos os dispositivos relacionados à comparação e à transmissão dos dados para repartições públicas; reconhecendo o direito à *autodeterminação informativa*, ou seja, o direito que cabe a cada indivíduo de controlar e de proteger os próprios dados pessoais, tendo em vista a moderna tecnologia e processamento de informação” (VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*, *cit.*, p. 35).

³⁶ É controverso se existe um direito geral da personalidade (do qual honra, integridade física, privacidade e outros seriam emanções) ou se existiriam vários direitos da personalidade (posição à qual nos filiamos).

³⁷ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In: RIJLB*, Ano 5 (2019), nº 1, p. 786. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf Acesso em: 11 nov. 2020.

³⁸ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão, *cit.*, p. 787. O autor sustenta que a autodeterminação informativa estaria ligada a este último aspecto, a autoapresentação.

³⁹ “Sob o art. 1 (3) da Lei Fundamental, a autoridade estatal alemã está sujeita aos direitos fundamentais; isso não se restringe ao território alemão. A proteção conferida pelos direitos fundamentais individuais na Alemanha pode ser diferente daquela concedida no exterior. Em qualquer caso, o art. 10 (1) e art. 5 (1) segunda frase da Lei Fundamental, que, em sua dimensão de direitos contra a interferência do Estado, conferem proteção contra a vigilância das telecomunicações, protegem também os estrangeiros no exterior” (Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200519_1bvr283517en.html Acesso em: 11 nov. 2020. Tradução nossa). No original:

para além de suas fronteiras, devendo garanti-los também aos não nacionais. É importante destacar que a decisão não impede o monitoramento de comunicações de pessoas em outros países, apenas sujeita-o aos mesmos limites e condições específicas estabelecidos para o monitoramento de seus nacionais em seu território, vinculando-o ao princípio da proporcionalidade.

3 Algumas considerações sobre o constitucionalismo transfronteiriço e o uso persuasivo de jurisprudência estrangeira no Brasil

A sociedade contemporânea se estabelece como transfronteiriça, marcada por uma “intensificação crescente das relações sociais e das comunicações suprarregionais mundializadas”, estabelecendo uma ordem transfronteiriça multicêntrica, em um processo de migração gradual das expectativas para além das organizações político-jurídicas tradicionais e de identidades nacionais e culturais.⁴⁰

As razões para tais fenômenos são complexas e uma análise mais rebuscada esgota os limites deste trabalho, sendo, contudo, possível cogitar que tais processos estejam essencialmente ligados a uma necessidade de ampliação de mercados por um capitalismo em constante – e agressiva – expansão. O neoliberalismo triunfante submete o Estado nacional a seus interesses, tornando-o incapaz de impor medidas jurídicas distributivas e limitadoras, asseguradoras de um modelo de bem-estar, sob pena da migração do capital para países mais flexíveis.⁴¹

Além disso, o desenvolvimento de novas técnicas de produção/comunicação conduzem a uma demanda incessante por novos consumidores e pela universalização de uma ética de consumo,⁴² obtida por meio de uma padronização de comportamentos neste sentido.

“Under Art. 1(3) of the Basic Law, German state authority is bound by fundamental rights; this is not restricted to German territory. The protection afforded by individual fundamental rights within Germany can differ from that afforded abroad. In any event, Art. 10(1) and Art. 5(1) second sentence of the Basic Law, which, in their dimension as rights against state interference, afford protection against telecommunications surveillance, also protect foreigners in other countries”.

⁴⁰ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – A consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2017, p. 36-37.

⁴¹ Para uma leitura deste panorama, cf. BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução: José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Sugere-se ainda CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução: Joana Angélica D’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 17-19.

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Este processo produz alguns efeitos positivos, como o desenvolvimento, algo forçoso, de uma percepção de *alteridade*, o que leva à consciência em torno de questões comuns, transcendentais de limites geográficos.⁴³ Mas também conduz a inúmeros efeitos maléficos, como a degradação das condições materiais de vida, a destraditionalização pela assimilação por culturas hegemônicas, o fluxo migratório desordenado de pessoas em busca de melhores perspectivas de vida, inalcançáveis em seus países de origem e a deterioração a passos largos do meio ambiente, ameaçando inviabilizar a própria sobrevivência das gerações futuras.

Este panorama de “fissura” na estrutura clássica do Estado territorialmente delimitado, estende para além do Estado nacional a tarefa de tomar decisões coletivamente estruturantes, entrelaçando diversos tipos de ordens jurídicas,⁴⁴ estabelecendo redes de cooperação e administração de conflitos entre diversas Cortes.⁴⁵

Nesse contexto, passa-se a falar em um constitucionalismo transfronteiriço, concebido estruturalmente como um “arranjo institucional de questões jurídico-constitucionais que perpassam simultaneamente duas ou mais ordens jurídicas”, tornando imperativa a “conversação constitucional, para a construção de pontes de transição entre as estruturas reflexivas, especialmente diante de casos similares que se desenvolvam na composição do sistema transnacional, mesmo que muitas vezes externando concepções distintas”.⁴⁶ Naturalmente, esta realidade implica em um esforço para a construção de fundamentos teórico-filosóficos e modelos metodológicos aptos à tarefa.

A interação transjudicial estabelecida mediante diálogo horizontal,⁴⁷ em caráter persuasivo,⁴⁸ pode, assim, levar à utilização persuasiva de precedente

⁴³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXI.

⁴⁴ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, 2017, *cit.*, p. 41.

⁴⁵ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, 2017, *cit.*, p. 37.

⁴⁶ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, 2017, *cit.*, p. 94.

⁴⁷ A interação transjudicial pode se dar sob a forma de monólogo (quando desencadeada por um tribunal, porém não correspondida por outro) ou diálogo, mediante um processo institucionalizado de conversação transnacional, sob um ângulo *vertical* (quando haja uma vinculação entre o tribunal nacional e o supranacional/internacional que estabelecem a interação) e horizontal quando, conforme dito, os interlocutores ostentem a mesma natureza. Cf. MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional – Uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2-3. De esclarecer que o termo *diálogo* não se restringe a uma troca de opiniões entre tribunais, mas inclui a referência à decisão de outras Cortes, considerada como de algum modo relevante para a decisão a ser proferida. Neste sentido, cf. ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, 2017, *cit.*, Introdução.

⁴⁸ No uso persuasivo da jurisprudência estrangeira, sob a perspectiva do tribunal *emissor*, os precedentes atuam como referenciais de aprendizado para decisões mais recentes e, pela lentes do tribunal *receptor*, os precedentes estrangeiros podem atuar como “*holding*, ou *ratio decidendi*, em ordem a justificar racionalmente os fundamentos de decisões sobre questões constitucionais que permeiam os sistemas

estrangeiro, ligada ao conteúdo do julgado do órgão emissor, bem como a sua utilidade hermenêutica para a solução de questionamentos jurídicos do tribunal receptor, evitando-se, assim, seu emprego puramente retórico, em caráter ornamental.⁴⁹

É bem verdade que se torna, em alguma medida, indispensável um certo nível de “proximidade constitucional”, a traduzir-se em determinado grau de compartilhamento de valores comuns, que se reflitam em algum grau de semelhança jurídica, social e de moralidade política.⁵⁰

Contudo, da mesma forma, não há, *a priori*, qualquer impedimento para que o diálogo constitucional ocorra entre países de sistemas *civil law* e *common law*, tampouco que eventuais diferenças socioeconômicas obstem o uso persuasivo de julgados estrangeiros.

Quanto a esse aspecto, naturalmente que o emprego de decisões entre países que detenham índices de desenvolvimento humano muito díspares tendem a proporcionar decisões divorciadas da realidade e é aceitável que haja receios quanto a um possível unilateralismo, com uma resistência dos países mais avançados em aceitar que outros menos desenvolvidos tenham algo a lhes oferecer,⁵¹ ou que o uso persuasivo de decisões estrangeiras por países periféricos implique em uma indesejável subserviência (representando certa forma de neocolonialismo),⁵² com um conseqüente impacto negativo e possível comprometimento da identidade nacional,⁵³ mas isso não deve implicar em uma “teoria dos mundos” aplicável ao direito constitucional.

jurídicos contemporâneos, sob a égide do Direito Constitucional de convergência” (MORAES, Guilherme Peña. *Uso Persuasivo da Jurisprudência Estrangeira pelos Tribunais Constitucionais*. In: ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em Homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 377). Parte da doutrina vai empregar aqui a expressão “modelo de interlocução, ou de eficácia média” (ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, *cit.*, Introdução).

⁴⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, *cit.*, p. 238-239. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/rbep.v117i0.550>. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁵⁰ “A similaridade social, jurídica e de moralidade política entre os dois países (o de origem do precedente e o de onde ele será aplicado), que evidencie um compartilhamento de princípios similares, também é indispensável, funcionando como um preâmbulo silencioso que viabiliza o próprio uso do julgado” (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, *cit.*, p. 239. Disponível em; <https://doi.org/10.9732/rbep.v117i0.550>. Acesso em: 14 nov. 2020).

⁵¹ Exemplo conhecido dessa impermeabilidade é encontrado na resistência da doutrina estadunidense (e de alguns Justices da Suprema Corte) em aceitar contribuições da jurisprudência e doutrina estrangeiras. Para uma crítica a tal indiferença, cf. ACKERMAN, Bruce. “The Rise of World Constitutionalism”. In: *Virgínia Law Review*, v. 83, 1997. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁵² ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 91.

⁵³ FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. In: *Jota*. (s.p.). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais-15112015>. Acesso em: 14 nov. 2020.

O que parece indispensável, de fato, é a existência de consensos morais mínimos acerca de questões que, por sua complexidade, sejam tema comum entre as nações dialogantes, o que conduziria à conclusão de que seria insensato que as cortes não considerassem a experiência jurídica de outros países, ainda que, naturalmente, se tomem em conta as peculiaridades culturais e políticas de cada ordenamento,⁵⁴ como modo de “assegurar coerência no mundo”, pautada por uma visão igualitária.⁵⁵

Desta feita, aceitando a premissa de que o uso persuasivo de jurisprudência estrangeira constitui uma prática não somente salutar, como tendencialmente inevitável na sociedade contemporânea, cumpre apreciar de que modo os posicionamentos da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha podem auxiliar no enfrentamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de questões envolvendo o direito à privacidade.

A evolução da jurisprudência dos EUA, e sua “diáspora gradual” entre os direitos de privacidade e de propriedade consolidaram a autonomia do referido direito. É verdade que a ideia de “expectativas razoáveis” – que, de certo modo encontram eco em nossa jurisprudência infraconstitucional, com o parâmetro, tão difundido quanto criticável, do *local público/privado* como determinante para um menor ou maior nível de tutela da *privacy*⁵⁶ – não parece conferir adequada proteção, seja no que tange à preservação da privacidade corporal, seja, ainda mais no que se refere a seu aspecto informacional, mas o histórico da Corte revela uma gradual transposição deste direito, do *locus* para a *persona*.

Também a histórica e conhecida resistência da cultura jurídica americana em aceitar a ideia de eficácia horizontal de direitos fundamentais restringe seu uso quando diante de situações (extremamente frequentes) que envolvam agressões

⁵⁴ “Essa analogia pode ser ilustrada da seguinte forma: tal como as autoridades nacionais de saúde ao enfrentarem uma doença nunca antes detectada em seu território não devem olhar apenas para os conhecimentos científicos desenvolvidos dentro de seu país ao decidirem qual deve ser o melhor tratamento a ser dado aos pacientes, também os juízes e tribunais de um determinado sistema não deveriam ater-se apenas em suas leis e doutrinas nacionais ao decidirem os casos complexos que se repetem ao redor do mundo. Mesmo que as autoridades de saúde estejam cientes de que as diferentes condições climáticas e outros fatores locais devam ser levados em consideração ao pensarem em um tratamento, seria insensato que elas desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso científico a propósito do tratamento a ser dado a pacientes nessa situação. Assim também, mesmo que juízes e juristas reconheçam que aspectos culturais ou políticos de seus sistemas devam ser levados em consideração ao analisarem os casos que devem julgar, seria insensato que desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso jurídico sobre o caso em questão” (FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos. *In: R/L*. Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 269-271. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p255.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020).

⁵⁵ FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos, cit.

⁵⁶ Para uma crítica contundente ao que denominou “falso parâmetro” do local público, cf. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

praticadas por agentes privados.^{57 58} Especificamente regressando à problemática dos dados pessoais, a doutrina *third-party* se revela potencialmente problemática para a realidade concreta da sociedade da Era Virtual.

Mais harmônica ao nosso modelo parece ser a construção do *Bundesverfassungsgericht*. Ainda que a Lei Fundamental reconheça um direito geral da personalidade – diversamente da opção realizada por nosso ordenamento, que considera haver múltiplos direitos a ela ligados –, do qual tenha extraído a tutela da privacidade, tal conexão eleva a *privacy* à condição de direito fundamental, umbilicalmente associado à dignidade humana, e dotado de eficácia vertical e horizontal.

Sob o ângulo da eficácia vertical, a recente decisão que sujeita o Estado alemão a respeitar a privacidade (e os demais direitos fundamentais) mesmo além dos limites físicos de seu território, pode representar valioso referencial para nossa Corte Constitucional, ao fornecer limites e critérios objetivos para a atuação estatal, quando motivada por critérios de segurança nacional.

Além disso, o uso da fórmula das “camadas de proteção”, empregado pelo BVerfG no caso “Carolina de Mônaco” fornece proveitoso parâmetro em circunstâncias que envolvam a privacidade/imagem de pessoas notórias, afastando argumentos falhos como um suposto “preço da fama” (que implicaria na equivocada conclusão de que pessoas famosas renunciariam, em certa medida, à sua intimidade) e estabelecendo uma “ponderação da ponderação”, na medida em que,

⁵⁷ “No entanto, o governo pode e usa dados já acumulados pelos “mercadores da privacidade” por sua própria iniciativa. Nem as leis prevaletentes impedem as empresas privadas de analisar a atividade *online* com o objetivo de atender às necessidades do governo e moldar suas violações de dados privados de forma a torná-los mais atraentes para os compradores do governo de seus serviços. Na verdade, porque o governo é um cliente tão grande e confiável, os bancos de dados corporativos têm um forte interesse financeiro em antecipar suas necessidades (ETZIONI, Amitai. *The Privacy Merchants: What’s to be Done?* .2012, p. 935. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/upjcl14&div=30&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2020, tradução nossa). No original: “However, the government can and does use data already amassed by Privacy Merchants for their own sake. Nor do prevailing laws prevent private corporations from analyzing online activity with an eye towards the government’s needs and shaping their privacy-violating data in ways to make them more attractive to government purchasers of their services. Indeed, because the government is such a large and reliable client, corporate databanks have a strong financial interest in anticipating its needs”.

⁵⁸ “No entanto, deve-se notar que a violação da privacidade por agentes privados tem alguns efeitos semelhantes às violações cometidas por agentes do governo, efeitos que levam a discriminação e ‘arrepio’ da expressão e dissensão. Assim, quando as pessoas *gays* que procuram manter sua orientação sexual privada são ‘expostas’ pela mídia, ou quando bancos recusam empréstimos daqueles que descobrem câncer, ou os empregadores se recusam a contratar pessoas porque aprendem sobre suas opiniões políticas ou religiosas, a privacidade é violada de uma forma tão severa como se as mesmas violações tivessem sido realizadas por uma agência governamental” (ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*, *cit.*, p. 78-79, tradução nossa). No original: “However, one must note that the violation of privacy by private agents has some similar effects to violations committed by government agents, effects that lead to discrimination and ‘chilling’ of expression and dissent. Thus, when gay people who seek to keep their sexual orientation private are ‘outed’ by the media, or banks call in loans of those they find out have cancer, or employers refuse to hire people because they learn about their political or religious views, privacy is violated in a manner about as consequential as if the same violations had been carried out by a government agency”.

ainda que considere a relevância histórica como um possível fator relativizador da proteção à vida privada, termina por entender a preponderância desta diante de “interesses legítimos”.

Por sua vez, a “teoria das esferas” pode oferecer alguma utilidade no que se refere à privacidade domiciliar, e também ao identificar o *core* do referido direito, insuscetível de ponderação/redução (o que possui utilidade quando da colisão com outros direitos fundamentais). Contudo, há que se ressaltar que seu uso se revela algo precário quando o enfoque passa a ser a privacidade informacional e o uso de dados pessoais (grande desafio contemporâneo da *privacy*) diante da extrema facilidade, com um custo tendencialmente decrescente⁵⁹ em se obter/processar/selecionar dados na Era Digital, o que estimula sua coleta em volumes até então impensáveis e permite seu cruzamento, de modo a obter informações relevantes a respeito de uma pessoa.

Assim, dados aparentemente inócuos podem, uma vez combinados, conduzir a dados sensíveis,⁶⁰ delineando perfis políticos, de consumo, ou ligados à orientação religiosa ou sexual permitindo prever (e até induzir) comportamentos com razoável exatidão, comprometendo a autodeterminação – e, por vezes, até mesmo a participação democrática – do titular de tais dados. Portanto, a percepção da autodeterminação informativa como expressão da dignidade, legado da decisão sobre a Lei do Censo, e o reconhecimento dos direitos à autodeterminação, autopreservação e autoapresentação são perfeitamente amoldáveis à nossa realidade jurídica.

Dessa maneira, em face da inevitável interpenetração entre ordem estatal e transnacional, tanto devem ser descartados modelos de pseudouniversalismo internacionalista quanto devem ser combatidas concepções provincianas estatistas, ao desconsiderarem outras perspectivas sobre o problema jurídico-constitucional pertinente a mais de uma ordem jurídica, o que deve ser superado pelo modelo do constitucionalismo transfronteiriço.⁶¹

Diante desse quadro, embora nacionalismos sejam prejudiciais ao aprendizado normativo mútuo entre as ordens envolvidas, é impensável a supressão absoluta dos conflitos ordenativos, visto que o convívio construtivo entre ordens jurídicas é crucial, não apenas pelo fato de os problemas jurídico-constitucionais serem similares nas questões jurídicas enfrentadas pelos Estados, mas, sobretudo, perante

⁵⁹ SCHNEIER, Bruce. *Data and the Goliath*. The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World, *cit.* p. 18.

⁶⁰ Para um estudo aprofundado sobre os dados sensíveis e a privacidade como autodeterminação informativa, cf. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶¹ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, *cit.*

a multiplicação do número de casos complexos similares ante a transterritorialização de problemas e a inadequação das soluções clássicas.⁶²

Assim, embora seja inevitável o surgimento de colisões entre ordens jurídicas, não cabe falar de modelos de entrelaçamentos previamente arquitetados, visto que a expansão permanente da conversação constitucional torna fértil o cruzamento de questões constitucionais entre ordens jurídicas com a assimilação mútua de conteúdos normativos, implicando em um intercâmbio contínuo de compreensões, para o enfrentamento de problemas jurídico-constitucionais similares.⁶³

Conclusão

Os delineamentos da sociedade contemporânea apontam para um intercâmbio cada vez mais amplo de culturas,⁶⁴ conduzindo à necessidade de combinar esforços para o enfrentamento de desafios comuns, não mais permitindo o “insulamento ordenativo mútuo”.⁶⁵

Ou seja, com as mudanças na arquitetura global e a intensificação da interação econômica e cultural, pode-se afirmar que a ascensão dos processos transnacionais, catalisando redes e instituições que fomentam e promovem mudanças judiciais, apresenta-se cada vez mais como uma realidade contemporânea,⁶⁶ gerando no plano doméstico a produção judicial decorrente do direito transnacional, que circula na sociedade global, difundido através de processos formais e informais entre Cortes, com implicações profundas e impactos variáveis, dentro dos Estados da ordem jurídica transnacional.⁶⁷

Desta forma, diante de tais desafios contemporâneos, a adequada tutela da vida privada, tão essencial quanto vulnerável – em especial sob o ângulo decisional/informacional – em face de ameaças de agentes públicos e privados,

⁶² BAUDENBACHER, Carl. “Judicial globalization: new development or old wine in new bottles”. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003, p. 505-526.

⁶³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 251-293.

⁶⁴ Esta ideia de *intercultural* constitucional é presente em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Almedina, 2007, p. 1427.

⁶⁵ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 98.

⁶⁶ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks – Can Democracy Survive the End of Nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). *Public Governance in the Age of Globalization*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 89-118.

⁶⁷ SHAFFER, Gregory. “Transnational legal process and state change: opportunities and constraints”. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 10-28, 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952. Acesso em: 6 fev. 2016.

ameaças que, no mais das vezes, se dão no *cyberespaço*, que ultrapassa limites geográficos e desconhece soberanias, se mostra, mais do que nunca necessária.

O objetivo deste trabalho, portanto, foi demonstrar sinteticamente, como a *privacy* tem sido confrontada pela Suprema Corte dos EUA e pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de modo a verificar de que modo os posicionamentos adotados pelas Cortes Constitucionais desses países podem contribuir para o nosso aprimoramento acerca do tema.

O uso persuasivo da jurisprudência estrangeira, mediante diálogo horizontal pode e deve ser estimulado como uma ferramenta de aprendizado e crescimento recíproco, nessa sociedade cada vez mais interdependente, especialmente quando tal uso se refira a temas envolvendo Direitos Fundamentais e a universal dignidade da pessoa.

Somente com esse esforço em romper com preconceitos e conceitos arraigados, e com o reconhecimento do *valor do outro* (e, por consequência, da *cultura jurídica* do outro) é possível ao jurista dos dias atuais confrontar adequadamente os desafios impostos pela pós-modernidade, de modo a obter soluções legítimas e eficazes.

Portanto, com a intensificação das comunicações na sociedade contemporânea, a ordem transfronteiriça passa a ser considerada com base na reprodução decisional diretamente ligada à superação da segmentação territorial dos Estados, o que, de certa forma, amplia seu campo de influência, baseada em mecanismos de estabilização de expectativas na tomada de decisões sobre temas comuns, que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados.⁶⁸

Privacy protection in the US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court: perspectives for a cross-border constitutionalism dialogue

Abstract: The article aims to verify the treatment given to the right to privacy in the evolution of the jurisprudence of US Supreme Court and in the Federal Constitutional Court of Germany, analyzing the compatibility with the Brazilian legal system and discussing the bases for the persuasive use of foreign law by the courts.

Keywords: Privacy. Cross-border constitutionalism. Rational consistency. Transnational dialogue. United States. Germany.

Summary: **1** Brief considerations on the right to privacy in the Jurisprudence of the US Supreme Court – **2** The right to privacy in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court – **3** Some considerations on cross-border constitutionalism and the persuasive use of foreign jurisprudence in Brazil – Conclusion – References

⁶⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, *cit.*, p. 1-62.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism". In: *Virginia Law Review*, v. 83, 1997. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers. Acesso em: 14 nov. 2020.
- ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – A consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução: José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. "The right to privacy". *Harvard Law Review*, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 Dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução: Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 43, p. 135-161 jul./dez. 2013. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/43artigo6.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- DANTAS, Fernanda Lages Alves. *O Paradoxo do Direito à Privacidade e sua Operacionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*. Nova York: Basic Books, 1999.
- ETZIONI, Amitai. *The Privacy Merchants: What's to be Done?* Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/upjcl14&div=30&id=&page=>. Acesso em: 07 out. 2017.
- ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.
- FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. In: *Jota*. (s.p.). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais-15112015>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos. In: *RIL*. Brasília a. 53, n. 209, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p255.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.
- LARSEN, Joan L. "Importing Constitutional Norms from a 'Wilder Civilization': Lawrence and Renquist Court's use of Foreign ND International law in domestic constitutional interpretation". In: *Ohio State Law Journal*, n. 65, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/159579689.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 117. DOI: <https://doi.org/10.9732/rbep.v117i0.550>.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In: RIJLB*, Ano 5 (2019), nº 1. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional – Uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. Uso Persuasivo da Jurisprudência Estrangeira pelos Tribunais Constitucionais. *In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em Homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. Pessoas públicas e notoriedade: a curiosidade do público pode justificar um menor nível de privacidade? *In: Revista eletrônica PGE*, v. 3, p. 1-23, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v3i1.112>.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil. *In: CASSETARI, Christiano et al. 10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHNEIER, Bruce. *Data and the Goliath*. The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World. Nova York: W. M. Norton, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TUSHNET, Mark. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*. 108 YALE L.J., 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol108/iss6/2>. Acesso em: 14 nov. 2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. A tutela da privacidade na Suprema Corte norte-americana e no Tribunal Constitucional Federal alemão: perspectivas para um diálogo constitucional transfronteiriço. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 48, p. 369-392, jan./jun. 2023.

Recebido em: 17.11.2020.

Pareceres: 14.09.2021 e 07.10.2021.

Aprovado em: 22.05.2023.